

Rapport de mission interministérielle

L'ÉVOLUTION DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES PERSONNES

Reconnaître, soutenir
et protéger les personnes les plus vulnérables

Anne Caron Déglise
Avocate générale à la Cour de cassation



MINISTÈRE
DE LA JUSTICE

MINISTÈRE
DES SOLIDARITÉS
ET DE LA SANTÉ

SECRETARIAT D'ÉTAT
AUX PERSONNES
HANDICAPÉES

Sommaire

Lettre de mission	3
Note de synthèse	6
Préambule	13
Partie 01 - Une grande diversité des personnes juridiquement protégées	19
1 Des difficultés à cerner la vulnérabilité particulière liée soit à l'altération des facultés personnelles soit à la prise de risques excessifs par les populations fragiles au regard de leur santé et de leur sécurité	19
2 Une grande diversité des personnes concernées par les mesures judiciaires	23
3 Des constats sévères sur l'autonomie laissée à la personne protégée	26
Partie 02 - Une appréciation des altérations des facultés personnelles à repenser en lien avec le périmètre de l'action sociale et les droits des personnes	29
1 Sortir d'une évaluation principalement sanitaire	30
2 Entrer dans une évaluation croisée	33
3 Maintenir l'autorité judiciaire à sa place dans une logique de parcours de la personne	38
Partie 03 - Un cadre juridique de reconnaissance et de protection des droits	43
1 Renforcer la subsidiarité de la mesure judiciaire	44
2 Reconnaître effectivement les droits de la personne dans sa protection	56
3 Créer une mesure unique de protection judiciaire : la mesure de sauvegarde des droits	68
Partie 04 - Une dynamique de politique publique à impulser	73
1 Sécuriser la gestion et les contrôles	73
2 Reconnaître le métier, le statut et les exigences de la formation des mandataires	81
3 Mobiliser tous les acteurs dans le cadre d'une véritable politique publique	87
Partie 05 - Les propositions	95
Partie 06 - La feuille de route	105



MINISTÈRE DE LA JUSTICE
MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ
SECRETARIAT D'ÉTAT CHARGÉ DES PERSONNES HANDICAPÉES

Paris, le 26.3.2018

LA GARDE DES SCAUX,
MINISTRE DE LA JUSTICE

LA MINISTRE DES SOLIDARITÉS
ET DE LA SANTÉ

LA SECRÉTAIRE D'ÉTAT CHARGÉE DES PERSONNES HANDICAPÉES

Réf : C1/DP/819-2018/2.1.7/MB/ML.V/201810004844

Madame l'avocate générale,

Le Président de la République a rappelé lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation son attachement à la protection des personnes les plus vulnérables et la nécessité de procéder à des réformes, afin de délimiter plus clairement les champs de l'action sociale et de la protection judiciaire.

La Cour des comptes et le Défenseur des droits ont relevé que la mise en œuvre des principes de la loi du 5 mars 2007 n'était pas à la hauteur de ses ambitions puisque « *tant la gestion effective des mesures que leur contrôle demeurent défailants* » et que l'effectivité des droits des personnes protégées n'était pas assurée.

Les institutions de l'Union Européenne et des Nations-Unies se saisissent également de la question de la protection des majeurs, compte tenu du vieillissement de la population européenne. Elles insistent sur la nécessité de prendre en compte la volonté des majeurs pour la gestion patrimoniale et personnelle des mesures de protection les concernant. Dans le cadre de la priorité du Gouvernement sur les personnes handicapées, c'est également un aspect fondamental de leur inclusion dans la cité.

Dans ce contexte, le groupe de travail interministériel et interprofessionnel, annoncé le 8 novembre dernier par madame la garde des sceaux aux assises nationales de la protection juridique des majeurs doit être mis en place selon un calendrier joint en annexe.

.../...

Madame Anne Caron-Dégli
Avocate générale à la Cour de cassation
5 Quai de l'Horloge
TSA 19201
75055 PARIS CEDEX 01

13, place Vendôme
75042 Paris Cedex 01
Téléphone : 01 44 77 60 60
Télécopie : 01 44 77 62 39
www.justice.gouv.fr

Ce groupe de travail sera un lieu de réflexion pluridisciplinaire, associant tous les acteurs de la protection des majeurs vulnérables, en vue d'élaborer de nouvelles règles favorisant leur autonomie et l'expression de leur volonté, tout en renforçant le statut et le rôle des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, partenaires privilégiés de la protection juridique des personnes les plus vulnérables.

La réflexion devra porter sur l'exercice des droits fondamentaux des majeurs protégés (droit de vote, droit au mariage...), sur les discriminations qu'ils subissent (interdiction du don du sang) et sur le respect de leur volonté en matière personnelle et patrimoniale.

Par ailleurs, la pratique ne s'étant pas emparée de la possibilité de graduer la mesure au regard de la situation concrète du majeur à protéger, l'instauration d'une mesure unique serait incitative et conduirait le juge à adapter sa décision à chaque situation individuelle, en précisant l'étendue de son intervention et en énumérant les actes pour lesquels le majeur doit être assisté ou représenté. Cette piste devra être au cœur des réflexions du groupe de travail.

Afin d'assurer un filtre plus efficace par le procureur de la République avant saisine du juge, le groupe de travail examinera la possibilité d'assortir la requête transmise par les travailleurs sociaux au procureur de la République d'un bilan social pluridisciplinaire, incluant le certificat médical circonstancié.

L'opportunité d'ouvrir les mesures d'accompagnement social personnalisé aux autres revenus que les prestations sociales, ainsi que l'identification des freins à leur développement, devront être examinées après évaluation de leur mise en œuvre depuis 2009. Il importe en effet de recentrer les mesures judiciaires impliquant un suivi et un contrôle juridictionnel, sur les seuls majeurs nécessitant une protection, à l'exclusion des problématiques d'isolement social, de prodigalité, de surendettement, de logement, pour lesquelles d'autres instruments sont déployés. Le développement du mandat de protection future devra également faire l'objet d'une étude.

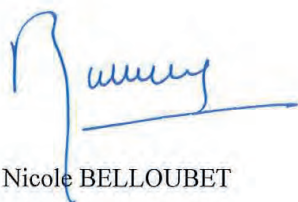
Par ailleurs, le groupe de travail est invité à réfléchir aux moyens de promouvoir les mesures familiales et les directives anticipées. Des pistes de simplification seront particulièrement appréciées.

Au regard de ces objectifs, il vous est demandé de dresser un bilan de la réforme de la protection juridique des majeurs, au vu des contributions des membres du groupe de travail et de proposer des pistes de réformes, distinguant les améliorations pouvant être faites à droit constant et celles qui nécessitent une révision des textes.

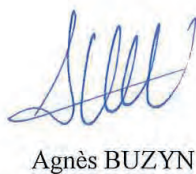
Vos conclusions sont attendues pour le 17 juillet 2018.

La **première réunion de ce groupe** se tiendra le **jeudi 15 mars 2018 de 10h à 17h** dans les locaux de la DACS, 13 Place Vendôme, 75001 Paris.

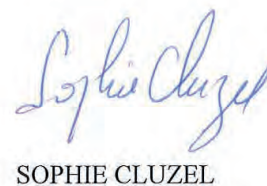
En vous remerciant d'avoir accepté de présider les travaux de ce groupe, nous vous prions de croire, Madame l'avocate générale, à l'expression de notre parfaite considération.



Nicole BELLOUBET



Agnès BUZYN



SOPHIE CLUZEL

Synthèse

La protection juridique des majeurs, régime organisé par le droit civil à l'égard des personnes souffrant d'altérations de leurs facultés personnelles au point qu'elles ne peuvent pourvoir seules à leurs intérêts, concernait au début de l'année 2017 plus de 730 000 personnes. 725 000^a d'entre elles ont un régime judiciaire de protection de type tutelle, curatelle et plus rarement sauvegarde de justice, le nombre de mandats de protection future en cours d'exécution s'élevant à 4 600^b.

Cette question affecte aujourd'hui la vie d'un nombre de plus en plus important de personnes en situation de particulière vulnérabilité, de proches et des multiples intervenants, professionnels ou non. L'évolution socio-démographique devrait amplifier encore le phénomène. Le système montre ses limites en particulier parce que, malgré l'avancée majeure qu'a constitué la loi n°2007-308 du 5 mars 2007, le dispositif juridique d'ensemble et les multiples modalités de prise en charge ne respectent plus à leur juste niveau les droits fondamentaux. Ils continuent à enfermer durablement un nombre important de personnes sans réelle possibilité d'évolution, comme en atteste le très faible nombre de mainlevées de mesures (moins de 2 %). Ce constat est d'autant plus préoccupant que le critère d'entrée dans un régime de protection est fortement discuté, l'évaluation des altérations des facultés personnelles ne prenant pas véritablement en considération les facteurs environnementaux et les possibilités d'évolution, voire de rétablissement, de la personne si elle est soutenue.

Le droit civil à lui seul éprouve des difficultés à tenir compte des autres dimensions du droit et en particulier celle du droit de la protection sociale. Or, la personne n'est pas une entité abstraite. Certes, ses actes sont divisibles mais son unité profonde se retrouve sur la volonté qui l'anime et qui la guide, tant qu'elle le peut, dans un cadre juridique qui fixe des limites, en particulier dans la sphère personnelle. Elle se retrouve aussi sur la liberté et les droits fondamentaux et sur les conditions concrètes de l'exercice de sa capacité à exprimer la volonté.

En effet, toute personne s'identifie par ses capacités, par ce qu'elle peut faire ou être en mesure de faire selon ses choix si elle est soutenue. La protection tutélaire telle qu'elle est organisée et exercée aujourd'hui repose sur une dichotomie juridique entre une capacité d'exercice retirée et une capacité de jouissance qui relève de la fiction. « *Même lorsqu'elle fonctionne, la tutelle renvoie à une sorte de mort civile pour la personne qui ne peut participer à la société sans une médiation à travers les actions d'un autre dans le meilleur des cas.* »¹ Or, les capacités sont fondamentalement vécues, sur le mode de la certitude et de la confiance², et c'est cette assurance qu'il faut restaurer dans les rapports sociaux par une adaptation de l'environnement, un accompagnement et un soutien.

La reconnaissance des capacités des personnes qui connaissent des limitations physiques et/ou psychiques est une exigence essentielle et

a. DACS, données provisoires au 01/01/2017

b. DACS, données au 31/12/2016

1 R. Dinerstein, "Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities : the difficult road from guardianship to supported decision-making", Hum. Rts. Brief 2012, vol. 19, p. 8.

2 P. Ricoeur, "Devenir capable, être reconnu", Texte écrit pour la réception du Klugue Prize décerné à la Bibliothèque du Congrès, USA, 2005.

structurante pour tous, les personnes elles-mêmes bien sûr mais aussi leurs proches et les professionnels. La réciprocité dans les implications d'autrui, la mutualité comme le dirait Paul Ricoeur, commence par la construction de liens d'égalité qui garantissent les capacités de base pour tous et pour chacun, en particulier pour faire cesser les comportements négatifs tel le manque de considération très fortement exprimé par les personnes elles-mêmes et par leurs proches. La construction des capacités se poursuit au plan juridique par les droits civiques qui doivent incontestablement être reconnus à tous sur des bases de liberté, de justice et de solidarité.

Notre code civil, qui contient et organise les règles de la vie sociale des personnes, est un droit de la capacité des personnes, du contrat et de la responsabilité, à partir duquel d'autres droits se construisent et sont déclinés dans des codes spécifiques, notamment dans les code de la santé publique et de l'action sociale et des familles. Il n'est pas un droit de l'exclusion même lorsqu'il décline des restrictions de capacité dans des conditions précises. La philosophie de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est de protéger la personne « sans la diminuer », c'est à dire sans porter atteinte à ses libertés individuelles, ses droits fondamentaux et sa dignité. C'est dans ce sens que des droits strictement personnels ont été consacrés et définis au travers des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel, impliquant que leur accomplissement ne peut jamais donner lieu à assistance ou à représentation de la personne protégée. Cette capacité minimale est irréductible mais il faut sans doute aller plus loin encore.

Presque dix années après son entrée en vigueur, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 complétée par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 fait l'objet de critiques croisées tant au regard de sa conformité avec la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées³ entrée en vigueur en France le 20 mars 2010, et en particulier avec son article 12 « reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité », que de sa mise en œuvre jugée défailante tant par le rapport de la Cour des comptes que par celui du Défenseur des Droits, en 2016. A ces rapports, viennent s'ajouter les demandes réitérées d'associations de personnes handicapées et de leurs familles, ainsi que de l'Interfédération des acteurs de la protection juridique des majeurs.

La mission interministérielle confiée par les ministres de la justice, des solidarités-santé et par la secrétaire d'Etat chargée des personnes handicapées s'inscrit dans ce contexte. Le Président de la République a lui-même appelé lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation le 15 janvier 2018 à prendre en compte les critiques « *des instances nationales et internationales au regard du nombre de mesures de tutelle qui privent la personne de sa capacité juridique alors que les réflexions actuelles s'accordent sur la nécessité de lui laisser davantage d'autonomie et de suivre sa volonté lorsqu'elle peut s'exprimer.* » Soulignant en outre la place particulière de la justice face aux défis de notre temps, essentielle à la fois dans les équilibres de l'État et de notre vie en société, il a clairement affirmé que « *l'effectivité des droits, au sens où la philosophe Simone Weil convoquait ce terme d'effectivité, est la clé de toute confiance dans la justice et partant dans la démocratie. Rien ne ruinerait davantage notre édifice démocratique que le sentiment d'une justice dont les principes resteraient théoriques.* »

³ Convention internationale relative aux personnes handicapées (CIDPH), adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, le 13 décembre 2006 et ratifiée par la France le 18 février 2010, entrée en vigueur le 20 mars 2010.

S'appuyant sur les témoignages des personnes concernées (par leurs représentants institutionnels, par le collectif Confcap-Capdroits, par l'invitation d'usagers) et sur le travail de chercheurs, d'universitaires, de praticiens, d'acteurs du monde médical, social et juridique, la mission a eu pour objectifs de :

- prendre effectivement en compte tout à la fois les constats déjà réalisés sur le dispositif de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, et les attentes des professionnels, des aidants et des personnes elles-mêmes pour approcher d'abord, et le plus possible, le ressenti et les exigences de ce qu'est et représente le fait d'être atteint d'altérations parfois lourdes de ses facultés personnelles, au point de ne plus être totalement autonome dans la prise des décisions qui les concerne.
- interroger collectivement le sens, les limites à poser et les régulations à construire en cohérence pour que la reconnaissance et les droits de chaque personne en situation de perte d'autonomie puissent être assurés en toute situation et que les professionnels ne soient pas eux-mêmes déboussolés par un système qui leur donne injonction de produire souvent l'impossible sans en avoir réellement les moyens depuis des années et sans instance de pilotage.
- d'identifier les évolutions possibles du cadre légal du droit et des solutions opérationnelles nouvelles permettant d'améliorer la cohérence et l'efficacité de la protection juridique des individus particulièrement vulnérables tout en conciliant le respect des personnes et l'indispensable sécurité juridique.

Un diagnostic partagé

- Une grande diversité des personnes juridiquement protégées par des mesures insuffisamment individualisées.
- Une appréciation des altérations des facultés personnelles principalement sanitaire reposant sur des certificats médicaux au contenu aléatoire, déconnecté de l'environnement réel de la personne.
- Une intervention judiciaire perçue comme étant brutale sans réelle recherche des soutiens de proximité, provoquant des ruptures dans l'accompagnement.
- Des insuffisances dans la prise en compte de la volonté et des souhaits de la personne à protéger ou protégée, tout comme dans le soutien à l'autonomie.
- Des contrôles lacunaires sur l'exercice et la gestion des mesures.
- Une profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs manquant de reconnaissance et d'organisation de ses conditions d'exercice malgré son rôle essentiel.
- Un pilotage de l'action publique inexistant.

Les lignes directrices d'une évolution du dispositif d'ensemble.

Si la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 complétée par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 a été saluée comme marquant une avancée dans la reconnaissance des droits des personnes les plus vulnérables, sa mise en œuvre comporte encore des traces du régime de la loi du 3 janvier 1968 et d'une culture paternaliste de la protection qui, au nom de l'intérêt général,

peut introduire des formes de négation de ce qu'exprime, souhaite ou refuse la personne protégée. Elle doit donc évoluer et, à cette fin, la mission estime qu'il est désormais temps d'instaurer :

- un dispositif global consacrant effectivement par voie législative le principe de la capacité juridique de la personne et se donnant les moyens de soutenir effectivement l'exercice de ses droits en favorisant l'expression de sa volonté et de ses préférences, tant en amont de l'intervention judiciaire qu'au cours de celle-ci.
- une dynamique de politique publique en mobilisant tous les acteurs.

Dans cette perspective, des propositions concrètes et détaillées ont été faites autour de **sept axes principaux** :

Axe 1 (propositions n° 1 à 25) : L'ambition d'une réelle politique publique de soutien et d'accompagnement des personnes les plus vulnérables s'appuyant sur les droits fondamentaux par la création d'un cadre juridique cohérent reposant sur :

- La modification de l'article 414 du code civil ;
- L'articulation des codes civil, de la santé publique et de l'action sociale et des familles pour que le principe de capacité civile de la personne soit effectivement reconnu dans tous les champs et que la recherche de soutiens à l'exercice des droits soit une priorité ;
- La consolidation du bloc des droits fondamentaux de la personne juridiquement protégée en matière personnelle, en faisant de l'obligation d'information de la personne chargée de la protection et des autres acteurs une obligation partagée au service du soutien effectif de la personne ;
- L'organisation de la protection à partir de la personne avec la garantie effective d'un recours au juge judiciaire en cas de difficulté et/ou d'atteinte aux droits et aux libertés
- La suppression de la dénomination « juge des tutelles » pour la remplacer par celle de « juge des libertés civiles et de la protection », fonction actuellement exercée par le juge d'instance ;
- La suppression du régime de la tutelle et la création d'une mesure unique de protection, mesure d'assistance et de soutien à l'exercice des droits : la sauvegarde des droits, tout en maintenant la possibilité pour le juge, sur décision spécialement motivée, de décider de modalités renforcées de la mesure unique pouvant aller, à titre exceptionnel, jusqu'à la représentation.

Axe 2 (propositions n° 26 à 38) : La construction d'un accompagnement des personnes les plus vulnérables dans une logique de parcours individualisé par :

- Une appréciation des besoins des personnes présentant des altérations de leurs facultés personnelles, et en particulier psychiques ou cognitives, par une évaluation médico-sociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle intégrant la dimension juridique de soutien à la capacité pour favoriser une appréciation complète et permettre, si elle est souhaitée et possible, l'organisation de soutiens à l'exercice des droits ;
- Une action concrète s'appuyant sur la CNSA, les conseils départementaux et les ARS pour mettre en place des orientations stratégiques de la COG 2016-2019 entre l'État et la CNSA et des objectifs de création d'un cadre de coopération permettant une bonne articulation entre les acteurs sur les territoires et des réponses médico-sociales adaptées dans une logique de parcours ;

- Une intégration de l'outil Masp comme moyen de soutien pour les personnes percevant des prestations sociales et son extension aux petits revenus ;
- La transmission obligatoire, lors des signalements au procureur de la République, d'une évaluation médico-sociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle s'appuyant sur les ressources des MDPH et le bilan des actions menées, si ces évaluation et bilan ont été faits ;
- La mise en place et le développement de la formation des médecins inscrits sur les listes des procureurs de la République et l'unification du contenu des certificats médicaux circonstanciés.

Axe 3 (propositions n° 39 à 46) : La consolidation des dispositifs d'anticipation choisis par la personne elle-même par :

- L'extension et la clarification des dispositifs d'anticipation, en particulier du mandat de protection future et de la désignation d'une personne de confiance.
- La création d'un répertoire civil unique, national et dématérialisé assurant la publicité de toutes les mesures de protection judiciaires et des dispositions anticipées, accessibles aux juridictions, aux notaires et aux avocats ;

Axe 4 (propositions n° 47 à 53) : L'amélioration de la réponse judiciaire par une meilleure individualisation des mesures et la priorité donnée au soutien effectif des droits par :

- La création d'une requête unique de saisine du juge et l'ouverture de passerelles lui permettant d'exercer son plein office et d'utiliser l'intégralité de l'éventail des mesures de protection juridique des personnes ;
- La création, à côté du mandat spécial existant et à l'appréciation souveraine du juge, d'une mesure temporaire d'observation appelée « mandat d'observation », pendant l'instruction de la demande de protection ;
- La simplification du traitement des requêtes et la structuration du partage des informations, en particulier avec les personnes désignées par la personne elle-même et/ou par le juge.

Axe 5 (propositions n° 54 à 88) : La sécurisation des contrôles et le renforcement de la professionnalisation des mandataires professionnels par :

- La consolidation des outils de contrôle, en particulier l'inventaire et Document individuel de protection (DIPM) et des modalités de contrôle, notamment par l'instauration d'un contrôle obligatoire par une personne qualifiée, dont la liste est fixée par décret, désigner par le juge pour vérifier et approuver les comptes chaque fois qu'un subrogé n'a pas été désigné ou qu'un co-exercice de la mesure n'a pas été prévu et chaque fois que d'une part le patrimoine de la personne protégée le justifie et que, d'autre part, ses ressources lui permettent d'en régler le coût. Un barème fixant le coût de cette procédure de vérification devra être alors fixé.
- Le maintien d'un contrôle judiciaire des comptes pour les personnes protégées n'ayant que de faibles ressources et peu de patrimoine, sur la base de seuils définis par décret, chaque fois qu'il n'aura été possible ni de dispenser la famille de rendre des comptes ni de trouver dans l'entourage proche une personne susceptible d'exercer cette mission de contrôle. Celle-ci pourrait alors être exercée par le greffe à charge pour ce dernier de soumettre au juge des tutelles les situations problématiques (option 1) ou par le juge (option 2).
- La coordination des contrôles d'ordre judiciaire et administratif et la capitalisation des initiatives de contrôles entre pairs.

- L'intégration de la logique constructive des schémas régionaux dans les plans de contrôle et l'implication des magistrats délégués à la protection des majeurs des cours d'appel pour que l'enjeu du contrôle se situe non seulement dans une dynamique de repérage des risques ou des dysfonctionnements, mais aussi des bonnes pratiques à promouvoir.
- La consolidation de la formation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs par la création d'un diplôme sur la nomenclature européenne LMD, la réforme des contenus de formation et la révision des habilitations données aux établissements de formation.
- L'amélioration de la formation des familles et des aidants.
- La reconnaissance de la spécificité du métier de MJPM par son enregistrement dans le Répertoire national des certifications professionnelles et la création d'un statut spécifique de MJPM préposés d'établissement en subordonnant leur gestion à l'ouverture de comptes à la Caisse des Dépôts et Consignations.
- Le renforcement de l'obligation pesant sur les établissements de santé ou médico-sociaux de désigner en leur sein un MJPM. Celle-ci pourrait être étendue à toutes les structures hébergeant des personnes âgées.

Axe 6 (propositions n° 89 à 92) : La question persistante des personnes protégées en Belgique à résoudre par :

- La modification des conditions d'attribution de l'AAH et de la couverture sociale et la simplification des démarches administratives.
- Une articulation à trouver entre les droits français et belge notamment en matière de fin de vie, d'euthanasie et de refus des soins.

Axe 7 (propositions n° 93 à 104) : Le pilotage et l'articulation de la politique publique de protection juridique des majeurs par :

- La poursuite de la dynamique interministérielle engagée en créant un Délégué Interministériel chargé de la structuration d'une politique publique de la protection juridique des majeurs.
- La création d'un Conseil national de la Protection Juridique des Majeurs (CNPJM), structure opérationnelle présidée par le délégué interministériel et pluripartenariale, comprenant un laboratoire d'innovation publique national interministériel sur la protection juridique des majeurs et un observatoire national de la protection juridique des majeurs.
- La mise en place d'orientations stratégiques et d'une feuille de route avec pour objectif de construire une politique publique interministérielle (justice, ministères sociaux, travail, finances publiques...) et multipartenariale (départements, CNSA, sécurité sociale, caisses d'assurance maladie, mutuelles, notariat, barreau, secteur associatif, ...) afin de déployer une politique de protection publique de soutien des droits et de protection des personnes et de prévention et de traitement de la maltraitance.
- Le renforcement du rôle de coordination et d'impulsion du magistrat délégué à la protection des majeurs des cours d'appel pour qu'il soit plus opérationnel et reconnu.
- La construction d'une politique ambitieuse de renforcement des groupes des recherche pluridisciplinaires, notamment en lien avec le Plan maladies neuro-dégénératives, les recherches médicales et scientifiques, en sciences humaines et sociales, économiques et en droit.

Préambule

Toute personne physique jouit de la personnalité juridique et se voit ainsi reconnaître des prérogatives, des droits. La pleine capacité de jouissance et d'exercice de ses droits suppose que la personne puisse exercer une volonté éclairée, résultant d'une aptitude à comprendre les données et les enjeux des questions qui lui sont soumises, à élaborer un raisonnement et à faire des choix. Si, en raison d'une altération de ses facultés personnelles, la personne majeure ne peut exprimer une volonté consciente, le droit ne lui reconnaît pas la capacité de participer efficacement à la vie juridique. Sa personnalité juridique en est ainsi diminuée puisque son aptitude à faire valoir seule ses droits, ou même à en être titulaire (par exemple pour le droit de vote) pourront être limitées. Ainsi était présentée la théorie générale dite des incapacités en droit civil par le doyen Jean Carbonnier¹. En doctrine en effet, l'idée d'une personnalité diminuée du fait d'altérations ou de déficits présentés par une personne adulte par rapport à une norme théorique de capacité a été longtemps évoquée pour tenir compte de la faiblesse de certaines personnes et protéger les plus fragiles. Cette conception, fortement contestée, a largement évolué avec la loi du 5 mars 2007 dont l'objectif majeur était de « protéger sans diminuer² ».

Presque dix années après son entrée en vigueur, la loi du 5 mars 2007 complétée par l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 a été saluée comme marquant une avancée dans la reconnaissance des droits des personnes les plus vulnérables. Cependant, elle fait l'objet de critiques croisées tant au regard de sa conformité avec la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées³ entrée en vigueur en France le 20 mars 2010, et en particulier son article 12 « reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité⁴ », que de sa mise en œuvre jugée défailtante⁵. À ces rapports, viennent s'ajouter les demandes réitérées d'associations de personnes handicapées et de leurs familles, ainsi que de l'Inter-fédération des acteurs de la protection juridique des majeurs⁶.

La mission interministérielle commandée par les ministres de la justice, des solidarités- santé et par la secrétaire d'État chargée des personnes handicapées s'inscrit dans ce contexte. Le Président de la République a lui-même appelé lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation le 15 janvier 2018 à prendre en compte les critiques des instances nationales et internationales « au regard du nombre de mesures de tutelle qui privent la personne de sa capacité juridique alors que les réflexions actuelles s'accordent sur la nécessité de lui laisser davantage d'autonomie et de suivre sa volonté lorsqu'elle peut s'exprimer ». Soulignant en outre la place particulière de la justice face aux défis de notre temps, essentielle à la fois dans les équilibres

1 J. Carbonnier, Section préliminaire de la théorie générale des incapacités, Droit civil I, Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales, PUF, coll. Thémis, 17^e éd., 2000, n° 98

2 T. Fossier, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », Defrénois 2005, art. 38076, p.3

3 Convention internationale relative aux personnes handicapées (CIDPH), adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, le 13 décembre 2006 et ratifiée par la France le 18 février 2010, entrée en vigueur le 20 mars 2010

4 Défenseur des Droits, « Protection juridique des majeurs vulnérables », septembre 2016 ; CNCDDH, Avis du 26 janvier 2017 sur le droit de vote des personnes handicapées ; Observations préliminaires de Mme Catalina Devandas-Aguilar, Rapporteur spéciale sur les droits des personnes handicapées, 2017

5 Cour des comptes, « La protection juridique des majeurs : Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailtante », septembre 2016

6 Livre blanc (CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI), 2012

de l'État et de notre vie en société, le Président de la République a clairement affirmé que « l'effectivité des droits, au sens où la philosophe Simone Weil convoquait ce terme d'effectivité, est la clé de toute confiance dans la justice et partant dans la démocratie. Rien ne ruinerait davantage notre édifice démocratique que le sentiment d'une justice dont les principes resteraient théoriques ».

Le groupe de travail s'est donc appuyé sur les témoignages des personnes concernées (par leurs représentants institutionnels, par le collectif Confcap-Capdroits, par l'invitation d'usagers) et sur le travail de chercheurs, d'universitaires, de praticiens, d'acteurs du monde médical, social et juridique dans une visée pluridisciplinaire. Il a eu le souci constant de prendre effectivement en compte tout à la fois les constats déjà réalisés sur le dispositif de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, et les attentes des professionnels, des aidants et des personnes elles-mêmes pour approcher d'abord, le ressenti et les exigences de ce qu'est et représente le fait d'être atteint d'altérations parfois lourdes de ses facultés personnelles, au point de ne plus être totalement autonome dans la prise des décisions qui les concerne. L'association de plusieurs disciplines, de plusieurs compétences, dont les « expertises de soi-même » portées par les personnes, a conduit les membres du groupe de travail à s'interroger sur le sens des protections, sur les limites à poser et sur les régulations à construire, pour que la reconnaissance et les droits de chaque personne en situation de perte d'autonomie puissent être assurés en toute situation et que les protégés ne soient pas eux-mêmes déboussolés par un système qui leur donne injonction de produire souvent l'impossible sans en avoir réellement les moyens depuis des années et sans instance de pilotage.

Pour cela, il nous est apparu impératif de parvenir à agréger l'attention de chacun à l'autre dans une société qui respecte et accepte les plus fragiles de ses membres et qui, au quotidien, reconnaît l'action qui engage et la présence coordonnée qui prend soin. La persistance de stratégies clivées entre acteurs publics et privés et de réduction de moyens à court terme sans vision d'ensemble des enjeux essentiels de libertés individuelles et de droits fondamentaux serait contraire à la mission interministérielle qui nous a été confiée et au cadre constitutionnel de notre République.

Le groupe de travail s'est attaché, par strates successives, à chercher des points de consensus en n'occultant jamais ni la réalité et la complexité des situations pour les personnes, leurs proches et les professionnels ni l'impératif de sécurité juridique. En totale liberté de parole et d'imagination, il s'est constamment efforcé de rechercher comment répondre aux dysfonctionnements dénoncés pour préserver la sécurité juridique des actes posés par des personnes dont la particularité est de ne pas pouvoir toujours (et parfois jamais) exprimer un consentement éclairé et de favoriser l'autonomie de la personne dans le respect de sa personnalité, de ses droits fondamentaux et de sa dignité.

Le groupe de travail, conscient des risques de dogmatisme, d'idéalisme et de désengagement de l'État, s'est aussi interrogé sur le risque consistant à vouloir être inclusif à tout prix, sans nuance, en négligeant la sécurité juridique des tiers et en ne protégeant plus. Il s'est néanmoins attaché

à regarder sans complaisance et avec lucidité les applications concrètes du droit. Si la personnalité juridique perdure en théorie jusqu'à la mort pour tout être humain, les atteintes qui peuvent être apportées à la capacité juridique par les régimes dits d'incapacité, ne semblent pas respecter à leur juste niveau les droits fondamentaux. Ils enferment durablement un nombre de personnes important sans réelle possibilité d'évolution, comme en atteste le très faible nombre de mainlevées de mesures⁷. Cet état de fait est d'autant moins acceptable que le critère d'entrée dans un régime de protection juridique et surtout judiciaire est lui-même fortement discuté, l'évaluation des altérations des facultés personnelles ne prenant pas véritablement en considération les facteurs environnementaux et les possibilités d'évolution de la personne, si elle est soutenue. Le droit civil à lui seul éprouve des difficultés majeures à prendre en compte les autres dimensions du droit et en particulier celui de la protection sociale social, alors que la jurisprudence elle-même admet le principe d'une appréciation d'une situation de faiblesse pouvant par exemple porter non pas seulement sur les caractéristiques personnelles de l'individu mais également sur les conditions économiques de son environnement, de son existence.

Il n'est donc plus possible aujourd'hui de penser la capacité juridique des personnes sans les envisager dans leur environnement, dans leur rapport à aux possibilités d'expression de leur volonté, de leur accès à la connaissance et à l'exercice de leurs droits. D'autant moins que le recours généralisé à la dématérialisation des accès et des contenus, parfois sans qu'une alternative « papier » ne soit proposée entrave la possibilité pour la personne vulnérable d'agir seule. Il n'est donc pas suffisant d'instaurer uniquement des modes de protection théoriques sans se préoccuper ni de ce que vivent réellement les personnes qui y sont confrontées et leurs aidants, ni de ce que peuvent mettre en place les professionnels et des contournements parfois graves d'un cadre juridique qui montre ses limites.

Seule une politique publique volontariste en faveur des personnes particulièrement vulnérables en raison des troubles qui les atteignent, et de leurs proches, permettra de réelles avancées. Cette nécessité nous renvoie tous l'impératif d'un débat public présidant à des choix de priorités, y compris en termes de moyens matériels, éclairé par la meilleure connaissance des différentes formes d'altérations des facultés personnelles, de leurs conséquences, des besoins exprimés par les personnes qui en souffrent et des réponses apportées sur l'ensemble du territoire. Elle nous oblige aussi à accepter collectivement la différence et la prise de risques dans les interventions pour ne pas laisser reposer l'accompagnement des plus fragiles sur les seuls aidants naturels, quand il y en a, ou sur des professionnels de moins en moins nombreux faute de vocation.

Le groupe de travail a compris que chaque intervention ne fait sens que si des axes clairs et assumés sont posés. À ce titre, et malgré les contraintes de temps, il a souhaité clarifier la connaissance du public concerné par les mesures de protection, les conditions d'évaluation des situations soumises aux juges, étudier des alternatives, assumer la difficulté que représente l'intervention au soutien de l'autre en posant les prémisses d'une meilleure

⁷ Enquête Pôle évaluation Justice, ministère de la Justice-SG-SEM-SDSE-Enquête 2015 sur les majeurs protégés

organisation du métier de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et le cadre d'un contrôle plus efficace des actions. Surtout, il a recherché comment mieux reconnaître la centralité de la personne dans le dispositif de protection organisé par la loi du 5 mars 2007 dont tous les participants ont admis qu'elle était une avancée majeure mais que sa mise en œuvre pouvait être défailante en raison, notamment, de l'absence criante de moyens associés.

Dans le délai qui lui était donné, le groupe de travail n'a pu qu'amorcer une réflexion sans pouvoir définir en détail toutes les modalités d'application des propositions faites, après une réunion finale de restitution des points de consensus et des réserves, par la rédactrice du rapport désignée pour conduire la mission. Les riches contributions laissent apparaître les nuances voire oppositions d'approche de ses participants et une feuille de route invite à poursuivre la dynamique interministérielle et pluridisciplinaire engagée. Les directions compétentes, les acteurs, les familles, les personnes elles-mêmes pourront ainsi s'en saisir pour créer les conditions d'un débat public et le faire vivre. Il serait indispensable de prévoir un suivi, par exemple par la Cour des Comptes, de l'efficacité des propositions, dès lors qu'elles seraient retenues.

Les grandes orientations

- La reconnaissance de la présomption de capacité de la personne.
- Le droit d'être soutenu dans l'expression de sa volonté et de ses préférences, notamment par le développement de moyens de communication adaptés.
- La nécessité d'assurer la sécurité des tiers.
- Le soutien réaffirmé aux intervenants familiaux, lorsqu'il est possible et la priorité donnée au cadre de l'action de protection sociale de proximité.
- Une appréciation de la perte ou des restrictions d'autonomie qui doit intégrer la dimension juridique de soutien effectif de l'expression de la volonté et des préférences.
- Une appréciation de la perte ou des restrictions d'autonomie pluridisciplinaire et multidimensionnelle préalable à toute demande de protection et/ou signalement.
- La suppression de la tutelle et le choix d'une mesure unique de sauvegarde des droits dont le socle serait l'assistance, le juge pouvant par décision spécialement motivée et dans les situations les plus lourdes organiser des fenêtres de représentation.
- La nécessité de conserver un juge judiciaire statutaire clairement identifié, soit dans le cadre des attributions actuelles du juge d'instance soit en le spécialisant spécifiquement dans ce champ.
- Le changement de dénomination du « juge des tutelles ».
- Le maintien d'un contrôle judiciaire sur l'exercice du mandat et sur les comptes de gestion.

- La reconnaissance métier des professionnels de la protection juridique des majeurs.
- La reconnaissance d'un statut clair pour tous les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et particulièrement pour les mandataires-préposés d'établissements.
- L'organisation de la profession et la structuration des contrôles entre le ministère des solidarités-santé et le ministère de la Justice.
- La création d'un Conseil national de la protection juridique des majeurs.
- La nécessité d'un choix clair de financement et une réelle politique publique de la protection juridique des majeurs impulsée et portée par un Délégué interministériel identifié.

01

Une grande diversité des personnes juridiquement protégées

Le groupe de travail relève que les données disponibles sur la protection juridique des majeurs et les publics concernés sont gravement insuffisantes, ainsi que l'avait déjà mentionné le rapport de la Cour des Comptes, car encore trop éparées. Elles peuvent l'être en région grâce aux initiatives prises dans les schémas régionaux, notamment dans les Hauts-de-France et en Île-de-France mais il n'existe aucun recensement précis des mesures d'anticipation et il reste difficile d'obtenir des éléments documentés sur les Masp-Maj⁸. En tout état de cause, il n'existe pas de réel croisement entre les données des directions des ministères concernés.

L'absence de tout observatoire de la protection juridique des majeurs, la connaissance fine des personnes concernées est donc lacunaire, avec toutes les conséquences néfastes sur l'appréciation des réels besoins et des offres existantes sur les territoires. Pourtant de bonnes pratiques se développent d'initiative depuis plusieurs années déjà⁹ mais elles disparaissent trop souvent quand les acteurs qui les ont mises en place quittent leurs postes. Or la demande sociale sera de plus en plus forte au regard du vieillissement de la population et des enjeux nouveaux que font naître les attentes des personnes et de leurs proches lorsqu'un besoin d'aide à l'autonomie apparaît.

Dans ce contexte, il est particulièrement délicat de penser les normes juridiques collectives alors même que celles-ci doivent sans aucun doute tenir compte de la construction des vulnérabilités non pas seulement au strict instant de la détermination judiciaire de l'incapacité de droit mais aussi en fonction des parcours de vie. Toute évolution de ces normes doit en effet être construite en cohérence d'une part avec les droits fondamentaux des individus eux-mêmes, d'autre part avec les choix de protection sociale qui nous engagent collectivement

et avec des garanties d'accès au juge. Analyser le droit positif de la protection juridique des majeurs pour le faire progresser implique donc de se pencher sur la notion même de vulnérabilité, comme l'a fait la Cour de cassation dans son rapport de 2009 et d'observer les études réalisées sur les publics concernés et les décisions des juges.

1. Des difficultés à cerner la vulnérabilité particulière liée soit à l'altération des facultés personnelles soit à la prise de risques excessifs par les populations fragiles au regard de leur santé et de leur sécurité

1.1. Une approche toujours délicate de la vulnérabilité

Juridiquement et au sens de l'article 425 du code civil, les personnes qui sont dans l'impossibilité de pourvoir seules à leurs intérêts en raison d'une altération, soit de leurs facultés mentales, soit de leurs facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de leur volonté, peuvent être très nombreuses. D'abord parce que la notion d'altération est très large, ensuite parce que l'appréciation de la possibilité de pourvoir seul à ses intérêts peut également être discutée à l'infini. Le rapport de la Cour de cassation de 2009¹⁰ consacré aux vulnérabilités dans la jurisprudence a souligné que « dans une société moderne, les individus sont autonomes et sont donc normalement les seuls gestionnaires de leurs intérêts et de leurs aspirations. Les sujets de droit sont ainsi des personnes capables, capacité qui, nous rappelle l'article 1123 du code civil¹¹, est le principe. Ils sont

8 Masp (Mesure d'accompagnement social personnalisé) et Maj (Mesure d'accompagnement judiciaire)

9 Régions Paca, Aquitaine, Haut-de-France, Île-de-France, notamment

10 Cour de cassation, « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation », rapport annuel 2009

11 Aujourd'hui l'article 1145 du code civil

libres de leurs actes, ils répondent de leurs faits ». Mais, souligne le professeur Xavier Lagarde dans son avant-propos du rapport, « dans une société, parfois qualifiée de post-moderne, l'autonomie de l'individu requiert un peu plus que la capacité juridique, c'est-à-dire, au fond, l'aptitude à se mouvoir librement dans les cadres du droit civil. Pour qu'advienne l'individu, il importe de lui reconnaître des droits, abstraction faite des relations qu'il est à même de nouer dans l'exercice de sa capacité : droit d'agir en justice, droits sociaux (logement, emploi...), par exemple. Ces droits sont généralement reconnus par des textes de portée supralégislative. Il en est ainsi parce qu'ils sont l'expression de la dignité de l'homme. Ils accèdent au rang de droits fondamentaux ».

Ainsi, ce rapport de la Cour de cassation montre que la vulnérabilité peut être envisagée selon deux conceptions. Elle peut être circonscrite à une période bien déterminée de la vie au cours de laquelle les capacités sont limitées et ont vocation à être dépassées (l'enfance) ou à être socialement compensées (le grand âge, le handicap). Elle peut aussi être considérée, à l'inverse, comme un invariant anthropologique avec l'idée qu'elle n'est pas transitoire ni occasionnelle de sorte que chacun doit se sentir conscient d'une responsabilité à l'égard de l'autre et agir concrètement, les politiques publiques pouvant jouer ce rôle en assurant des régulations (philosophie du care¹²). Le professeur Xavier Lagarde propose une solution intermédiaire et invite à exclure une conception trop large de la vulnérabilité en rappelant que, pour le juriste, la vulnérabilité n'est pas le trait commun de l'humanité. Sous l'angle du droit, « la personne vulnérable est celle qui n'est pas en mesure d'exercer les attributs de la personnalité juridique. Empêtrée dans une situation pathologique ou hors norme, elle reste en deçà du standard du « bon père de famille ». Droits et libertés ne sont pour elle que des mots. En pratique, elle ne sait pas ce que c'est ».

À partir de ces éléments, le philosophe Fabrice Gzil¹³ propose de rechercher les dimensions de l'autonomie d'une personne considérée comme vulnérable à partir de trois éléments : l'indépendance fonctionnelle, l'auto-détermination morale c'est-à-dire la faculté de faire des choix de vie conformes à ses valeurs et le pouvoir d'action dans la société. Il invite également à réinterroger le principe moral de l'autonomie, fondateur de la philosophie de nos sociétés occidentales, dans ses deux faces.

Chaque personne doit être considérée comme un agent autonome et être respectée dans ses décisions mais doit en même temps être protégée lorsque son autonomie est réduite.

Ces analyses doivent nous conduire à nous poser la question des leviers à mobiliser face à des phénomènes de perte d'autonomie traversant toutes les catégories de la population et tous les âges adultes, même si aujourd'hui les évolutions démographiques nous invitent à penser particulièrement la question des personnes âgées.

1.2. Des réponses très variables suivant les champs d'intervention

Chez les personnes âgées par exemple, les enquêtes réalisées en particulier par la Fondation Médéric Alzheimer en 2012 et 2013 sur le respect des droits des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer ou d'une maladie apparentée¹⁵ montrent qu'une proportion croissante de personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer fait l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle :

11 %

parmi les personnes accompagnées par un SSIAD

19 %

parmi les personnes prises en charge par un SAD

32 %

parmi les personnes accueillies en EHPAD

40 %

parmi les personnes hospitalisées en USLD

12 Voir philosophie du 'care', C. Gilligan, P. Molinier, S. Laugier, P. Paperman, A. Zielinski

13 F. Gzil, Session « Vulnérabilité et office du juge », ENM, 2017 et 2018

14 M.A. Castel-Tallet dir., Aide à domicile et maladie d'Alzheimer, La Lettre de l'Observatoire des dispositifs de prise en charge et d'accompagnement de la maladie d'Alzheimer, 25. ; M.A. Castel-Tallet dir., Respect des droits des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer accueillies en EHPAD et USLD, 27., <http://www.fondation-mederic-alzheimer.org>

Plus récemment, d'autres enquêtes nationales de cette fondation¹⁵ relèvent que 37% des personnes accueillies dans les établissements entièrement dédiés à l'accueil de personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer font l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle.

Ainsi, dans le champ de la santé mentale, les chiffres donnés par le ministère des solidarités et de la santé dans le cadre du plan santé mentale 2018-2022 apportent les précisions suivantes (référence année 2015) :

- 2,4 millions de personnes sont prises en charge en établissement de santé.
- 1,5 millions (15%) des 10-20 ans ont besoin de suivi ou de soin.
- 7,5% des français âgés de 15 à 85 ans ont souffert de dépression au cours des 12 derniers mois¹⁶.

Les personnes ayant des troubles psychiques sévères et persistants souffrent généralement d'un grand isolement, d'une perte de capacité à entreprendre, à vivre dans un logement autonome, à tenir un emploi et à réaliser les actes de la vie quotidienne et subissent souvent une rupture des liens familiaux et sociaux. Ces effets, conjugués à la stigmatisation et, le cas échéant, à des hospitalisations prolongées et répétées en psychiatrie, elles-mêmes facteurs de désinsertion sociale, amènent fréquemment les personnes à la perte de leur logement, à l'errance et à l'exclusion sociale.

Par ailleurs, en 2016, 93 740 personnes ont fait l'objet de soins psychiatriques sans consentement décidés par le directeur d'établissement ou par le préfet. Ce chiffre est en augmentation depuis 2012, tout comme le nombre de personnes suivies au sein des établissements de santé autorisés en psychiatrie. Cette évolution préoccupante des soins sans consentement devrait amener à intégrer la dimension protection juridique des personnes dans l'appréciation des situations.

1.3. Des mesures d'accompagnement social sous-utilisées

En l'état des textes¹⁷, les mesures d'accompagnement social personnalisé (Masp) puis le cas échéant d'accompagnement judiciaire (Maj) ne peuvent être mises en œuvre qu'à l'égard des personnes percevant des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée (Masp) ou compromise (Maj) par les difficultés qu'elles éprouvent dans la gestion de leurs ressources.

Les données de l'ODAS¹⁸ et de la Drees montrent que les publics des mesures d'accompagnement social personnalisées ne sont pas véritablement connus. Par ailleurs,

la proportion des Masp demeure très faible parmi les mesures mises en place par les départements.

L'analyse des tableaux fournis par la DGCS fait apparaître que nombre de départements ne renseignent pas les rubriques ou disent ne pas avoir mis en place la Masp (Données brutes 2015, 2014). Une enquête diligentée par la DGCS en 2011 a obtenu un taux de réponse de 72% (73 départements). Elle faisait alors apparaître qu'au 31 décembre 2011, 86 départements mettaient en œuvre la Masp (9871 mesures soit une moyenne de 115 par département contre une moyenne de 38 en 2009). Alors qu'en 2009, seuls 7 départements avaient déclaré avoir mis en œuvre plus de 100 mesures dans l'année, ils étaient 39 en 2011 ayant mis en place plus de 200 mesures.

La synthèse des retours des Directions Régionales Jeunesse et Sports, Cohésion Sociale (DRJSCS) au vu des schémas régionaux démontre quant à elle que la mise en place des Masp est extrêmement variable en fonction des départements. Nombre d'entre eux font le choix d'externaliser tout ou partie de la mise en place de ce dispositif, alors que d'autres préfèrent conserver en leur sein la gestion de ces mesures. Le coût de la mesure peut s'avérer très variable d'un département à l'autre, plusieurs départements ayant fait le choix de ne pas laisser ce coût à la charge de la personne bénéficiaire de la mesure d'accompagnement social.

Les directions régionales constatent que la mise en œuvre peut varier du tout au tout dans des départements limitrophes, ce qui démontre que la volonté d'un département et les moyens mis à disposition par ce dernier sont essentiels pour le bon développement de ces mesures.

D'après l'enquête de 2011 et l'étude réalisée par la DGCS à partir de l'ensemble des schémas régionaux des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales, les directions régionales ont identifié les freins suivants:

- le caractère contractuel de la mesure qui nécessite l'engagement de la personne, tout au long de la mesure ;
- les critères de la mise en place d'une Masp limités aux prestations sociales, ce qui exclut par exemple un certain nombre de personnes âgées ;
- la situation économique de certaines personnes qui génèrent des difficultés dans la construction d'un budget équilibré et dans leurs projets de vie ;
- la finalité de retour à l'autonomie dans la gestion budgétaire et l'obtention du consentement éclairé de la

15 M.A. Castel-Tallet dir., 2015a et 2015

16 En Europe, selon l'OMS, 1 Européen sur 4 est touché par des troubles psychiques au cours de sa vie

17 Casf, art. L 271-1 et C. civ., art. 495

18 Observatoire national de l'action sociale

personne lors de l'évaluation de la demande ou de l'étape de contractualisation ;

- la prise de conscience nécessaire par la personne de son engagement actif à la mise en œuvre et à l'adhésion aux objectifs de la mesure ;
- la durée de la mesure ne pouvant excéder 4 ans, la situation de la personne peut justifier un accompagnement plus long ;
- bien que la Masp ne soit pas une procédure d'urgence, il ressort néanmoins que le temps pris pour la mise en place peut être perçu comme étant une difficulté à la mise en place d'une Masp ;
- la mise en place des Maj est de manière globale assez faible parce que le nombre de Masp n'est pas suffisamment élevé alors que cette mesure est un préalable obligatoire à l'ouverture d'une Maj ;
- la coordination avec la justice est jugée insuffisante ;
- une grande majorité des bénéficiaires sont des personnes seules (avec ou sans enfant), qui ont entre 30 et 59 ans. Le motif de mise en place des Masp est dans une majorité des cas lié au logement.

Cette analyse des schémas régionaux, comme l'enquête réalisée par la DGCS en 2011, montre que le motif principal de l'entrée dans le dispositif reste les impayés de loyers et autres impayés liés au logement (eau, électricité, gaz, assurance habitation), suivi des impayés liés à la santé (mutuelle...), l'enquête de 2011 précisant en outre que 3 % des ouvertures de Masp faisaient suite à une mesure judiciaire terminée depuis moins d'un an. L'acceptation par la personne de ce type d'aide est majoritairement motivée par des situations de surendettement, parfois associées à des difficultés de santé. Les Masp sont complémentaires des autres actions sociales dont bénéficient également les personnes, dans des proportions non précisées par les départements. Elles ne représentaient en 2011 que 3 % de l'ensemble de ces actions.

Selon cette enquête de la DGCS de 2011, les Masp sont à 51 % de Masp 1 (contrats d'accompagnement simples)¹⁹, d'une durée moyenne de 11 mois.

Parmi les Masp terminées : 31 % ont permis un retour à l'autonomie de la personne avec ou sans accompagnement généraliste, 8 % ont été orientées vers une Maj, 8 % vers une mesure de protection de type sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle.

Le profil des bénéficiaires est le suivant :

80 %

des bénéficiaires ont entre 30 et 59 ans, se répartissant comme suit :

- > 42 % entre 45 et 59 ans
- > 38 % entre 30 et 44 ans
- > 11 % de moins de 30 ans
- > 8 % de 60 à 79 ans
- > 1 % de 80 ans à plus

62 %

de femmes

80 %

sont des personnes seules :

avec (34 %) ou sans (46 %) enfant à charge. Il est possible qu'une partie de ces bénéficiaires correspondent plus à un public potentiellement bénéficiaire de l'accompagnement en économie sociale et familiale

Les Maj quant à elles ont remplacé les Tutelles aux prestations sociales à la suite de la loi de 2007. Le nombre de personnes en bénéficiant a fortement diminué. Ainsi, en 2011 et 2012, les juges n'ont ouvert que respectivement 478 et 584 Maj. Par ailleurs, seulement 8 % des Masp terminées au cours de l'année 2011 ont été orientées vers une Maj.

¹⁹ 48 % de Masp 2 (contrats prévoyant la gestion des prestations sociales) et seulement 1 % de Masp 3

Le profil des personnes bénéficiant d'une Maj est le suivant :

83 %

ont entre 20 et 59 ans, se répartissant comme suit :

- > 62,8 % ont entre 40 et 59 ans
- > 23,5 % ont entre 25 et 39 ans
- > 8,9 % ont entre 60 et 74 ans
- > 2,9 % ont de 75 ans à plus
- > 1,8 % ont moins de 25 ans

59,4 %

sont des femmes

40,6 %

sont des hommes

99,2 %

ont un niveau de ressources inférieur ou égal au SMIC, dont 70,6 % inférieur ou égal au montant de l'AAH.

2. Une grande diversité des personnes concernées par les mesures judiciaires

2.1. L'enquête du Pôle d'évaluation de la justice civile.

Selon l'Enquête du Pôle d'évaluation de la justice civile²⁰, en 2015, 77 200 nouvelles mesures de protection judiciaire ont été ouvertes dont 42 200 tutelles, 33 500 curatelles et 1 500 sauvegardes de justice. L'entrée dans le dispositif de protection s'opère le plus souvent par le degré le plus important, celui de la tutelle (55 %), sachant que très rares sont les cas de sauvegarde autonome précédant l'ouverture d'une des autres mesures (moins de 0,5 % des cas). En revanche, en tutelle comme en curatelle, une mesure de sauvegarde est prononcée pendant la durée de l'instance, dans respectivement 15 % et 17 % des cas. Au regard des articles 425 et 428 du code civil, les personnes en tutelle ou en curatelle dont il est question ici sont en principe celles pour lesquelles aucune autre mesure subsidiaire ou moins contraignante, n'a pu être ordonnée, ces mesures de protection devant permettre aux personnes d'être assistées ou représentées dès lors qu'elles ne peuvent plus exercer tout ou partie de leurs droits par elles-mêmes. Ce constat pose d'ores et déjà les contours d'une population dont la situation personnelle, l'état physique et/

ou psychologique rendent nécessaire une protection de leur personne et/ou de leurs biens par des mandataires, familiaux ou professionnels.

Lors de la présentation des résultats de l'enquête du Pôle d'évaluation de la justice civile, il a été précisé qu'au vu des données actualisées du ministère de la Justice, entre 2016 et 2017, le nombre d'ouvertures de tutelles et de curatelles a baissé respectivement de 9 et de 4,8 % alors que 13 119 habilitations familiales étaient prononcées.

Le profil des personnes protégées par une habilitation familiale est plutôt une femme (70 % des habilitations) d'un âge moyen de 66,4 ans.

Dans les mesures judiciaires de type tutelle ou curatelle, en 2015, ce sont près de 86 000 mandataires qui ont été désignés (à titre principal ou en qualité de subrogés), 59 % dans le cadre d'une tutelle et 41 % dans le cadre d'une curatelle contrairement aux prévisions de la loi de 2007 qui souhaitait privilégier la désignation dans la sphère familiale. Les mandataires familiaux sont principalement désignés en tutelle alors que le rapport s'inverse pour les curatelles : sur 100 mesures ouvertes, 34 sont des tutelles avec mandat familial et 21 avec mandats professionnels, tandis que 34 sont des curatelles avec mandat professionnel et 11 avec mandat familial. En tutelle, la place des mandataires familiaux a constamment été prépondérante entre 2000 et 2015 (plus de 50 %), et s'est régulièrement élargie jusqu'en 2009 avant de se stabiliser entre 2010 et 2015 à un niveau légèrement supérieur à 60 %. En curatelle, dont on ne peut observer le type de mandataire que depuis 2008, la part des mandataires familiaux fluctue en revanche autour de 25 % sans jamais dépasser 30 %.

Lorsqu'ils statuent sur la désignation de la personne chargée de la protection, les juges prennent en considération plusieurs dimensions associées, au centre desquelles se trouve la personne protégée : l'état de santé physique et/ou mentale, la vulnérabilité sociale, l'environnement familial et amical, et le patrimoine dont la gestion doit être organisée. Le mode de gestion familial est ainsi davantage privilégié lors de l'ouverture d'une mesure de protection aux âges extrêmes, qu'il s'agisse de tutelle ou de curatelle. 62 % des tutelles ouvertes le sont avec un mandat familial, c'est le cas pour 8 tutelles sur 10 pour les personnes protégées de moins de 30 ans et de 7 sur 10 pour celles de 90 ans et plus. De même, si la désignation de professionnels domine dans les ouvertures de curatelle (76 %), la gestion par la famille est plus présente en deçà de 30 ans (27 %) et au-delà de 69 ans (34 %).

²⁰ Source : ministère de la Justice-Direction des affaires civiles et du sceau-Pôle d'évaluation de la justice civile. Enquête 2015 sur la protection juridique des majeurs et Infostat Justice, juin 2018 n° 162 et SG-justice-SG-SEM-SDSE

Le profil des personnes protégées Les personnes protégées plus âgées sont plus souvent des femmes veuves ou vivant seules. Celles à l'égard desquelles une mesure de tutelle a été ouverte sont des femmes (62%), âgées de 73 ans, majoritairement veuves (51%) ou célibataires (25%). Celles à l'égard desquelles une mesure de curatelle a été ouverte sont des hommes (63%), âgés de 58 ans, majoritairement célibataires (45%) ou divorcés (10%).

L'impact des mesures d'habilitation familiale commence à être perceptible dans les décisions prononcées par les juges. Entre 2016 et 2017, le nombre d'ouvertures de tutelles et de curatelles a baissé respectivement de 9 et de 4,8% alors que 13.119 habilitations familiales étaient prononcées. Le taux d'acceptation des requêtes s'est élevé à 87,5% dont 82% d'habilitations générales. Le profil des personnes ainsi protégées est plutôt une femme (70%) d'un âge moyen de 66,4 ans

Du point de vue patrimonial, la personne en tutelle est propriétaire d'au moins un bien dans 51% des cas. Ce bien a une valeur moyenne de près de 245.000€. L'inventaire de son patrimoine fait état dans 40% d'un bien mobilier d'une valeur moyenne de 6 800€. Dans plus de 9 cas sur 10, la personne en tutelle détient au moins un compte bancaire sur lequel elle dispose d'un solde positif de 112 000€.

19% des inventaires liés aux décisions d'ouvertures de tutelle ne font état d'aucune ressource financière. Pour 80% d'entre eux, les majeurs en tutelle perçoivent en moyenne 1 715€ par mois. Les ressources proviennent majoritairement d'une pension de retraite (à titre principal c'est-à-dire avec ou sans allocations ou autres revenus) (68%). En revanche très peu perçoivent un salaire (2,5%) et moins de 10% perçoivent uniquement des allocations.

La personne en curatelle est propriétaire d'un bien immobilier dans 31% des situations, dont la valeur moyenne est légèrement supérieure à 200 000€. Dans la moitié des inventaires, il est fait état d'un bien mobilier, d'une valeur moyenne de 13 000€. Il s'agit souvent d'une voiture. Dans 9 inventaires sur 10, le majeur détient au moins un compte bancaire. Il dispose en moyenne de 63 000 € d'économie. 22% des inventaires liés aux décisions d'ouvertures de curatelle ne font état d'aucune ressource financière. Lorsque des revenus sont indiqués, l'inventaire recense un revenu moyen mensuel de 1 382 €. Ce revenu résulte d'une pension de retraite uniquement (26%) ou additionné à une allocation ou une autre forme de revenu (13%). Un peu plus d'un quart des majeurs en curatelle ont pour ressource principale une allocation (27%). Enfin, 11% perçoivent un salaire à titre principal.

Plus d'une tutelle sur deux est ouverte pour une durée de 10 ans. La durée des mesures de protection ouvertes est significativement différente selon qu'il s'agit d'une tutelle ou d'une curatelle et d'un mandataire familial ou

professionnel. Ainsi les curatelles sont quasiment toutes organisées pour une durée de 5 ans (95%), rarement moins (4%), sans distinction semble-t-il entre les mandataires familiaux et professionnels. Les tutelles sont, quant à elles, ouvertes plus d'une fois sur deux pour 10 ans (54%), sinon pour 5 ans. L'inscription des personnes protégées dans le dispositif tutélaire est significativement plus longue quand les mandataires sont familiaux. Ainsi, 55% des personnes protégées par une tutelle familiale le sont pour une durée d'au moins 10 ans contre 49% lorsqu'un mandataire professionnel est désigné.

Près de 9 ouvertures de mesures sous mandat familial sur 10 (88%) le sont à la demande de la famille, élargie aux proches (étant observé que, dans l'enquête, la qualité du demandeur à la protection n'a pas été renseignée dans 22% des demandes d'ouverture de protection recueillies). Plus précisément, c'est la famille ou les proches qui demandent la mesure dans 92% des ouvertures de tutelle et dans 75% des curatelles. Les mandataires professionnels quant à eux sont plus souvent désignés lorsque la requête en protection a été faite par le procureur de la République (45%), lui-même saisi d'un signalement par les services de police ou de gendarmerie, les services sociaux, administratifs ou sanitaires, mais aussi par les proches (29%) ou par la personne elle-même (26%).

Les personnes dont la mesure est exercée par la famille déclarent disposer de revenus, et le montant est supérieur à 1.520 euros par mois pour la moitié d'entre eux. En cas de mesure exercée par un professionnel, la part des personnes protégées déclarant des revenus dans les inventaires est moins élevée (73%) et le montant médian de ces revenus est plus faible (1 130 euros par mois). Ce constat ne dépend pas du type de protection.

2.2. L'enquête ANCREAI

Selon l'enquête Ancréai, commandée par la DGCS et réalisée en 2016 sur les mesures exercées par des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, **les personnes de moins de 60 ans représentent un peu plus de la moitié des personnes protégées par des mandataires professionnels (52%) et ont, dans leur très grande majorité, une reconnaissance de leur handicap par la MDPH (86%).** Tous âges confondus, 54% reçoivent une prestation liée au handicap (dont 48% l'AAH) et près de 30% des personnes de 75 ans et plus reçoivent l'APA. Outre leur mesure de protection, les deux tiers des personnes à domicile bénéficient d'un accompagnement complémentaire, le plus souvent d'un suivi psychologique ou psychiatrique (43%).

À partir des variables descriptives des personnes protégées, **quatre facteurs de vulnérabilité ont été identifiés : le handicap, les troubles psychiques ou psychia-**

triques, la dépendance liée à l'âge et la vulnérabilité sociale. Une même personne peut être concernée par plusieurs de ces facteurs. Leur différente combinaison a permis de définir quinze profils différents, réduits à une typologie de sept principaux profils :

- les personnes protégées en situation de handicap psychique (44 % des mesures dont 4 % sont des personnes handicapées psychiques vieillissantes et 2 % des personnes handicapées psychiques vivant une situation de grande précarité sociale). Elles sont principalement en mesure de curatelle renforcée (68 %), depuis plus de 10 ans pour 44 % d'entre elles, plutôt jeunes (moyenne d'âge la plus basse : 38,5 ans), célibataires (74 %), vivant seules à domicile et en incapacité de travailler (68 %), l'emploi en ESAT concernant 13 % des personnes. Elles sont très majoritairement bénéficiaires de l'AAH (82 %) ;
- les autres situations de handicap de moins de 60 ans (17 %). Il s'agit majoritairement d'hommes (56 %), entrés jeunes dans le dispositif (73 % avaient moins de 40 ans lors de la première mesure), célibataires (63 %), en curatelle (69 %) principalement exercée par des services mandataires (92 %). Les personnes protégées sont majoritairement bénéficiaires de l'AAH (51 %) et de la PCH ou de l'ACTP (10 %). Les mandataires judiciaires entretiennent des relations régulières et constructives avec le secteur médico-social pour 42 % des situations ;
- les autres situations de handicap (8 %). Cette catégorie de personnes est composée essentiellement de personnes âgées vieillissantes (6,5 %), majoritairement masculines (54 %), retraités (58 %) et célibataires (67 %). Les mesures prononcées sont des tutelles (47 %) ou des curatelles renforcées (50 %), le pourcentage restant n'étant pas renseigné ;
- les personnes connaissant ou ayant connu uniquement un suivi ou une hospitalisation psychiatrique (11 %). Ces personnes protégées n'ont aucune reconnaissance de handicap. Il s'agit principalement de femmes (57 %), vivant seules (40 %), et âgées (80 % ont 60 ans et plus). Il apparaît que les troubles psychiques sont intervenus avec l'avancée en âge. Les mesures prononcées sont récentes (près de la moitié ont été prononcées depuis 5 ans ou moins) ;
- les personnes en situation de dépendance liée à l'âge (23 %), sont majoritairement féminines (65 %), de plus de 75 ans (73 %) et accueillies en établissement (63 %). Elles sont essentiellement en tutelle (57 %). Près des deux tiers sont suivies par des services mandataires (64 %) et pour la proportion restante par des mandataires individuels (39 %) ;
- les personnes en situation de vulnérabilité sociale (3 %) sont essentiellement des hommes (62 %), de

47 ans d'âge moyen, le plus souvent isolés (65 %), en rupture familiale (30 % sont séparés ou divorcés). Ils sont à 46 % demandeurs d'emploi, disposant de revenus très faibles voire inexistant (inférieurs à 5 000 euros par an pour 20 % d'entre eux) ;

- les personnes ne témoignant pas d'un des facteurs de vulnérabilité recherchés (5 %). Pour ces personnes, l'hypothèse posée par l'Ancréai est que cette catégorie « regroupe en partie des situations insuffisamment connues et mal renseignées dans l'enquête et/ou de santé intriquées, notamment avec la présence d'addictions, de déficiences légères, de surendettement, etc. » Il s'agit d'une population plutôt masculine (64 %), dont les mesures de protection sont en forte proportion des curatelles renforcées (83 %) et plutôt anciennes (plus de 6 ans). Les personnes sont entrées très jeunes dans le dispositif (21 % a moins de 25 ans et 56 % a entre 40 et 60 ans). Les mesures sont uniquement exercées par des mandataires professionnels, dont elles représentent respectivement 6 % (services mandataires) et 5 % (mandataires individuels) du total de leurs mesures.

2.3. L'enquête de la Fondation Médéric Alzheimer.

Selon l'enquête réalisée par la Fondation Médéric Alzheimer auprès des juges des tutelles, il apparaît que **les magistrats estiment que, en moyenne, 38 % des mesures dont ils ont la charge concernent des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer ou d'une maladie apparentée** (avec des extrêmes allant de 5 % à 85 %). Au vu des statistiques publiées dans le rapport de la Cour des comptes de 2016, 700 000 personnes étaient protégées en 2015 de sorte qu'on peut estimer qu'environ 266 000 personnes atteintes d'une telle maladie feraient aujourd'hui l'objet d'une mesure de protection judiciaire. Ce chiffre rapporté à l'estimation de 850 000 personnes atteintes en France de ces maladies (Helmer, Pasquier et Dartigues, 2006) signifie que près d'un tiers de ces personnes ferait aujourd'hui l'objet d'une mesure de protection judiciaire, résultat cohérent avec les précédentes enquêtes de la Fondation qui ont indiqué que la proportion des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer faisant l'objet d'une mesure de protection se situe entre 10 et 20 % lorsqu'elles vivent à domicile et entre 30 et 40 % lorsqu'elles résident en établissement²¹.

Les types de mesures de protection prononcées font apparaître une prédominance des tutelles qui représentent 86 % de la totalité des mesures de protection, les curatelles renforcées ne figurant que pour 12 % d'entre

²¹ M.A. Castel-Tallet dir., La Lettre de l'observatoire de la maladie d'alzheimer, 2012, 2013a, 2013b

elles. Le choix des juges ne s'explique pas seulement par le fait que la demande de protection intervient à un moment où les incapacités de la personne sont déjà importantes. En effet, interrogés sur la façon dont ils choisissent la mesure à prononcer pour ces personnes, 35 % des juges répondent que leur décision tient compte de l'évolution prévisible de la maladie et pas uniquement des besoins actuels de la personne. Cela peut parfois les amener à fixer la durée de la mesure au-delà de 5 ans. Comme le souligne Thierry Verheyde lors de l'enquête²². « la prise en considération d'une évolution prévisible (...). Entraîne peut-être (par « commodité » ?) le prononcé assez systématique d'une tutelle (...). Alors qu'une mesure moins lourde (...) correspondrait davantage à l'état actuel de la personne et à son aptitude restante »²³

3. Des constats sévères sur l'autonomie laissée à la personne protégée dans les mesures

La reconnaissance de l'autonomie de la personne dans l'organisation de la protection ne semble pas réalisée au vu des données statistiques, les magistrats apparaissant dans leur grande majorité s'en remettre à la personne ou au service chargé de l'exercice de la mesure pour l'adapter concrètement. Les mesures sont prononcées sans aménagement dans 99 % des cas de tutelle et les curatelles sont dans 95 % des cas prononcées sous la forme d'une curatelle renforcée²⁴.

3.1. La place de la personne à protéger dans l'instruction de la demande

En posant pour principe la recherche de l'autonomie autant qu'elle est possible, le législateur de 2007 a voulu donner une place centrale à la personne elle-même et au recueil de son avis sur la mesure envisagée qui la concerne, tant lors de l'ouverture de la procédure que lors de la révision de la mesure. L'article 432 du code civil pose le principe de l'audition personnelle du majeur et ne réserve des exceptions que dans deux cas, lorsqu'il est hors d'état d'exprimer sa volonté ou lorsque l'audition est de nature à porter atteinte à sa santé, toujours par décision spécialement motivée et sur avis d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 du même code. L'absence d'audition est pourtant relevée dans de nombreux cas de tutelle (64 %) , plus qu'en curatelle (12 %).

Plus précisément, **la part des personnes en tutelle auditionnées s'élève à 28 % pour les mandataires fami-**

liaux et à 43 % pour les mandataires professionnels, ces mêmes parts étant respectivement de 88 % et de 91 % pour les curatelles.

L'enquête précitée de la Fondation Médéric Alzheimer montre que moins de la moitié des juges ayant répondu (45 %) disent procéder toujours ou souvent à l'audition de la personne à protéger. Parmi ceux qui auditionnent toujours, souvent ou parfois, 87 % déclarent qu'ils peuvent être amenés souvent ou parfois à se déplacer sur le lieu de vie de la personne. En outre, seul un tiers d'entre eux (35 %) déclarent procéder toujours ou parfois à l'audition lorsque le certificat médical circonstancié le déconseille. Ces résultats ont conduit Thierry Verheyde à s'inquiéter de « la trop grande facilité avec laquelle les médecins habilités à établir les certificats médicaux (...) préconisent au juge de ne pas entendre la personne concernée ». Selon lui, « le critère légal permettant au juge de ne pas entendre le majeur à protéger lorsque celui-ci est « hors d'état de manifester sa volonté » se transforme trop souvent en audition qualifiée d'« inutile » ou de « non contributive ». Il est essentiel que les juges soient particulièrement vigilants sur ce point, pour ne pas bafouer le droit fondamental de la personne d'être entendue (et vue au moins une fois) par le juge qui va lui retirer sa capacité à gérer elle-même ses affaires ».

L'enquête effectuée auprès des juges tutelles a en outre montré qu'en dépit de la charge de travail importante à laquelle les juges ont à faire face, ils exercent un rôle tout à fait essentiel dans le respect des droits des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer ou d'une maladie apparentée. Ainsi, le fait qu'une protection leur soit demandée n'implique pas nécessairement qu'elle sera prononcée. Un quart des juges ayant répondu à l'enquête (26 %) indiquent qu'ils peuvent être amenés à rendre un jugement de non-lieu à mesure pour des personnes n'ayant pas de patrimoine immobilier, quand il n'y a pas d'acte de disposition à prévoir, quand les enfants disposent d'une procuration sur les comptes bancaires, ou quand il y a une bonne entente familiale. 38 % des juges déclarent avoir toujours ou souvent recours, lorsque c'est possible, à une habilitation du conjoint plutôt qu'à une mesure de protection judiciaire (l'enquête a été réalisée avant l'entrée en vigueur de l'habilitation familiale). Et lorsqu'ils prononcent une mesure judiciaire, environ un tiers des juges (35 %) déclarent à la fois rechercher son assentiment sur ses difficultés, lui expliquer les raisons qui ont motivé leur décision, lui faire quand c'est possible relire et signer le procès-verbal et lui indiquer que la personne chargée de la protection devra la consulter avant de prendre une décision. Comme le souligne Thierry Verheyde, c'est un office du juge de rappeler que

22 M.A. Castel-Tallet dir., La lettre de l'observatoire de la maladie d'alzheimer, 2016, p.10

23 M.A. Castel-Tallet dir., 2016, p.10, précitée

24 Enquête du Pôle d'évaluation de la justice civile, précitée

« même atteinte de la maladie d'Alzheimer, même sous tutelle, une personne conserve le droit, si son état le permet, de continuer à prendre elle-même les décisions la concernant (surtout en matière personnelle) et, sinon, à être à tout le moins informée de ces décisions, et qu'on recherche son consentement²⁵ ».

3.2. L'autonomie de la personne dans l'exercice des mesures

La mesure prononcée par le juge couvre quasiment toujours la protection de la personne et des biens dans la tutelle. C'est aussi le cas dans 90 % des curatelles, la gestion des seuls biens étant confiée aux mandataires professionnels dans 1 cas sur 10.

Les caractéristiques des révisions de mesure de protection (sur 5318 mesures étudiées) sont elles-mêmes significatives car très peu de mainlevées sont ordonnées (moins de 2 %) et, dans 9 cas sur 10, le juge reconduit la mesure à l'identique. La durée de la protection s'allonge pour atteindre 7 ans pour les curatelles à 11 ans pour les tutelles.

L'enquête précitée du Pôle d'évaluation de la justice civile, montre qu'au-delà des actes inhérents à la mesure de protection, des autorisations supplémentaires peuvent être délivrées par le juge. Les tuteurs professionnels sont plus fréquemment autorisés à réaliser des actes sans demande préalable du juge (61 % contre 36 % pour les tuteurs familiaux). De surcroît, le juge leur délivre plus d'autorisations (1,5 en moyenne contre 1,3). Le tuteur, quel que soit son profil, est alors généralement autorisé à ouvrir ou clôturer un compte (90 %) ou à effectuer des transferts de compte à compte (36 %). Dans la curatelle, le juge délivre des autorisations supplémentaires plus fréquemment à l'égard des curateurs professionnels (68 %) qu'à l'égard des curateurs familiaux (32 %).

L'examen des décisions objet de l'enquête du Pôle d'évaluation de la justice civile montre que les actes considérés sont essentiellement de nature financière : détenir une carte bancaire de paiement avec débit limité, un chéquier, procéder à des dépenses courantes avec des sommes précises par semaine ou par mois, payer son loyer et/ou les charges liées au logement...

La part des personnes en curatelle autorisées à réaliser seules certains actes est plus élevée que dans la tutelle. Néanmoins, elle reste très marginale (6 à 7 %).

Les décisions d'autorisation données dès l'ouverture de la mesure sur les actes personnels tel le logement par exemple, sont peu fréquentes dans les jugements d'ouverture et touchent entre 2 et 5 % des personnes selon le type de protection et de mandataire. En revanche, les dispositions d'ordre financier figurent nettement plus fréquemment dans les décisions d'ouverture de mesure, et ce dans au moins une de ces différentes dimensions :

gestion des comptes (ouverture, modification clôture), transferts financiers, dépôts de fonds, gestion des excédents financiers, règlement de petite dépenses, d'achats spécifiques (pour certains avec des montants maximum), retraits sur les comptes de la personne avec montant limité, notamment. Ces autorisations sont très largement données aux mandataires professionnels, dans 9 jugements d'ouverture de curatelle sur 10 (94 %), avec un écart de 6 points en faveur de ceux-ci par rapport aux mandataires familiaux. En tutelle, ces autorisations sont données dans près de la moitié des jugements (46 %), avec un écart de 20 points en faveur des mandataires professionnels par rapport aux mandataires familiaux.

Durant l'exercice de la mesure, les principales autorisations supplémentaires demandées concernent la gestion des biens (demandes d'autorisations d'ouverture, clôture de comptes et de transfert de fonds). Le taux d'acceptation des requêtes de gestion présentées par les mandataires professionnels est particulièrement élevé :

- pour les requêtes relatives à la protection de la personne (choix du lieu de résidence, mariage/divorce, conventions-obsèques)

82 %

en tutelle

65 %

en curatelle

- pour les requêtes relatives aux opérations ponctuelles de gestion des biens (transfert, ouverture, clôture de comptes bancaires)

99 %

en tutelle

98 %

en curatelle

En matière de gestion patrimoniale, l'analyse de l'objet des demandes montre qu'elles portent sur les comptes bancaires (79 %), les biens mobiliers ou immobiliers dont le bail du logement de la personne (17 %) et plus rarement sur une question de donation succession, ou testament (5 %).

Lorsque la demande porte sur une opération bancaire, il s'agit généralement d'un transfert de compte à compte (48 %) d'une ouverture (14 %) ou d'une clôture de compte

²⁵ M.A. Castel-Tallet dir., 2016, p.10

(16 %). Il s'agit majoritairement d'une opération ponctuelle d'une valeur moyenne de près de 21 000€.

Tous types confondus, les demandes sont acceptées dans 99 % des situations.

En matière personnelle, 9 ordonnances à la personne sur 10 concernent des personnes en tutelle. Rapportées au nombre de personnes en tutelle, ces demandes affecteraient 2 % des dossiers en 2015. Dans près de la moitié des cas, la demande porte sur un contrat de convention obsèques (48 %). Viennent ensuite les demandes qui soulèvent une question de santé (15 %) ou bien encore une question de choix en matière de lieu d'habitation (10 %) ou de droit à l'image (10 %).

Hormis les requêtes portant sur le lieu d'habitation, acceptées dans presque 70 % des cas, les autres demandes enregistrent un taux d'acceptation proche ou supérieur à 90 %.

1 ordonnance à la personne sur 10 concerne des personnes en curatelle. Rapportées au nombre de personnes en curatelle, ces demandes affecteraient moins d'une personne en curatelle sur 100 en 2015. 40 % des ordonnances ont porté sur le lieu de résidence du majeur (34 sur 86), 12 sur sa situation matrimoniale (divorces/mariages) et 12 sur une question relative à un contrat obsèques. Les demandes relatives à la situation matrimoniale du majeur ont été acceptées dans la moitié des cas (soit 6 sur 12). Les demandes en matière de convention obsèques ou ayant trait au lieu de résidence ont été acceptées dans 8 cas sur 10.

Le suivi de l'exercice de la mesure en elle-même n'est pas renseigné par les études statistiques, notamment au regard des prescriptions de l'article 463 du code civil relatives au compte-rendu des diligences accomplies au titre de la mission de protection de la personne. Seules les obligations liées à la vérification du compte-rendu annuel de gestion le sont²⁶.

²⁶ C. civ., art. 510 à 513

02

Une appréciation des altérations des facultés personnelles à repenser en lien avec le périmètre de l'action sociale et les droits des personnes

Tous les acteurs du système et les membres du groupe conviennent que le dispositif de protection des majeurs doit respecter les principes fondamentaux de nécessité et de subsidiarité de l'intervention judiciaire par rapport aux soutiens de proximité qui doivent être mobilisés par priorité lorsqu'une personne éprouve des difficultés à pourvoir seule à ses intérêts en raison des troubles qui l'affectent. La demande d'intervention d'un juge n'a en effet de sens que si elle entre dans ses missions lesquelles, en la matière, tiennent à la fois de la garantie de la liberté individuelle et de la protection des personnes lorsque leurs droits sont mis en cause. Elle ne saurait se transformer en une régulation sociale qui contribue à l'exclusion.

Lorsque des altérations fonctionnelles sont identifiées en raison notamment de la maladie, du vieillissement ou d'un trouble psychique sévère et persistant, ce sont d'autres acteurs qui doivent être mobilisés par la personne elle-même, ses proches ou des professionnels, le plus tôt possible, pour mettre en place le *cure* et le *care* et éviter que ne s'installent les ruptures. Des soins spécifiques ciblant des altérations fonctionnelles souvent méconnues doivent être proposés en complément des soins traditionnels chaque fois que nécessaire, les besoins appréciés individuellement et des actions concrètes organisées pour soutenir l'autonomie. Comme en témoigne l'évolution des systèmes de soins intégrés dans de plus en plus de pays ces actions d'accompagnement sont de la responsabilité des acteurs du champ social et médico-social, dont le rôle de première ligne est d'aider la personne, quels que soient ses fragilités ou dysfonctionnements, à mener la vie la plus proche de ses aspirations et de ses choix. C'est-à-dire

souvent au plus proche des standards habituels de la société. De nombreux plans d'actions se déploient d'ailleurs en France depuis des années dans le domaine sanitaire et/ou social autour de différentes catégories de populations : personnes âgées, personnes en situation de handicap, personnes souffrant de pathologies mentales, personnes pauvres et/ou exclues... aux côtés de l'action sociale de proximité dont les départements sont les chefs de file. La loi du 11 février 2005 et la conférence nationale du handicap du 13 décembre 2014, la loi d'adaptation de la société au vieillissement du 28 décembre 2015 et son rapport annexé et la loi du 26 janvier 2016, en particulier, appellent à des réponses plus inclusives et confèrent à la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA) une mission d'appui fondamentale qui s'est inscrite dans sa convention d'objectifs et de gestion 2016-2019.

En effet, la personne est toujours au cœur de toutes les interventions et en toutes circonstances. Les questions centrales sont donc celles de l'information de la personne, de l'expression de sa volonté et de l'autorité habilitée à déclarer qu'elle s'expose à des risques inacceptables, se met en danger et/ou compromet ses intérêts ou sa sécurité. Si la saisine de l'autorité judiciaire doit alors être envisagée, tous les éléments d'appréciation nécessaires doivent lui être transmis avant sa décision pour qu'elle apprécie si les conditions de son intervention sont ou non remplies, si la personne dont la protection est demandée en a besoin, pour s'assurer qu'elle n'a pas elle-même pris des dispositions pour anticiper sa situation et que cette anticipation volontaire lui a bien été proposée.

La mesure judiciaire éventuellement prononcée par un juge, aux termes d'une procédure contradictoire, étant incontestablement une contrainte pour la personne elle-même, il est impératif de disposer d'une évaluation préalable et approfondie des situations individuelles qui comprenne à la fois une évaluation au sens strict et un bilan des actions de soutien qui lui ont été proposées.

Il est donc essentiel de rechercher ce qui, en amont du dispositif judiciaire peut être envisagé selon différentes modalités qui permettront de proposer une solution d'accompagnement ou de prise en charge. Le partage de ces informations doit concourir à la meilleure connaissance sociale et médicale possible de la personne pour laquelle est sollicitée une mesure lourde, restrictive de liberté, fût-ce partiellement, afin d'ouvrir le débat contradictoire devant le juge. Il est tout aussi essentiel ensuite pour adapter la mesure au juste niveau et soutenir un exercice le plus apaisé possible du mandat judiciaire.

Or, les constats du groupe de travail sont aujourd'hui que cette information n'est pas toujours complètement donnée dans les signalements faits au parquet et surtout dans les requêtes des familles. L'éclairage médical du certificat médical circonstancié est lui-même très majoritairement insuffisant parce que déconnecté de la réalité des situations et des problématiques juridiques posées, sans doute par manque de formation des médecins, alors qu'en tout état de cause, l'appréciation par le juge du besoin de protection doit reposer sur la description de la situation personnelle, familiale et patrimoniale de la personne.

1. Sortir d'une évaluation des altérations principalement sanitaire

Toute demande de protection judiciaire, à l'exception des mesures d'accompagnement judiciaire, repose sur la production d'un certificat médical circonstancié établi par un médecin inscrit sur la liste établie par le procureur de la République, à peine d'irrecevabilité de la requête²⁷. Ce médecin a la possibilité de demander l'avis du médecin traitant de la personne. Il peut également, dans certaines conditions, rédiger un « certificat de carence » lorsque la personne refuse de se laisser examiner ou ne répond pas à ses propositions de rendez-vous. Pourtant, le contenu même de ces certificats est très vivement contesté et le nombre de mesures de curatelles renforcées ou de tutelles prononcées ne peut manquer d'interroger.

1.1 Un contenu du certificat médical circonstancié trop aléatoire et lacunaire

Le certificat médical circonstancié nécessaire à l'ouverture d'une mesure de protection doit contenir les informations suivantes, énumérées à l'article 1219 du code de procédure civile : description précise des altérations des facultés de la personne à protéger tous éléments d'informations sur l'évolution prévisible de l'altération, conséquences de l'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, en cas de tutelle, sur l'exercice du droit de vote, avis sur la possibilité d'audition de la personne à protéger par le juge ; s'il estime que cette audition est impossible, le médecin doit dire précisément en quoi l'audition est de nature à porter atteinte à la santé de la personne ou en quoi celle-ci est hors d'état de manifester sa volonté puisque seules ces deux exceptions au principe d'obligation par le juge sont admises. Le coût du certificat médical est de 160 € (192 pour les médecins soumis à la TVA). Si la personne faisant objet de la demande ne se rend pas au rendez-vous, 30 € forfaitaires seront à verser. Le certificat est remis au demandeur de la mesure sous pli cacheté, à l'attention exclusive du juge des tutelles ou du procureur de la République.

On le voit bien, dans les questions posées par le code de procédure civile, aucun outil suffisamment fin n'est interrogé sur la capacité à comprendre, à analyser et à décider. L'évaluation médicale est donc très variable et aléatoire en fonction du médecin choisi par celui qui sollicite la mesure de protection ou désigné par l'autorité judiciaire. Ce constat peut également être fait pour les évaluations réalisées en cours de mesure et lors de la procédure de révision.

Si les intervenants sociaux et médico-sociaux sont formés à mettre en place des partenariats et des accompagnements, tel n'est pas le cas la plupart du temps pour les médecins inscrits. Le médecin (le plus souvent un généraliste) qui se voit impliqué dans l'évaluation de la vulnérabilité d'un patient, de sa perte d'autonomie, des troubles somatiques ou cognitifs, éprouve encore d'importantes difficultés à véritablement entrer dans un réseau d'évaluation. Par méconnaissance, par choix ou par refus des conséquences possibles, il peut aussi lui arriver de banaliser les troubles cognitifs parfois importants les attribuant à tort à l'âge et se sentant incapable d'anticiper une situation de dépendance interrogeant sur une protection juridique ou une entrée en institution. Toute autre est la situation du praticien hospitalier, qui doit signaler au juge des tutelles ou au procureur de la République toutes situations de mise en danger social,

²⁷ En vertu de l'article 431 du code civil

physique, psychique ou cognitif afin de protéger et de préparer l'avenir de ce patient qu'il ne connaît pas et pour lequel, dans un temps très contraint par la T2A (tarification à l'activité) et la durée moyenne d'hospitalisation (DMS), il doit prendre des décisions dépassant largement le strict champ médical.

Certes il peut être aidé en cela par des tests neuropsychologiques ou un bilan gériatrique approfondi mais comment évaluer l'aptitude à comprendre, à analyser et ensuite à décider ? D'autant que, dans de trop nombreux cas l'expression, le niveau social, culturel, la langue maternelle, l'isolement empêchent toute communication. Que faire quand une personne présente manifestement des troubles fonctionnels (perceptifs, moteurs, affectifs ou cognitifs) et commence à prendre des décisions ou à adopter des comportements qui paraissent la mettre en danger ou mettre en danger les autres ? Que faire quand elle semble faire des choix qui sont contraires à ce qu'elle décidait auparavant ? Comment évaluer ce qu'elle comprend et comment déterminer à partir de quand les troubles fonctionnels affectent le discernement et le jugement au point que la personne n'est plus autonome dans ses choix et ses actes ? Comment, ensuite, l'accompagner et la protéger contre les abus, les accidents et l'abandon auxquels son état l'expose ? Car l'évaluation n'a de sens que si elle aboutit à des propositions d'accompagnement qui doivent être elles-mêmes rigoureusement encadrées pour éviter toute dérive et toute atteinte excessive aux libertés individuelles.

Le recueil de l'avis des proches, s'il est souvent utile parmi d'autres éléments, ne peut suffire à réaliser une évaluation rigoureuse des capacités décisionnelles de la personne, tant le risque est fort de voir s'exprimer des croyances, des représentations ou des intérêts qui ne sont pas un témoignage sur les capacités réelles de la personne. La famille est d'ailleurs rarement consensuelle sur ces questions éminemment humaines et douloureuses. Des outils doivent sans doute être recherchés afin d'analyser les atteintes aux capacités décisionnelles et il y aurait un intérêt évident à mettre à l'épreuve l'ensemble de nos outils d'évaluation en les réinterrogeant sous cet angle.

Les démarches étrangères de recherche peuvent dans ce sens être utiles, tels les travaux du groupe Mac Arthur décrits par Fabrice Gzil dans un article paru dans la revue Responsabilité qui ont conceptualisé la compétence décisionnelle²⁸ autour de quatre habiletés : comprendre, apprécier, raisonner, exprimer un choix. Cette manière d'aborder la question, dit Fabrice Gzil, repose sur un pré-supposé théorique essentiel : « l'aptitude à prendre des

décisions est finalement relative, elle dépend à la fois de la nature de la décision et de la situation spécifique qui est celle de la personne. » Il n'est donc pas possible de soutenir qu'on puisse être absolument capable ou incapable de décider. Les tests neuropsychologiques peuvent donner des indications, tout comme le diagnostic, mais ce ne sont que des outils du jugement clinique qui intègre par ailleurs des éléments sur l'état fonctionnel, psychologique, socio-économique et médical de la personne. Il faut également y ajouter une appréciation sur l'importance de la décision à prendre et sur l'environnement de la personne.

La comparaison de nos outils d'évaluation avec ceux d'autres pays doit se poursuivre, étant observé que jusqu'à une époque récente ces outils étaient d'abord destinés à aider les cliniciens à évaluer les capacités décisionnelles des patients, donc dans la sphère des décisions d'ordre médical. D'autres outils existent pour évaluer d'autres compétences : la capacité à gérer les finances, à voter, à désigner un décisionnaire supplétif, à prendre des décisions de la vie quotidienne. Mis en perspective avec les droits des personnes, le respect de leur dignité et de la présomption de capacité, ils peuvent nous permettre d'avancer plus encore sur l'évaluation des capacités restantes des personnes et de sortir d'une tendance de plus en plus lourde à tirer des conséquences univoques et « enfermant » des évaluations pratiquées. Il est donc essentiel d'intégrer dans les outils utilisés par les médecins inscrits la dimension d'appréciation de la capacité à comprendre, analyser, décider et d'y faire rentrer les techniques de soutien à l'expression. Des référentiels doivent être impérativement travaillés avec eux, comme cela a été fait dans un certain nombre de schémas régionaux sans parvenir pour l'instant à les modéliser et à les diffuser.

1.2. Une formation des médecins inscrits à densifier

Les médecins rédacteurs eux-mêmes soulignent qu'ils ne sont pas des experts à proprement parler ni même des spécialistes particuliers. L'entretien singulier avec la personne représente un exercice particulier au cours duquel le respect du secret professionnel est toujours de mise. Le dialogue avec les acteurs sociaux et juridiques se font par courriers interposés, faute de réel partage des données essentiel à la construction d'un parcours de soutien. Le groupe de travail souligne l'importance de revoir le recrutement et la formation des médecins inscrits sur la liste des procureurs de la République de chaque tribunal de grande instance. Ils le sont en effet actuellement suivant les conditions fixées par la circulaire

28 F. Gzil, 'Evaluer les capacités décisionnelles. L'exemple des Etats-Unis', Responsabilité, 2008, 8 (31), p.29-31

du 9 mars 2009 : « tout médecin, dès lors que celui-ci justifiera, tant par ses qualifications professionnelles que par des formations complémentaires ou par son expérience et sa pratique, d'une compétence et d'un intérêt particulier à l'égard de la protection des personnes vulnérables ». Ils se portent candidats le plus souvent de façon spontanée (lettre de motivation, curriculum vitae, casier judiciaire, parfois enquête de moralité) et les inscriptions sont déclaratives, sans compétence objective ni ancienneté (aucune période probatoire). Il s'ensuit une très grande hétérogénéité des listes des tribunaux en nombre et qualités des médecins inscrits.

Aucune formation spécifique ne leur est dispensée sur la protection juridique des majeurs ni au cours du cursus de médecine. Le diplôme universitaire d'expertise judiciaire ne couvre pas ce domaine. Une seule formation diplômante existe à ce jour en France, créée en 2014 à l'Université Paris Diderot (premier cours le 19 janvier 2015)²⁹. Le principal retour des étudiants est « l'acquisition d'une vision globale de l'évaluation de la marge d'autonomie des personnes (éco-psycho-sociale). Il est mis en avant l'importance des capacités préservées, la capabilité des individus et le respect des valeurs des personnes. « La personne est remise au centre de l'évaluation ». L'évaluation de l'incapacité se transforme en l'évaluation de la capacité en termes d'aides nécessaires à la pleine réalisation de l'individu ». Cependant, un tiers des médecins voulant s'inscrire sur la liste du tribunal de grande instance renonce à cette entreprise au cours de l'année de formation.

Les médecins soulignent la difficulté de leur tâche, par exemple à propos du droit de voter car il n'existe pas de données scientifiques pour fonder médicalement une incapacité au droit de voter. Pour se prononcer sur la possibilité d'audition ou non de la personne à protéger ou protégée. Il leur appartient d'indiquer si l'audition du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté³⁰ ». Or, les médecins rappellent que l'audition par le juge a une portée symbolique forte et donne au recueil de l'avis de la personne une place centrale. Les deux dispenses prévues par la loi (C. civ., art 432) doivent être étayées et les cas d'audition portant atteinte à la santé sont rares. Il est alors intéressant de préciser la forme appropriée pour donner connaissance de la procédure à la personne. Lorsque l'intéressé est hors d'état d'exprimer sa volonté, il s'agit d'une véritable incapacité à communiquer en rapport avec une altération extrême des facultés mentales ou corporelles (maladie d'Alzheimer très évoluée, retard mental profond, lésions cérébrales importantes, coma...). Toutefois, il existe de très nombreux cas dans

lesquels la personne peut exprimer sa volonté mais pas toujours en rapport avec la réalité.

Les médecins auditionnés ajoutent qu'ils mentionnent parfois d'autres informations dans leur certificat. Sachant que la loi fixe une priorité familiale dans le choix de la personne chargée de la mesure, ils estiment parfois nécessaire de donner un avis sur le fait de confier, ou non, la mesure de protection à un parent ou à un tiers institutionnel. Si par ailleurs, pour des raisons médicales, l'audition ne peut se faire au tribunal, ils indiquent au juge le lieu qui leur semble le plus approprié à l'état de la personne.

Les médecins soulignent que l'examen clinique de la personne comporte deux volets, un volet psychiatrique et un volet socio-économique. Dans le cadre du premier, comme pour tout examen psychiatrique, ils recherchent les antécédents, les éléments biographiques, la présence de symptômes psychiatriques caractérisés, l'existence de traits de vulnérabilité sociale (immaturité, naïveté, influençabilité) le niveau intellectuel (intelligence pratique, possibilités de compréhension...), la maîtrise des acquis scolaires (lire, écrire, compter, calculer...), la présence d'une détérioration intellectuelle (MMS, test de l'horloge...) et les traitements en cours. Dans le cadre du second, ils cherchent à évaluer les répercussions de l'altération des facultés pour la personne dans la gestion de ses affaires et de sa personne. La recherche d'éléments concrets, portant sur le quotidien et ses aspects matériels, nécessite une prise en compte de l'environnement et des conditions de vie de la personne (capacité à conceptualiser la valeur de l'argent, à évaluer le prix des produits de consommation courante, notamment en euro, à identifier la monnaie et les billets...). Cette évaluation des altérations se fait dans différents registres : psychiatrie, retard mental, neurologie, gériatrie. Déterminer le lien entre l'altération et l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts nécessite une évaluation psychologique et médico-sociale, sur la base des questions posées ce qui s'avère souvent délicat quand c'est la famille qui demande l'examen. Il est très important de prendre en compte la temporalité de l'évaluation et des troubles. Certains états pathologiques sont évolutifs à court terme et pour d'autres les médecins ne disposent pas d'abaque de référence.

Ils estiment important de disposer d'informations objectives sur les éléments suivants :

- la situation matérielle ;
- la capacité à pouvoir exercer des actes de conservation et d'administration (percevoir ses revenus avec

²⁹ Un partenariat universitaire avec l'UPEC a permis la création dès 2016 d'un DIU d'expertise dans le cadre de la protection des majeurs (DIUEPM). Depuis, 69 étudiants ont ainsi été formés : 52 % gériatres 29 % psychiatres 5 % Médecins généralistes mais aussi 2 de Médecine Physique et Rééducation, 2 légistes, 1 neurologue, 1 psychologue et 2 MJPM.

³⁰ Cpc., art. 1219

une utilisation cohérente, exécuter de façon adaptée les démarches administratives) ;

- la compétence pour les actes de disposition (achat et vente de biens immobiliers, investissements) ;
- les antécédents d'actes problématiques (dettes, démarches aventureuses, erreurs répétées de gestion ayant mis en péril sa sécurité matérielle ou personnelle, propension à engager de façon hasardeuse sa signature) - la cohérence des projets de vie ;
- la qualité de l'entourage en tentant de différencier les intérêts de la personne et ceux de l'entourage (dépenses venant entamer un héritage potentiel...).

Ils soulignent que la rédaction du certificat médical circonstancié est elle-même complexe puisque le médecin ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées. Hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de l'examen. Il doit attester qu'il a accompli personnellement sa mission³¹. Ce certificat doit être rédigé de façon claire, évitant « l'hermétisme psychiatrique », pour être compris par des non médecins. Il doit également être empathique sachant que plusieurs personnes peuvent en demander communication³². Les médecins inscrits considèrent que l'établissement de ces certificats est lourd et complexe et regrettent que leur rémunération ne correspondent pas au temps passé pour ces évaluations.

Propositions

- Instaurer et développer la formation des médecins inscrits sur la liste du procureur de la République (n° 37).
- Unifier et renforcer le contenu des certificats médicaux circonstanciés (n° 38).

2. Entrer dans une évaluation croisée

Pourquoi évaluer et qu'entend-on exactement par l'« évaluation des besoins de la personne » ? En France, cette démarche à l'égard des situations de perte d'autonomie et de handicap en particulier est centrale au regard du droit à compensation issu de la loi du 11 février 2005. Elle pose des questions philosophiques, éthiques et politiques, d'autant plus qu'elle est souvent décalée voire tardive par rapport aux besoins réels des personnes et de leurs proches et qu'elle n'intègre pas les questionnements pourtant fondamentaux du droit civil

et de la capacité de la personne elle-même à s'exprimer sur les processus mis en place. Or, il s'agit bien, dans les hypothèses considérées, de personnes adultes dont la capacité à décider est remise en cause, voire totalement disqualifiée, en raison précisément des altérations plus ou moins sévères et persistantes qu'elles présentes.

2.1. Une évaluation pluridisciplinaire et multidimensionnelle indispensable

Mesurer les altérations, le handicap aussi qui n'est pas son exact synonyme, est sans doute nécessaire, sauf à considérer que les personnes devraient être abandonnées à elles-mêmes. Mais les objectifs de l'évaluation sont multiples. Il s'agit d'abord d'une exigence d'égalité de chacun devant la loi : à difficultés équivalentes, chacun doit avoir accès aux mêmes prestations, aux mêmes services, aux mêmes soutiens (abstraction évidemment faite des soutiens naturels qui, on le sait, sont variables). Les équipes médico-sociales ont donc comme première mission de vérifier que la personne remplit les critères d'éligibilité de l'article R 146-28 du code de l'action sociale et des familles à partir d'un outil principal, le guide barème, qui repose sur la Classification internationale du handicap (CIH) publiée en 1980 par l'OMS, elle-même fondée sur le modèle médical de Wood. Le schéma est relativement facile à comprendre : la maladie s'exprime par ses symptômes qui sont des déficiences ; elle entraîne des atteintes fonctionnelles qui sont des incapacités et provoquent un désavantage qui est la conséquence sociale de ces incapacités.

La deuxième mission des services médico-sociaux est de construire un plan personnalisé de compensation pour lequel les critères d'éligibilité sont insuffisants puisque, pour comprendre les besoins de la personne, il est impératif d'apprécier comment elle fonctionne dans ses relations avec les autres, dans sa vie quotidienne et de prendre en compte sa parole pour connaître ses souhaits, ses préférences. Pour faire ce travail, les équipes s'appuient sur le Guide d'évaluation des besoins de compensation des personnes handicapées (GEVA - volet 6), outil construit en référence à la Classification internationale du fonctionnement publié en 2000 (CIF). Cet outil montre des limites car les items sont parfois insuffisants ou franchement inadaptés, en particulier pour les personnes atteintes de troubles psychiques pour lesquelles les capacités de communication ne sont abordées que du point de vue instrumental (entendre, voir, parler) et non pas relationnel et pour lesquelles l'item de la relation aux autres porte sur la maîtrise du comportement sans l'explorer davantage.

31 C. de déont., art. R4127-108

32 Cpc, art.1222, 1222-1

L'élaboration du projet de soins, qui est pourtant aussi un objectif essentiel pour les personnes présentant des troubles psychiques ou cognitifs, n'est pas suffisamment renseignée. Il serait pourtant possible d'aller plus loin dans une visée de soutien et de rétablissement en envisageant le soin non seulement comme *cure* mais aussi comme *care*. Les psychiatres Bernard Pachoud³³ et Denis Leguay³⁴, par exemple, soulignent que la perspective d'un rétablissement doit être un objectif à privilégier en ce qu'il permet de restaurer les capacités fonctionnelles et de retrouver une certaine autonomie. C'est aussi un réengagement dans une vie active et sociale, pouvant comporter un travail ou un emploi. L'attestation que la majorité des personnes présentant une schizophrénie accèdent à une forme de rétablissement est une donnée épidémiologique qui reste encore méconnue et dont on n'a sans doute pas suffisamment tiré les conséquences.

Cette perspective implique un changement de regard sur les personnes et leurs horizons possibles, mais aussi une réorientation des pratiques dès lors qu'elles se donnent pour objectif prioritaire d'accompagner et de soutenir le processus³⁵.

Ainsi, dans le domaine spécifique de la protection juridique des majeurs, plusieurs rapports ont préconisé un renforcement de l'évaluation de la situation de la personne au-delà du diagnostic médical dans une dimension pluridisciplinaire (et/ou multidimensionnelle), avant l'ouverture d'une mesure de protection. Le Défenseur des droits, dans son rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables de septembre 2016, recommande « de mettre en place une évaluation pluridisciplinaire de la personne à protéger et d'ajouter au certificat médical une évaluation médico-sociale de la personne » qui permettrait au juge de bénéficier d'un recueil de renseignements sur l'ensemble de la situation de la personne et de mieux apprécier le besoin réel de protection judiciaire comme son degré.

Le groupe de travail sur l'évaluation médico-sociale mis en place par la DGCS proposait en juin 2003 de « mettre à la disposition du procureur de la République et du juge des tutelles un nouvel outil d'investigation de la situation sociale, familiale, médicale et financière de la personne à protéger, l'expertise médico-sociale (EMS) », cette expertise pouvant « être ordonnée lors de la demande d'ouverture d'une mesure de protection, au cours de l'exercice de la mesure ou au terme de son exécution ».

Et l'article L. 116-1 du code de l'action sociale et des familles précise que « l'action sociale et médico-sociale tend

à promouvoir, dans un cadre interministériel, l'autonomie et la protection des personnes, la cohésion sociale, l'exercice de la citoyenneté, à prévenir les exclusions et à en corriger les effets. Elle repose sur une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux, en particulier des personnes handicapées et des personnes âgées, des personnes et des familles vulnérables, en situation de précarité ou de pauvreté, et sur la mise à leur disposition de prestations en espèces ou en nature ».

À l'évaluation du certificat médical circonstancié accompagnant la requête faite au juge, ne devrait-il pas être fondamental de joindre également une évaluation multidimensionnelle et pluridisciplinaire ? Avant d'intervenir, il est en effet nécessaire d'observer, d'évaluer et d'apprécier l'ensemble de la situation. Nous savons que l'observation de personnes en perte d'autonomie décisionnelle est complexe, qu'elle exige plusieurs approches et s'inscrit dans une dynamique. Les troubles psychiques ou cognitifs en particulier sont instables et évolutifs. L'évaluation est en elle-même facteur de changement et de possible rétablissement, parce que pour la personne atteinte de troubles expliquer implique la possibilité de prendre conscience, de faire aussi son deuil et d'être mis en position de faire des choix, même modestes. Cette étape doit être construite au cours d'une évaluation qui est aussi l'élaboration d'un contrat entre la personne vivant avec des troubles sévères et persistants, son entourage et les équipes sanitaires qui les accompagnent.

L'évaluation multidimensionnelle n'est pas une expertise médicale, elle se caractérise par une approche globale et une analyse de la situation d'une personne dans toutes ses dimensions.

Son environnement physique et social, son habitat, son entourage, la réalisation des activités de la vie quotidienne, les aides et démarches déjà mises en œuvre. Conduite dans un dialogue avec la personne, elle tient compte de son projet de vie et de son environnement pour que puisse lui être proposé, dans le plan personnalisé de compensation, un accompagnement adapté.

Les dimensions qui doivent être abordées font consensus dans la littérature : santé physique, statut fonctionnel, santé psychologique, santé cognitive, environnement social, statut économique, situation administrative, environnement et aspects de sécurité et besoins spirituels. En revanche les outils demeurent trop différents, nombreux, individualisés, centrés d'avantage sur les incapa-

33 B. Pachoud, « Se rétablir de troubles psychiatriques. Un changement de regard sur le devenir des personnes », L'information psychiatrique, vol. 88

34 D. Leguay et a., « Évolution de l'autonomie sociale chez des patients schizophrènes selon les prises en charge », Étude Espass, Encéphale vol. 36

35 M. Farkas, « The vision of recovery today : what it is and what it means for services », World psychiatry, vol. 6 n° 2, 2007 ; P. Ridgway, « Réhistoriser le handicap psychiatrique. Apport des récits en première personne du rétablissement », 2001

cités et ne sont pas toujours validés. La compréhension globale de la situation n'est pas aisée.

Il existe peu d'outils qui intègrent et relient toutes les dimensions qui permettent de comprendre une situation. Les instruments interRAI appartiennent à la génération d'outils intégrés, ils ont été élaborés dans le cadre conceptuel de la Classification Internationale du Fonctionnement humain, du handicap et de la santé (CIF) de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS — 2001) qui définit l'état de fonctionnement et de handicap d'une personne comme le résultat d'interactions dynamiques entre l'état de santé et les facteurs contextuels. Leurs applications peuvent ainsi dépasser les frontières de l'âge, de l'origine des troubles et des contextes de vie et/ou prises en charge.

Quelle que soit la population, le fonctionnement est défini par une description des fonctions organiques, des activités et de la participation à la société, cette description est assurée par les instruments interRAI. Ce qui permet de repérer les situations de handicap ou risque de handicap, déterminer les déficiences et/ou limitation des activités et/ou restriction de participation, et répondre aux nécessités de compensation.

Le groupe de travail, comme avant lui la commission Favard³⁶, est convaincu de l'absolue nécessité d'avoir recours à une évaluation pluridisciplinaire et multidimensionnelle préalable à toute mesure de protection juridique et plus encore judiciaire. Cette question de la protection dans un parcours de vie exige une approche plus globale que la seule analyse médicale, incontournable mais trop limitée compte-tenu des enjeux et des conséquences de l'ouverture d'une mesure de protection. Il est également important de rencontrer et de recueillir l'avis de la famille et des proches pour entrevoir la diversité des points de vue. Cette évaluation complète aidera le juge dans sa prise de décision mais aussi le mandataire désigné.

Une des conditions de la réussite d'une véritable évaluation pluridisciplinaire et multidimensionnelle réside dans sa coordination, son homogénéité sur l'ensemble du territoire sur la base d'outils et de structures identifiées et uniques.

2.2. Une évaluation croisée à inscrire dans un accompagnement global de la personne

Dans la réalité des pratiques, malgré les efforts réels des acteurs, les situations décrites par les personnes, leurs proches et les professionnels sont souvent plus complexes et le cloisonnement des principaux outils et des réflexes de trop nombreux professionnels encore

dénoncés tant au regard des publics (personnes âgées, personnes handicapées...) que des lieux où est réalisée l'évaluation.

La caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA) s'est vue confier un rôle spécifique dans le domaine de l'évaluation des besoins des personnes par la loi du 11 février 2005. Elle doit ainsi assurer un rôle d'expertise technique et de proposition pour les référentiels nationaux d'évaluation des déficiences et de la perte d'autonomie ainsi que pour les méthodes et outils utilisés pour apprécier les besoins individuels de compensation. Il lui appartient également d'assurer un échange d'expériences et d'informations entre Maisons départementales des personnes handicapées (MDPH), de diffuser les bonnes pratiques d'évaluation individuelle des besoins et de veiller à l'équité de traitement des demandes de compensation. Sa commission spécialisée du conseil scientifique a travaillé en particulier à préciser le processus d'évaluation des besoins de compensation des personnes et son articulation avec le projet de vie, à identifier les nouveaux repères pour les pratiques des professionnels en s'assurant qu'ils accordent une juste place aux personnes et à leur entourage et à analyser les outils et démarches d'évaluation.

Dans ce sens la CNSA, dont les premières rencontres scientifiques de 2009 portaient précisément sur l'évaluation (« Évaluer pour accompagner »), insiste sur les objectifs poursuivis par l'évaluation : prendre en compte les besoins et les attentes de chacun, adapter les réponses à chaque situation, garantir à tous un traitement équitable, échanger et croiser des regards différents et complémentaires sur les besoins d'une personne (professionnels du champ sanitaire, médico-social, de l'éducation, du logement, de l'emploi, décideurs locaux, personnes ayant besoin d'aide à l'autonomie, leurs familles et les associations qui les représentent...).

La CNSA résume ainsi les étapes successives du processus

- Évaluation des attentes et des besoins à partir d'une demande qui peut être faite par la personne elle-même, l'entourage familial ou les professionnels, notamment.
- Évaluation de la situation et des besoins.
- Identification et préconisation de réponses (aide humaine, orientation, aides techniques, aménagement du logement, soins...).
- Éligibilité éventuelle aux dispositifs d'aides³⁷ (APA, PCH, aides facultatives...).
- Décisions et mise en œuvre des réponses (plan d'aide individualisé, d'accompagnement, de soins...).

³⁶ Rapport définitif du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs, avril 2000
³⁷ Allocation personnalisée d'autonomie (APA) - Prestation de compensation du handicap (PCH)

S'agissant spécifiquement des personnes âgées, la loi d'adaptation de la société au vieillissement a fait évoluer les missions des équipes médico-sociales APA qui se voient désormais confier l'évaluation de la situation et des besoins de la personne et de ses proches aidants³⁸ dans les conditions et sur la base du référentiel d'évaluation multidimensionnelle fixé par arrêté ministériel du 5 décembre 2016.

La convention d'objectifs et de gestion entre l'État et la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie pour la période 2016-2019 représente elle-même une nouvelle étape essentielle sur laquelle il est désormais possible de s'appuyer. Elle est marquée par plusieurs réformes dont elle doit accompagner la mise en œuvre : loi d'adaptation de la société au vieillissement, déploiement de la « Réponse accompagnée pour tous » dans le champ du handicap et la réforme territoriale qui modifie l'organisation des Agences régionales de santé. La démarche de « réponse accompagnée pour tous³⁹ » engage un important travail de concertation pour permettre la mobilisation mais aussi l'évolution des réponses proposées à l'échelle du département et de la région, notamment par le développement de réponses modulaires. Ces objectifs sont portés par les programmes régionaux de santé que pilotent les agences régionales de santé, mais aussi les schémas départementaux de l'autonomie ou des solidarités des conseils départementaux. Ils peuvent être déclinés dans les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM) passés avec les établissements et services médico-sociaux. Ils sont renforcés par la mise en place de nouveaux outils, notamment les systèmes d'information de suivi des orientations.

Dans ce cadre et dans un souci de convergence des approches, un plan d'accompagnement global de la personne doit être élaboré sur proposition de l'équipe pluridisciplinaire avec l'accord de la personne ou de son représentant légal⁴⁰. Cinq axes stratégiques ont été fixés pour guider et prioriser l'action de la CNSA, dont les trois premiers concernent directement nos travaux :

Axe 1 : Mieux éclairer les besoins des personnes âgées et des personnes handicapées pour adapter les réponses individuelles et l'offre collective.

Dans ce but, la CNSA est chargée d'assurer un rôle d'expertise technique et de propositions pour les référentiels, méthodes et outils d'évaluation et doit élargir les dimensions prises en compte par l'évaluation. Il est clairement mentionné dans la COG qu'au-delà des capacités fonctionnelles, la situation de la personne dans l'ensemble des dimensions de sa vie, entourage inclus, devra être considérée tout comme la valorisation des

capacités des personnes. La CNSA doit en outre veiller à l'harmonisation des pratiques d'évaluation en lien avec les MDPH.

Axe 2 : Améliorer l'accès aux droits des personnes handicapées, des personnes âgées et de leurs aidants dans le cadre d'une réponse accompagnée. L'objectif est ici de mettre en œuvre des réponses concrètes, de développer une approche préventive et de mieux coordonner les réponses susceptibles d'être apportées entre les acteurs des territoires en utilisant plusieurs leviers dont l'animation de réseau conduite par la CNSA auprès des MDPH, étendue par la loi d'adaptation de la société au vieillissement aux équipes des conseils départementaux en lien avec les ARS, outre le système d'information commun des MDPH et la mise en place des conférences des financeurs de la prévention de la perte d'autonomie.

Axe 3 : Construire des réponses adaptées et efficiente dans une logique de parcours.

Ce champ est essentiel pour construire effectivement des dynamiques sur les territoires, en particulier en intégrant tous les acteurs dont les acteurs judiciaires pour rendre possible l'accompagnement et le suivi des personnes en perte d'autonomie, dans le respect de leurs droits et de leur capacité. La loi relative à la modernisation de notre système de santé identifie les coordinations territoriales en santé comme un facteur de qualité et d'efficacité. La logique de meilleure organisation territoriale de la justice va également dans ce sens. Les principaux objectifs de la COG 2016-2019 de la CNSA ciblent clairement l'achèvement du déploiement des Maïa, leur articulation avec les politiques de coordination et d'intégration des acteurs dans le champ de l'autonomie et de la santé (avec les centres locaux d'information et de coordination, les programmes pour les personnes âgées en perte d'autonomie, les plateformes territoriales d'appui) et la diffusion du concept d'intégration des services à d'autres champs du secteur médico-social en capitalisant l'expérience acquise dans le cadre des Maïa pour de futures démarches de décloisonnement. La CNSA est invitée dans ce sens à prendre part à une gouvernance inter-institutionnelle visant une plus grande cohérence et lisibilité des dispositifs dans le cadre du comité opérationnel des parcours piloté par le SGMAS.

Les débats dans le groupe de travail montrent que l'ensemble de ces éléments doit nécessairement conduire à organiser un schéma d'évaluation cohérent s'appuyant sur les ressources et les compétences déjà déployées par les territoires, en amont de toute intervention judiciaire. Dans cette perspective centrale, l'appui de la

38 Casf, art. L 232-6

39 L'origine de la démarche provient du rapport Piveteau, « Zéro sans solution - Le devoir collectif de permettre un parcours de vie sans rupture, pour les personnes en situation de handicap et leurs proches », 2014

40 Casf, art. L 114-1-1

CNSA peut permettre de construire effectivement une évaluation personnalisée et pluridisciplinaire intégrant la dimension de protection juridique afin d'envisager, à chaque fois qu'elle apparaît nécessaire, que la personne concernée puisse faire le choix d'un soutien et/ou d'une anticipation volontaire d'assistance ou de représentation (personne de confiance, mandat de protection future, procurations...). Au-delà, lorsque l'intervention judiciaire sera envisagée, cette évaluation pensée sous tous les angles, médical-social et juridique, constituera pour le procureur de la République et pour les juges, un outil pertinent d'information pour leur décision.

Sans alourdir le paysage institutionnel actuel, l'objectif ainsi partagé entre tous les acteurs restaurera le principe de subsidiarité du judiciaire et aura aussi pour conséquence de ne pas laisser à la dérive celles et ceux qui ont davantage besoin d'un accompagnement social et d'une protection choisie que d'entrer contre leur gré dans le dispositif judiciaire de protection des majeurs.

Si un pilotage de la protection juridique des majeurs est à l'évidence indispensable pour intégrer la dimension interministérielle dans cette construction, les principaux acteurs que sont en particulier les départements⁴¹ et la CNSA⁴², avec lesquels nous avons pu échanger dans le cadre de la présente mission, se sont déclarés prêts à engager une démarche de concertation.

Le rapprochement fonctionnel des dispositifs existants, la communication et l'échange du contenu des évaluations déjà faites demeurent en effet un objectif prioritaire dans l'intérêt exclusif des personnes afin de répondre à leurs besoins.

Ce choix répond à l'objectif de favoriser une approche globale des besoins de la personne à protéger ou à accompagner, en évitant la superposition d'un dispositif supplémentaire.

La fonction de la structure qui reste encore à déterminer sera de s'assurer que la personne pour laquelle un signalement en vue d'une mesure judiciaire est envisagée a bénéficié d'une évaluation globale de sa situation et qu'aucune solution autre que la mise sous protection judiciaire n'est pertinente.

Dans ce but, quatre axes peuvent être proposés à la discussion pour permettre la transmission d'une évaluation pluridisciplinaire médico-sociale pertinente et complète à l'autorité judiciaire :

- 1- S'appuyer sur les MDPH, lieux de coordination associant secteur sanitaire et médico-social au niveau départemental, pour faire des propositions concrètes d'aides et de soutien intégrant la dimension juridique de la protection ;
- 2- Utiliser les outils de la loi d'adaptation de la société au vieillissement en les complétant pour créer un espace identifié d'accueil, d'écoute et d'évaluation pluridisciplinaire des situations d'altérations des facultés personnelles, au moins pour les plus complexes ;
- 3- Intégrer dans cet espace une structure en capacité de coordonner sur le long terme les interventions sociales et médicales et d'être l'interlocuteur direct de l'autorité judiciaire et de ses mandataires lorsqu'une intervention judiciaire a été décidée. Cette structure assurera la coordination indispensable pour élaborer un projet individualisé partant de la demande de la personne et de ses soutiens de proximité et prenant en compte les informations médicales et sociales. Elle prendra appui en particulier sur les décrets n°2016-994, 995 et 996 du 20 juillet 2016 relatifs aux conditions d'échange et de partage d'informations de santé et travaillera en liens étroits avec par exemple les CLIC, les équipes APA, les services sociaux (CCAS, départements), les SSIAD et les SPASAD⁴³, les réseaux gérontologiques, les plateformes de soins... à coordonner dans les MDPH⁴⁴ et les maisons de l'autonomie (voir LASV et rapports CNSA) ;
- 4- Intégrer l'outil Masp comme moyen de soutien pour les personnes percevant des prestations ou des petits revenus.

41 Audition de J.M. Rapinat, ADF

42 Contribution de la CNSA, S. Corbin, directeur de la compensation

43 Service de soins infirmiers à domicile (SSIAD) - Service Polyvalents d'Aide et de Soins A Domicile (SPASAD)

44 Maison Départementale des Personnes Handicapées* (MDPH)

Propositions

- Garantir un parcours respectueux du principe de capacité civile, des droits fondamentaux et de la dignité à toute personne souffrant d'altérations de ses facultés personnelles (n° 26).
- Faire connaître le contenu de ces droits par un guide d'appropriation tant au regard de la loi du 4 mars 2002, que des lois du 11 février 2005, du 5 mars 2007, du 5 juillet 2011, du 28 décembre 2015 et des 26 janvier et 2 février 2016 et en particulier le droit de s'exprimer, de préférer, de refuser, de demander à être assisté ou à être accompagné et le droit à une information délivrée selon les modalités adaptées (n° 27).
- Mieux éclairer les besoins des personnes présentant des altérations de leurs facultés personnelles, et en particulier psychiques ou cognitives, par une évaluation médico-sociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle intégrant la dimension juridique de soutien à la capacité pour favoriser une appréciation complète et permettre, si elle est souhaitée et possible, l'organisation des soutiens à l'exercice des droits (n°28).
- Proposer des réponses médico-sociales adaptées, efficaces et accompagnées dans une logique de parcours (n°29).
- Intégrer la proposition du projet de soins dans l'évaluation dans une visée de soutien et de rétablissement de la personne (n°30).
- S'appuyer sur la CNSA, les conseils départementaux et les ARS pour mettre en place des orientations stratégiques de la COG 2016-2019 entre l'État et la CNSA et des objectifs de création d'un cadre de coopération permettant une bonne articulation des différents acteurs (n°31).
- Dans le cadre du déploiement de la « réponse accompagnée pour tous » et de l'harmonisation des pratiques destinées à assurer une meilleure équité de traitement des situations des personnes, s'appuyer au niveau départemental notamment sur les MDPH et les propositions faites dans le cadre du rapport Taquet-Serres⁴⁵, les Maïa et les outils de la loi d'adaptation de la société au vieillissement pour :
 - > renforcer la dynamique de réseau ;
 - > soutenir le renforcement de l'accompagnement effectif des personnes et de leurs aidants dans l'accès aux droits et de suivi des orientations ;
 - > élaborer un projet individualisé pour chaque personne, partant de sa demande ou celle de ses soutiens de proximité, prenant en compte sa volonté et ses préférences et les informations médicales et sociales (par exemple des CLIC, des équipes APA, des services sociaux (CCAS, départements), des SSIAD et des SPASAD, des réseaux gérontologiques, des plateformes de soins) ;
 - > créer un espace identifié d'évaluation pluridisciplinaire et multidimensionnel et un service référent de coordination associant le secteur sanitaire et médico-social ayant une porte d'entrée unique sur un territoire départemental pour faire des propositions concrètes d'aides et de soutien, au moins pour les situations les plus complexes (n°32) ;
- Intégrer l'outil MASP comme moyen de soutien pour les personnes percevant des prestations sociales et l'étendre aux petits revenus (n°33).

3. Maintenir l'autorité judiciaire à sa place dans une logique de parcours de la personne

Il reste beaucoup à faire pour que chaque acteur trouve une place cohérente dans l'appréciation des besoins des personnes présentant des altérations de leurs facultés et contribue au soutien de leur inclusion sociale et professionnelle quand elle est possible. Au-delà des questionnements sur le sens même et les objectifs de l'évaluation, et sur les dynamiques concrètes à mettre en place sur les territoires, en proximité des demandes de soutien, il est sans doute essentiel d'intégrer collectivement la dimension des droits des personnes à partir d'un socle commun de recon-

naissance de la capacité juridique de toute personne adulte.

3.1. Une intégration nécessaire de la dimension des droits de la personne en cohérence dans tous les codes

La dimension des droits de la personne au sens de la reconnaissance de sa capacité de principe suppose que tous les acteurs intègrent, chacun à leur place, l'obligation de rechercher l'expression personnelle de son consentement, de la volonté et des préférences de la personne et d'intégrer systématiquement un item « protection juridique » lors de toute demande d'évaluation et/ou de plan d'aide afin de permettre la mobilisation des soutiens. Cette démarche est indispensable pour

⁴⁵ Rapport Taquet-Serres, « Plus simple la vie. 103 propositions pour améliorer le quotidien des personnes handicapées », mai 2018

tenir compte des nouveaux enjeux de l'accompagnement social et sanitaire et appuyer solidement les interventions aux côtés des personnes sur des valeurs communes et réellement partagées.

Dans son avis du 24 mai 2018, le Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie⁴⁶, a lui-même souligné que notre système de santé reste orienté vers une approche curative et individuelle de la santé et ne parvient pas à se transformer pour répondre aux nouveaux besoins de la population tels qu'ils résultent de la transition démographique et épidémiologique⁴⁷. Il invite à engager une réflexion des différentes professions, des patients et des pouvoirs publics pour que le socle de valeurs communes cohérentes avec les enjeux de notre temps et avec les organisations proposées puisse être redéfini.

En particulier lorsque l'altération des facultés personnes, physiques et/ou mentales, restreint considérablement ou supprime les capacités de décision.

Dans cet objectif, il est fondamental de parvenir enfin à une articulation des codes civil, d'action sociale et des familles et de santé publique sur les dispositifs encadrant les choix de la personne sur ses directives anticipées et sur la désignation d'une personne de confiance. Sur ce dernier point tout particulièrement, une harmonisation s'impose entre les dispositions, y compris lorsque l'usager des secteurs sanitaire, médico-social ou social est sous protection juridique.

Depuis la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, l'article L. 311-5 du code de l'action sociale et des familles permet à toute personne accueillie en établissement social et médico-social d'avoir recours à une personne qualifiée pour être aidée à faire valoir ses droits. Cette personne qualifiée est choisie sur une liste établie conjointement par le préfet, le directeur général de l'agence régionale de santé (ARS) et le président du conseil général. Depuis cette loi, les associations tutélaires et services de mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM) sont intégrés dans le champ médico-social.

La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a elle-même institué la personne de confiance en créant un article L. 1111-6 du code de la santé publique et la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a inséré un article L. 311-5-1 dans le code de l'action sociale et des familles, inspiré du code de la santé publique. Il est ainsi proposé à la personne majeure accueillie dans un établissement

ou un service social ou médico-social de désigner, si elle ne l'a pas déjà fait, une personne de confiance dans les conditions définies au premier alinéa de l'article L. 1111-6 du code de la santé publique.

Enfin, l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles dispose que lors de la conclusion d'un contrat de séjour dans un établissement, lors d'un entretien en présence, le cas échéant, de la personne de confiance désignée en application de l'article L. 311-5-1 du code de l'action sociale et des familles, le directeur de l'établissement recherche, chaque fois que nécessaire avec la participation du médecin coordonnateur de l'établissement, le consentement de la personne à être accueillie, sous réserve de l'application du dernier alinéa de l'article 459-2 du code civil, après l'avoir informée de ses droits. Préalablement à l'entretien, il l'informe de la possibilité de désigner une personne de confiance, définie à l'article L. 311-5-1 du même code. Ces dispositifs se rattachent à deux principes fondamentaux : la dignité de la personne et l'autonomie de la volonté. La loi n°2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie est venue modifier les dispositions de l'article 1111-6 du code de la santé publique pour renforcer le rôle de la personne de confiance. Cette personne de confiance peut être un proche, un parent ou le médecin traitant. Le conseil national de l'ordre des médecins a fait connaître ses réserves sur la possibilité de voir désigner le médecin traitant en cette qualité. Le périmètre d'intervention et le rôle de la personne de confiance dans les champs sanitaire et médico-social sont sensiblement différents, ce qui aujourd'hui pose difficulté et manque de lisibilité, notamment lorsqu'intervient une désignation judiciaire.

Il est donc souhaitable de prévoir une définition socle du rôle et du périmètre d'intervention de la personne de confiance et également de préciser clairement quel accès elle peut avoir au dossier de protection judiciaire quand une telle mesure est ouverte car les articles 1222 du code de procédure civile et 430 du code civil ne le prévoient pas.

Il faudrait en outre inclure la désignation de la personne de confiance dans un document unique recensant toutes les désignations anticipées (voir Partie 03.1.1.3) afin que celle-ci soit connue des intervenants. Cette disposition est d'autant plus importante qu'en l'état du droit, en cas de désignation antérieure, le juge des tutelles peut confirmer la mission de la personne de confiance ou révoquer sa désignation. Il lui appartient donc en principe de rechercher dès l'instruction du dossier si une personne de confiance a été désignée antérieure-

46 HCAAM, Avis du 24 mai 2018 et rapport 2018, Concertation générale ouverte sur la stratégie de transformation de notre système de santé

47 Depuis 1960, le nombre de personnes âgées de plus de 65 ans a plus que doublé alors que le nombre de personnes de moins de 20 ans est resté quasiment stable. Un quart de la population serait aujourd'hui atteint d'une pathologie chronique

ment par la personne à protéger afin de se prononcer sur ce point dans le jugement d'ouverture, ce qu'il n'est pas en mesure de faire actuellement. Le but de cette intervention judiciaire n'est ici pas tant liée à un problème de capacité du majeur protégé (savoir s'il peut désigner une personne de confiance ou si le juge peut le priver de ce droit) qu'à une question d'articulation des missions du mandataire professionnel et de la personne de confiance, ceci afin d'éviter des interférences entre ces deux personnes, qui nuirait à un bon exercice de la mesure de protection.

Propositions

- Prévoir une définition socle du périmètre d'intervention et du rôle de la personne de confiance telle que prévue au code de l'action sociale et des familles et au code de la santé publique (n° 1).
- Préciser les modalités d'accès au dossier (n° 1).

3.2. L'obligation de mettre fin aux ruptures lorsque l'autorité judiciaire est saisie

L'éclairage du seul médecin inscrit, sans réelle et suffisante mise en débat de ses constats cliniques avec la situation réelle de la personne sur un temps allant au-delà de l'examen, est très certainement insuffisante, de l'avis du groupe de travail. La création d'un organe pluridisciplinaire dédié incluant le juge et fonctionnant sur le même modèle que les actuelles commissions de surendettement, comme l'a proposé une contribution⁴⁸, ne peut être retenue de l'avis unanime des membres du groupe de travail puisque toute mesure limitant la capacité civile et les libertés d'une personne présentant des altérations de ses facultés personnelles ne peut pas se concevoir sans les garanties d'une procédure contradictoire devant un juge judiciaire. En revanche, le partenariat et la pluridisciplinarité dans l'évaluation et leur mise en pratique sur un territoire, certes réduit, sont intéressants. Il faudra donc s'en inspirer dans la construction locale des réseaux et la formation des acteurs, d'autant que, depuis cette contribution, les choses ont évolué et des outils ont été créés. Ils peuvent être mobilisés sans y ajouter de structure nouvelle de ce type.

Outre les constats déjà exposés sur le contenu des requêtes et des certificats médicaux circonstanciés, le groupe de travail relève que la saisine de l'autorité judiciaire aux fins de mise sous protection intervient le plus souvent dans un contexte de crise (désaccord familial au sujet d'un parent en perte d'autonomie, isolement et/ou refus des aides proposées, décisions de gestion patrimoniale inconsidérées ou paraissant incohérentes,

suspensions de maltraitance ou maltraitance avérée). En l'absence de réelle solutions alternatives, le juge tire les conséquences des altérations médicalement constatées.

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs soulignent pour leur part que ce processus conduit à ce que la mesure soit très mal vécue par la personne et son entourage et à ce que les acteurs se désengagent de l'accompagnement qu'ils avaient pu mettre en place avant l'intervention judiciaire.

Pourtant, plusieurs options sont ouvertes lorsqu'une mesure de protection contrainte est envisagée, suivant le degré d'urgence et l'auteur de la requête à l'autorité judiciaire. Depuis la loi du 5 mars 2007, les services sociaux et médico-sociaux ne peuvent plus saisir directement le juge et doivent faire un signalement au procureur de la République s'ils estiment que les conditions de l'article 425 du code civil sont remplies ou s'ils considèrent qu'une situation de maltraitance à personne particulièrement vulnérable doit être signalée, outre la possibilité de solliciter une Maj après une Masp infructueuse dans les conditions de l'article 495 à 495-9 du code civil et 1262 à 1263 du code de procédure civile. Dans chacune de ces situations, le procureur de la République apprécie l'opportunité de saisir le juge dans les conditions de l'article 431.

Les personnes elles-mêmes et celles qui ont qualité pour saisir directement le juge, lorsqu'elles sont confrontées à une perte d'autonomie et à ses conséquences, peuvent :

- Contacter le service social ;
- Contacter un médecin, l'hôpital, parfois en urgence, et parfois l'hôpital psychiatrique ;
- Contacter le tribunal pour déposer une requête ;
- Contacter le procureur de la République ;
- Contacter un numéro d'urgence maltraitance ;
- Contacter un avocat ;
- Se rendre au service d'accueil d'un tribunal ou dans une maison de justice et du droit ou encore un centre d'accès au droit.

Si la personne est déjà connue des services sociaux ou psychiatriques : les informations détenues devraient alors pouvoir être transmises lors du signalement au parquet, notamment par voie dématérialisée, sans autres nouvelles investigations que le certificat médical circonstancié. Ce certificat spécifique peut être demandé avant la saisine du parquet ou par le procureur de la République directement. Indépendamment de la question sensible de la charge du coût, la désignation du médecin inscrit par le parquet permet à celui-ci de procéder à sa mission sans obstacles excessifs, notamment

48 Contribution A. Régnier, S. Bottineau

au regard du secret médical lorsque la personne dont la protection est envisagée est réticente ou refuse l'examen clinique. En outre, ce lien fonctionnel donne au parquet de réels atouts pour la surveillance de la qualité des inscriptions auxquelles il procède et, de manière générale, pour la surveillance des mesures de protection à laquelle il est tenu en vertu de l'article 416 du code civil. Parfois, la requête est signée de la personne elle-même, mais a été en réalité préparée par le travailleur social sans toujours qu'elle ait bien eu conscience de ce qu'elle signait. En tout état de cause, la transmission d'un bilan des actions sociales et médicales accomplies apparaît un préalable nécessaire qui pourrait être rendu obligatoire.

Si la personne est connue de la MDPH ou du secteur à la suite de l'instruction d'une demande d'AAH ou d'APA par exemple, il est opportun que, préalablement à la saisine du procureur de la République, les différents intervenants sociaux (équipe médico-sociale de secteur ou de l'APA), équipes psychiatriques, se réunissent et étudient, ensemble, le dossier déjà réalisé de la personne pour laquelle une demande de mesure de protection a été envisagée. Cette rencontre des professionnels compétents serait très précieuse. Elle devrait s'appuyer sur les réseaux locaux des professionnels sanitaires et sociaux et avoir pour objectifs d'étudier chaque dossier médico-social individuel, d'en valider le contenu et de rechercher une solution appropriée à chaque prise en charge individuelle y compris en prenant en compte quand il existe le projet de soins, en lien avec la personne elle-même.

Ce n'est qu'au terme de ce travail, obligatoirement transmis au procureur de la République, et si aucune autre solution n'a pu être envisagée ou si la personne a refusé la prise en charge sociale proposée, que le signalement devra être adressé au parquet, sauf urgence. Dans ce dernier cas, les éléments complets d'appréciation pourront être adressés ultérieurement.

Si la personne n'est pas connue des services sociaux ou psychiatriques ou d'une MDPH, il est impératif pour l'autorité judiciaire d'être destinataire d'une évaluation médico-sociale en plus du certificat médical circonstancié. Si le groupe de travail a estimé, pour la grande majorité de ses membres, que les conditions de recevabilité de la requête des personnes habilitées à saisir le juge⁴⁹ ne devaient pas être alourdies, pour permettre un accès effectif au juge dans des situations qui peuvent être très délicates et relever d'une véritable maltraitance, en revanche il est indispensable que les signalements faits au parquet lui permettent de dis-

poser de ces informations pour apprécier la suite à donner. **Cela suppose donc d'une part que les professionnels auteurs des signalements aient réalisé une évaluation médicale et sociale avant d'effectuer leur signalement et d'autre part qu'ils répondent aux demandes faites par les parquets saisis directement par un signalement, de proches notamment.**

Le rapprochement fonctionnel des dispositifs existants, la communication et l'échange du contenu des évaluations déjà faites demeurent un objectif prioritaire dans l'intérêt exclusif des personnes afin de répondre à leurs besoins. Tel doit être l'objectif à construire sur les territoires (voir supra 2.1 et 2.2), à partir du scénario suivant :

- Lorsqu'une mesure de protection judiciaire est envisagée par la saisine du procureur de la République, transmettre obligatoirement une évaluation médico-sociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle s'appuyant sur les ressources des MDPH en faisant appel aux équipes médico-sociales de la prestation spécifique dépendance pour les personnes âgées, à l'équipe technique de la MDPH pour les personnes handicapées, aux équipes de secteur psychiatrique pour les personnes souffrant de pathologies mentales, au service départemental d'action sociale pour les personnes en situation de précarité, ainsi qu'un bilan des actions menées pour soutenir les capacités de la personne.
- Lorsque le juge est saisi par l'une des personnes habilitées de l'article 430 du code civil, lui transmettre obligatoirement d'initiative ou à sa demande l'évaluation médico-sociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle s'appuyant sur les ressources des MDPH en faisant appel aux équipes médico-sociales de la prestation spécifique dépendance pour les personnes âgées, à l'équipe technique de la MDPH pour les personnes handicapées, aux équipes de secteur psychiatrique pour les personnes souffrant de pathologies mentales, au service départemental d'action sociale pour les personnes en situation de précarité, ainsi qu'un bilan des actions menées pour soutenir les capacités de la personne si ces évaluation et bilan ont été faits.

Une concertation pourrait également être envisagée avec les autorités judiciaires afin que les Sauj, en lien avec CDAD, puissent construire des liens avec les services sociaux et médico-sociaux et les MDPH. Ainsi, et sauf cas d'urgence, la personne elle-même et ceux de ses proches qui envisagent d'introduire une demande de protection pour laquelle ils demandent des informations aux juridictions puissent faire un premier point

49 C. civ., art. 430

avec les services compétents en première ligne. Cette possibilité ouvrirait un dialogue destiné à orienter les personnes de manière adaptée à chaque situation individuelle (site en ligne clair et accessible, prise de rendez-vous physique) et lien avec le point d'appui MDPH-Conseil départemental.

Propositions

- Lorsqu'une mesure de protection judiciaire est envisagée par la saisine du procureur de la République, transmettre obligatoirement une évaluation médico-sociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle s'appuyant sur les ressources des MDPH telles que décrites plus haut et un bilan des actions menées pour soutenir les capacités de la personne (n° 34).
- Lorsque le juge est saisi par l'une des personnes habilitées de l'article 430 du code civil, lui transmettre obligatoirement d'initiative ou à sa demande l'évaluation médico-sociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle s'appuyant sur les ressources des MDPH telles que décrites plus haut, et le bilan des actions menées, si ces évaluation et bilan ont été faits (n° 35).
- Instaurer des liens pérennes permettant le partage des informations strictement nécessaires entre les acteurs de la protection juridique des majeurs, dont les mandataires judiciaires désignés par le juge, dans un objectif de soutien effectif et de rétablissement de la personne dans son autonomie (n° 36).

03

Un cadre juridique de reconnaissance et de protection des droits

Entre l'injonction à l'autonomie sous toutes ses formes et la réalité des rythmes de vie des personnes, tout particulièrement lorsqu'elles souffrent d'altérations de leurs facultés personnelles, des protections sociales, judiciaires ou informelles s'organisent. Elles peuvent être nécessaires, voire indispensables, notamment pour éviter la mise en danger, les abus de tous ordres ou l'abandon, mais elles peuvent aussi entraîner au quotidien des décisions substitutives au mépris de ce que la personne a à dire d'elle-même ou peut ressentir.

Toute personne s'identifie par ses capacités, par ce qu'elle peut faire si elle est soutenue. La protection tutélaire telle qu'elle est organisée et exercée aujourd'hui repose sur une dichotomie juridique entre capacité d'exercice retirée et capacité de jouissance qui relève de la fiction. « *Même lorsqu'elle fonctionne, la tutelle renvoie à une sorte de mort civile pour la personne qui ne peut participer à la société sans une médiation à travers les actions d'un autre dans le meilleur des cas*⁵⁰ ».

Or, les capacités sont fondamentalement vécues, sur le mode de la certitude et de la confiance⁵¹, et c'est cette assurance qu'il faut restaurer dans les rapports sociaux par une adaptation de l'environnement, un accompagnement et un soutien.

La reconnaissance des capacités des personnes qui connaissent des limitations physiques et/ou psychiques est une exigence essentielle et structurante pour tous. La réciprocité dans les implications d'autrui, la mutualité comme le dirait Paul Ricœur, commence par la construction de liens d'égalité qui garantissent les capacités de base pour tous et pour chacun, en particulier pour faire cesser les comportements négatifs tel le manque de considération très fortement exprimé par les personnes elles-mêmes et par leurs proches.

Dans ce sens, notre système juridique de protection des personnes adultes doit impérativement évoluer, non seulement pour être en conformité avec les exigences internationales et européennes, et en particulier avec la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, mais pour restaurer concrètement le lien social et l'estime sociale des personnes elles-mêmes et de chacun des intervenants, professionnels ou non, sur le sens de ses actions.

Conscient des lacunes de la loi du 5 mars 2007 dans ses déclinaisons pratiques, le groupe de travail n'a pas cessé de réinterroger les grilles de lecture du droit civil à la lumière des critiques et de toutes leurs implications dans les autres sphères du droit, notamment le droit de vote, les droits personnels, le droit de la santé y compris en sa dimension de soins sous contrainte, le droit des contrats, l'exercice professionnel... Dans le temps court qui lui a été imparti, il n'a pu qu'amorcer une volonté de changement, avec force mais aussi avec précautions tant les inquiétudes se sont exprimées au regard de la sécurité juridique et de l'ampleur des articulations à construire.

Reconnaissant qu'en pratique notre système comporte encore des traces de l'ancien régime de la loi du 3 janvier 1968 et d'une culture paternaliste de la protection qui, au nom de l'intérêt général, peut introduire des formes de négation de ce qu'exprime et souhaite la personne protégée, le groupe de travail estime qu'il est désormais temps d'instaurer un dispositif législatif consacrant effectivement le principe de la capacité juridique de la personne et se donnant les moyens de soutenir l'exercice de ses droits en favorisant l'expression de sa volonté et de ses préférences.

Tout en constatant qu'il est impossible de supprimer tout système de représentation à l'égard de ceux de nos concitoyens qui sont dans l'incapacité de s'exprimer et

50 R. Dinerstein, "Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: the difficult road from guardianship to supported decision-making", Hum. Rts. Brief 2012, vol. 19, p. 8

51 P. Ricœur, "Devenir capable, être reconnu", Texte écrit pour la réception du Klugue Prize décerné à la Bibliothèque du Congrès, USA, 2005

d'agir, il a souhaité favoriser effectivement la subsidiarité de la mesure judiciaire par un renforcement de la subsidiarité et son exercice dans la sphère personnelle. Conscient des défaillances dans l'application des principes de nécessité et de proportionnalité des mesures de protection judiciaire, il a exprimé sa volonté de permettre au juge de disposer d'une plus grande latitude dans l'appréciation de la situation de la personne par la mise en place d'une requête unique et d'une nouvelle mesure provisoire d'observation.

Expertisant tout au long de ses travaux la suppression de la tutelle, jugée par tous stigmatisante, et l'apport que constituerait la création d'une mesure unique, le groupe de travail a unanimement considéré que l'obligation d'information de la personne au sens de l'article 457-1 du code civil et de l'article L 1111-2 du code de la santé publique doit être la pierre angulaire sur laquelle s'appuieront effectivement la possibilité d'expression de la personne protégée et les pratiques de tous les intervenants. Le même consensus s'est exprimé sur la place incontournable et essentielle du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle et seul légitime non seulement à imposer une mesure de protection lorsqu'elle devient nécessaire et qu'aucune mesure substitutive ne peut suffisamment protéger la personne mais encore à en suivre l'effectivité par un contrôle dont il ne saurait être écarté.

Le dispositif législatif proposé, pour être réellement respectueux des droits des personnes, efficace et protecteur doit être complété par un ensemble d'actions et/ou de textes réglementaires afin d'atteindre les objectifs essentiels. Ce travail implique de poursuivre la dynamique interministérielle engagée, en particulier pour construire concrètement une mesure de protection devenue unique en cohérence avec l'ensemble des autres dispositions dont elle entraînera la modification.

1. Renforcer la subsidiarité de la mesure judiciaire

L'article 428 du code civil pose le principe selon lequel la mesure judiciaire de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par un autre moyen juridique. Les principes de nécessité et de subsidiarité de l'intervention judiciaire sont donc posés.

Ces principes permettent de répondre notamment aux exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme rappelées dans un arrêt sect. I, 27 mars 2008, *Chtoukatourov c/Russie*, n° 44009/05 : « viole l'art. 8 Conv. EDH une législation qui, ne connaissant que la capacité ou l'incapacité totales, ne dispose d'aucune solution intermédiaire permettant de proportionner la mesure à la situation de l'intéressé ».

Pour autant, les pratiques démontrent que l'utilisation concrète de mesures alternatives à l'intervention judi-

ciaire est marginale, sans doute en raison de leur méconnaissance par le public et les professionnels de tous les champs, mais aussi parce qu'en l'absence de publicités elles ne sont pas suffisamment sécurisées. L'absence de réelle volonté jusqu'à présent d'engager une véritable ouverture vers la possibilité, pour ceux qui le veulent et le peuvent, de choisir par anticipation ou lorsque les premiers signes d'affaiblissement se présentent, des mécanismes de soutien de leurs capacités et, si nécessaire de représentation pour le futur, a également constitué un frein.

1.1 Le développement des anticipations conventionnelles et leur regroupement dans un registre unique

Dans le cadre des travaux menés par le conseil de l'Europe, une réflexion a été menée sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait aux situations d'incapacité. La Recommandation CM/Rec(2009)11 du comité des ministres, adoptée le 1) définit la « procuration permanente » comme un mandat conféré par un majeur capable dont l'objet est de rester ou d'entrer en vigueur en cas d'éventuelle incapacité du mandant. Les « directives anticipées » sont des instructions données ou les souhaits émis par un majeur capable sur des questions que peut soulever son incapacité future. Les procurations permanentes et les directives anticipées « sont toutes deux des mesures d'anticipation qui ont des répercussions directes sur la vie des mandants lorsque leur capacité à prendre des décisions est réduite ».

Le conseil a constaté qu'il existait des disparités considérables entre les États membres et a posé l'objectif de renforcer l'application effective des principes d'autonomie et d'autodétermination des citoyens des États membres, notamment en permettant d'ouvrir au maximum l'éventail des mesures applicables aux personnes vulnérables, par la réalisation mêlée de directives anticipées et de procurations permanentes.

Le comité des droits des personnes handicapées des Nations-Unies utilise quant à lui la notion de « mesures volontaires » qui englobe ces notions et conseille vivement de les utiliser.

En France, le mandat de protection future peut intégrer la catégorie des « procurations permanentes », tout comme les directives anticipées en matière de fin de vie régies par les articles L1111-11 à L1111-12 du code de la santé publique. Ces dispositions peuvent sans doute être développées et favorisées à chaque fois qu'il est possible afin de favoriser le processus d'autonomisation et d'autodétermination des personnes vulnérables. Dans le même sens, il serait judicieux de créer des passerelles entre les mesures volontaires et les mesures imposées (*cf. infra* 1.3.2).

1.1.1 Le mandat de protection future

Introduit en droit français par la loi du 5 mars 2007, réclamé depuis longtemps par la profession notariale, citant en exemples de nombreuses législations étrangères et en particulier québécoise ou allemande, le mandat de protection future n'a pas rencontré pour l'instant le succès escompté. Les statistiques du ministère de la Justice, difficiles à établir en l'absence de publicité, semblent attester seulement d'une lente progression : 140 mandats mis en œuvre en 2009, 968 en 2016, la majorité sous forme notariée. Pourtant, il pourrait faire figure de modèle au service de la protection de la personne vulnérable et du maintien de sa capacité juridique, ainsi que le suggère le Défenseur des Droits à l'aune de la CIDPH et de son article 12 en particulier.

Comme le relève le professeur N. Péterka⁵², les chiffres montrent que les mandats de protection future sont conclus tardivement de sorte que les auteurs s'accordent à dire que pareille pratique est de nature à affaiblir le mandat : 83% des mandants ont plus de 80 ans et les mandants sont majoritairement des femmes⁵³. Le risque d'une procédure, diligentée à l'initiative de l'entourage de la personne vulnérable, en nullité pour insanité d'esprit ou en révocation pour atteinte aux intérêts du mandant, est particulièrement important. Pour autant, le principe de subsidiarité des mesures de protection judiciaire de l'article 428 conduit au maintien du mandat de protection future par le juge, même conclu dans ces conditions, dès lors qu'il suffit à pourvoir aux intérêts du mandant.

Ne pourrait-on pas aller plus loin et, à l'image du droit belge, permettre de dégager la validité du mandat de l'impératif de l'anticipation ? Serait maintenue l'obligation de ne conclure un tel mandat que si la personne majeure est « dotée de la capacité de faire un acte juridique » selon l'expression de Jean Hauser c'est-à-dire « capable d'exprimer sa volonté » selon le code civil belge⁵⁴. Mais, la mise en œuvre de ce mandat serait déconnectée de l'état de vulnérabilité du mandant. Comme en droit belge, la prise d'effet du mandat pourrait alors intervenir à deux époques différentes :

- dès sa conclusion et avant la survenance de l'altération des facultés du mandant, dans les conditions du droit commun ; il fonctionnerait alors dans un premier temps comme un mandat ordinaire puis, dans un second temps, après la survenance des altérations, comme un mandat de protection sous la réserve qu'il soit maintenu par le juge⁵⁵ ;

- lorsque le mandataire estime que le mandant n'est plus à même d'assumer lui-même la gestion de ses intérêts patrimoniaux. L'activation du mandat est assujettie à l'homologation du juge si elle est prévue au mandat. À défaut, l'appréciation de l'état de vulnérabilité de l'intéressé par le mandataire est opposable aux tiers de bonne foi⁵⁶.

En France, adopter cette conception garantirait non seulement un meilleur respect des prévisions du mandant mais encore les principes directeurs de la protection des majeurs puisque, en particulier, n'étant plus soumis à une stricte anticipation, la subsidiarité des mesures judiciaires de protection s'en trouverait vivifiée. Elle le serait d'autant plus si, comme en droit belge, le mandat conclu était enregistré dans un registre ou inscrit dans un répertoire national, ce qui permettrait d'en assurer la publicité et, pour le juge saisi d'une demande de protection judiciaire, d'en prendre connaissance.

Sans doute aussi est-il nécessaire de sortir de la contradiction dans laquelle se trouve le mandat de protection future, tout à la fois dispositif de représentation de la personne vulnérable et mesure non attentatoire à sa capacité juridique. Dans ce sens, il est sans doute nécessaire de faire évoluer la conception française du mandat et de prévoir la possibilité d'une assistance dans le mandat de protection future, à l'image de l'assistance proposée dans l'habilitation familiale.

Le code civil fournit par ailleurs des pistes encore trop méconnues permettant la combinaison du mandat de protection future et d'une mesure judiciaire⁵⁷ par une habilitation familiale. Certes cette intervention priverait alors le mandant de sa capacité juridique à hauteur des actes énumérés mais l'intervention du juge garantirait alors le cadre de la protection et le respect des droits et libertés. Le mandat de protection future, comme l'introduction d'une mesure unique reposant sur le principe juridique de l'assistance, est donc bien un outil de soutien des capacités de la personne et de sa marge d'autonomie, ce que démontre la possibilité pour un majeur en curatelle de conclure un tel mandat pour le cas où l'altération de ses facultés s'aggraverait.

Ces outils de gradation imposent le plus souvent l'intervention du juge, soit pour l'ouverture de la mesure complémentaire soit pour la levée de la mesure initiale. Ici encore une réflexion doit être engagée car si l'intervention judiciaire est essentielle, en particulier pour vérifier le passage de l'aptitude à l'inaptitude. Il est possible de permettre une prise d'effet immédiate du mandat permettant au mandant de se décharger, sans attendre

52. Péterka, Contribution au groupe de travail, « Les insuffisances du mandat de protection future en droit français »

53. DACS - Pôle d'évaluation de la justice civile, août 2015

54. C. civ. belge, art. 490, al. 1^{er}

55. C. civ. belge, art. 490/1, §2

56. C. civ. Belge, art. 490/1, § 3

57. C. civ., art. 485 al. 2

l'altération de ses facultés, de tout ou partie de la gestion de son patrimoine au profit du mandataire. Tant qu'il n'est pas hors d'état de gérer ses intérêts patrimoniaux, il pourrait agir avec le mandataire, bénéficier de son soutien et de son assistance. C'est seulement une fois l'altération avérée que le mandat deviendra un véritable mandat de protection, sous le contrôle du juge qui peut être saisi ou se saisir d'office⁵⁸. Ainsi par exemple, le dirigeant social ayant atteint un certain âge, pourrait confier à un mandataire la mission de le suppléer dans l'exercice de ses fonctions tout en conservant la gestion du périmètre personnel de ses biens par un seul mandat et non par deux comme c'est le cas actuellement (mandat ordinaire et mandat de protection future).

La réflexion doit par ailleurs se poursuivre sur le choix du ou des mandataires afin de pallier à un certain nombre de difficultés pratiques relevées par les professionnels et en particulier les notaires, notamment parce que le mandat de protection future fragilise le principe de priorité familiale et est même un outil de possible éviction de la famille de la gestion du patrimoine de la personne vulnérable. Mais aussi parce qu'il est nécessaire de prendre des précautions dans la désignation des mandataires et tiers contrôleurs pour parer aux difficultés liées à la survenance d'incapacités, de départs en retraite ou autres causes, et aux possibles conflits d'intérêts. Pareille précaution s'impose tout particulièrement dans le mandat notarié où le notaire rédacteur est tenu du contrôle des comptes du mandataire, sauf à considérer que cette mission se reporte sur son successeur⁵⁹. S'agissant du conflit d'intérêts, le code civil français ne prévoit pas la désignation d'un mandataire ad hoc dans l'article 485 alinéa 2 qui limite cette désignation aux cas d'extension du mandat. Il serait judicieux de le prévoir expressément.

Les missions du mandataire de protection future devraient également faire l'objet de précisions selon plusieurs membres du groupe. D'abord sur les obligations du mandataire pendant la période de latence du mandat de protection future, celle qui sépare la signature de la prise d'effet, dont l'obligation incombe au mandataire. Aucun texte n'impose à ce dernier de surveiller l'évolution de l'état de santé et une clause du mandat peut le prévoir. Pendant la durée du mandat, l'étendue des pouvoirs du mandataire notarié notamment pose des difficultés d'application en particulier pour les actes à titre gratuit⁶⁰, spécialement au regard des dispositions de l'article 509 1° du code civil (aliénations gratuites interdites au

tuteur même autorisé par le juge). Il en va de même pour les assurances-vie.

Propositions

Favoriser effectivement la subsidiarité de la mesure judiciaire par le développement de mesures alternatives dont l'ordre est précisé par l'article 428 du code civil. (n° 39).

Assouplir les conditions de conclusion et de mise en œuvre du mandat de protection future et l'étendre à l'assistance (n° 41).

1.1.2 La désignation d'une personne de confiance et les directives anticipées

Depuis la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, l'article L. 311-5 du code de l'action sociale et des familles permet à toute personne accueillie en établissement social et médico-social d'avoir recours à une personne qualifiée pour être aidée à faire valoir ses droits. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a elle-même institué la personne de confiance en créant un article L. 1111-6 du code de la santé publique, modifié par la loi n° 2016-87 du 2 février 2016, et la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a inséré un article L. 311-5-1 dans le code de l'action sociale et des familles, inspiré du code de la santé publique. Il est ainsi proposé à la personne majeure accueillie dans un établissement ou un service social ou médico-social de désigner, si elle ne l'a pas déjà fait, une personne de confiance dans les conditions définies au premier alinéa de l'article L. 1111-6 du code de la santé publique.

Enfin, l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles dispose que lors de la conclusion d'un contrat de séjour dans un établissement, lors d'un entretien en présence, le cas échéant, de la personne de confiance désignée en application de l'article L. 311-5-1 du code de l'action sociale et des familles, le directeur de l'établissement recherche, chaque fois que nécessaire avec la participation du médecin coordonnateur de l'établissement, le consentement de la personne à être accueillie, sous réserve de l'application du dernier alinéa de l'article 459-2 du code civil, après l'avoir informée de ses droits. Préalablement à l'entretien, il l'informe de la possibilité

58 C. civ. belge, art. 490/1, §2

59 P. Potentier, "Le mandat de protection future entre écriture et pratique", Defrénois 2018 n° 10

60 C. civ., art. 490

de désigner une personne de confiance, définie à l'article L. 311-5-1 du même code.

Ces dispositifs font l'objet de propositions d'évolution dans la partie 02 du présent rapport en particulier pour introduire une définition socle du rôle et du périmètre d'intervention de la personne de confiance.

1.1.3 La création d'un registre unique comprenant toutes les dispositions anticipées

La loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a inséré après l'article 477 du Code civil relatif au mandat de protection future, un nouvel article 477-1 qui prévoit que : « Le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés par décret en Conseil d'État ».

La profession notariale propose elle-même, depuis 2007 d'assurer la pleine efficacité pratique de ces mesures par l'instauration de registres dédiés ou en recourant aux dispositifs existants sous la condition de les rénover. C'est notamment le cas du répertoire civil qui fonctionne encore selon des méthodes archaïques, alors que se développent de plus en plus des modes d'enregistrement et de communication dématérialisés.

S'il est fait le choix d'instaurer un registre des dispositions volontaires, spécifique et distinct du répertoire civil, le Conseil supérieur du notariat propose d'apporter son expertise (annexe 4). En effet, le Notariat français tient un certain nombre de registres :

- le Fichier Central des Dispositions de Dernières Volontés (FCDDV) ;
- le PACSen pour l'enregistrement des pactes civils de solidarité conclus sous la forme notariée ;
- le fichier des valeurs immobilières ou encore le fichier des avant-contrats.

Quelques pays en Europe ont fait ce choix comme la Belgique, l'Allemagne, l'Autriche :

Une autre solution serait de créer un répertoire civil unique, national et dématérialisé. En effet, sont aujourd'hui consignées dans le répertoire civil :

- les décisions portant ouverture, modification ou mainlevée des tutelles, curatelles et habilitations familiales générales des majeurs protégés (articles 494-6 et 444 du code civil et 1233 du code de procédure civile) ;
- les décisions en matière de présomption d'absence (article 1064 du code de procédure civile) ;

- les demandes en transfert de pouvoir entre époux prévues aux articles 1426 (alinéa 1 et 3) et 1429 du code civil (cf. article 1291 du code de procédure civile).

Par ailleurs, il existe en dehors du répertoire civil ouvert au sein de chaque TGI⁶¹, des répertoires ou registres spéciaux :

- un registre spécial pour les mesures de sauvegarde de justice (article 1251 du code de procédure civile) ;
- un futur registre unique des mandats de protection future prévu par l'article 477-1 du code civil ;
- un futur registre spécial des directives anticipées en matière de mort numérique (article 40-1 de la LIL du 6 janvier 1978 modifié par l'article 63 de la loi pour une république numérique du 7 octobre 2016).

Or, la centralisation en un seul et même lieu de la publicité des mesures de protection juridique et des directives anticipées permettrait de garantir une simplicité de consultation par l'autorité judiciaire et par les professionnels intéressés. En effet, en une seule recherche, le juge saisi d'une demande de protection pourrait savoir si la personne concernée a pris des dispositions anticipées organisant l'exercice de ses droits, s'il a désigné de manière anticipée une personne chargée de sa protection (article 448 du code civil) et s'il existe des directives particulières. Le principe de subsidiarité pourrait donc pleinement s'appliquer, le juge n'ayant à désigner une personne en charge de la protection que pour les domaines ou pour les actes non prévus par la personne. À terme, un répertoire civil unique dématérialisé permettrait de faciliter les échanges d'informations entre l'autorité judiciaire et ses partenaires mais aussi en cas de situations transfrontières, conformément à la résolution du Parlement européen du 1^{er} juin 2017 (2015/2085(INL)). Un tel registre national existe au Québec.

Quel que soit le mode choisi, la centralisation des anticipations conventionnelles est essentielle, tant pour connaître les dispositions prises par les personnes que celles qui ont été mises en œuvre. Toutes personnes auditionnées dont le Conseil national de l'ordre des médecins, et les membres du groupe de travail l'appellent de leurs vœux. Cette double entrée doit être envisagée : l'inscription des dispositions prises permet en effet de leur donner date certaine et informe sur la volonté exprimée de la personne avant même que l'altération des facultés ait été constatée. La mise en œuvre de ses souhaits s'en trouve facilitée. L'inscription de la

⁶¹ Tribunal de Grande Instance (TGI)

mise à exécution concrète des dispositions anticipées fait connaître les dispositions prises et identifie d'interlocuteur.

Proposition

Création d'un répertoire civil unique national et dématérialisé assurant la publicité de toutes les mesures de protection judiciaires et des dispositions anticipées, accessible aux juridictions, aux notaires et aux avocats (n°40).

1.2 L'utilisation de techniques de gestion patrimoniale : la fiducie

La fiducie répond au souci d'assurer, à la faveur d'un transfert de propriété dans un patrimoine fiduciaire, une garantie optimale de paiement ou la gestion dynamique d'un patrimoine. L'intérêt d'une telle analyse a émergé en 2008 avec la consécration de la fiducie au profit des personnes physiques par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008⁶². Celle-ci a fait rebondir le débat de l'ouverture de la fiducie aux personnes protégées, d'autant que la loi de 2008 a autorisé le recours à la fiducie aux personnes en curatelle.

L'ouverture de la fiducie aux personnes protégées avait été proposée au cours de l'examen de la loi de 2007 portant réforme de la protection des majeurs. Un amendement avait été adopté au Sénat afin de permettre la gestion des biens d'une personne en tutelle via la constitution d'une fiducie. Cette proposition se heurta à la résistance de l'Assemblée Nationale.

Une proposition de loi a été récemment soumise à l'examen de la commission des lois de l'Assemblée Nationale par la commission du Barreau de Paris sur la protection des personnes vulnérables.

Le groupe de travail a auditionné M. le professeur Crocq qui a fait remarquer en premier lieu que la fiducie-gestion impliquant le recours à un fiduciaire et la constitution d'un patrimoine d'affectation doté d'une comptabilité propre, son utilisation ne concerne, le plus souvent, que des ensembles de biens qui sont suffisamment importants pour justifier le recours à une telle technique, laquelle implique la rémunération d'un fiduciaire-gestionnaire sur lequel pèse une lourde responsabilité professionnelle et qui doit donc s'assurer pour cela. De fait, l'utilisation de la fiducie en tant que technique de protection d'un grand nombre de personnes protégées ne semble a priori pouvoir être envisagée que dans l'hypothèse où le fiduciaire serait une institution publique à même d'assurer une telle charge, et ce sans coût en

soi exorbitant pour les personnes vulnérables concernées. Une étude pourrait, dans ce sens, être conduite avec la Caisse des dépôts et consignations. Si la désignation d'autres fiduciaires était envisagée, il serait en tout état de cause indispensable de prévoir des garanties précises.

La fiducie présente des inconvénients qui ont été relevés par plusieurs membres du groupe, et en particulier par le Conseil supérieur du notariat. Celui-ci fait en particulier observer que la technique est lourde à mettre en œuvre en raison du choix du fiduciaire, de la détermination de ses pouvoirs, de l'audit de patrimoine. En outre, en l'état actuel des textes, si la résidence principale ou secondaire de la personne protégée est intégrée dans le patrimoine affecté, il serait fait obstacle aux dispositions protectrices de l'article 426 du code civil sur la disposition du logement de la personne vulnérable. Par ailleurs, la fiducie ne vise que la gestion d'un patrimoine (et uniquement des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire). La protection de la personne vulnérable ne pourrait donc être assurée par ce mécanisme, sauf à doubler la fiducie d'un mandat de protection future relatif uniquement à la protection de la personne, ce qui reviendrait à faire du mandat un acte recopiant en définitive les dispositions d'ordre public du code civil.

Sous ces réserves importantes qu'il faudrait lever, la fiducie présente des atouts certains par rapport aux autres techniques juridiques puisqu'en particulier elle couvre un large domaine d'application, peut être constituée par n'importe quel constituant au profit de n'importe quel bénéficiaire, la loi n'exigeant des garanties que du côté du fiduciaire. Elle peut concerner un bien actuel ou futur. Elle permet une gestion souple des biens mis en fiducie et une grande sécurité d'emploi. Elle pourrait opportunément servir dans le cadre de la protection de la personne vulnérable car les revenus du patrimoine fiduciaire pourraient notamment servir à régler les frais d'hébergement dans une maison de retraite ou dans un établissement médicalisé ou les échéances d'une dette à régler.

S'agissant des personnes protégées spécifiquement, les difficultés pourraient être levées en prévoyant qu'une personne protégée peut constituer une fiducie avec l'autorisation du juge des tutelles. Cela permettrait de constituer une fiducie lorsque cela n'a pas été envisagé avant la mise en place d'une mesure de protection et une telle opportunité serait aujourd'hui particulièrement souhaitable dans un monde où l'assistance des personnes âgées et la protection de leur patrimoine vont être de plus en plus importantes. Par ailleurs, l'utilité d'une telle mesure est indéniable par exemple lorsqu'il faut assurer l'avenir d'un enfant handicapé après le décès de ses

⁶² Article 18 abrogeant l'article 2014 du code civil)

parents ou la transmission pérenne d'une entreprise en dépit du fait que les descendants et le conjoint survivant forment une famille recomposée où l'harmonie ne règne pas nécessairement.

Le groupe de travail n'a pas pu, dans le temps réduit qui lui était imparti, engager une discussion de fond sur ces questions très techniques. Le Conseil supérieur du notariat fait cependant lui-même des propositions précises et détaillées sur ce point, soulignant que le financement des besoins d'une personne qui ne peut pourvoir seule à ses intérêts nécessite une protection particulière. Il attire l'attention sur le fait qu'il arrive que la nature de certains biens et les exigences de leur gestion s'accordent mal avec les régimes juridiques de protection des personnes vulnérables. C'est la raison pour laquelle il pourrait être envisagé, selon lui, d'autoriser la constitution d'une fiducie-protection⁶³ qui pourrait être un régime de protection spécifique ou utilisée en complément d'une mesure de protection, judiciaire ou conventionnelle. Le Conseil national des barreaux quant à lui considère que la fiducie doit rester un outil d'anticipation supplémentaire sans imaginer qu'il puisse devenir un outil de masse à court ou moyen terme, l'objectif à poursuivre étant de permettre que la meilleure organisation possible soit instaurée pour protéger le patrimoine d'un majeur. Il souligne que la signature du contrat de fiducie doit certainement être sécurisée, par exemple dans le cadre d'un mandat spécial à charge pour le mandataire de régulariser le contrat sous le contrôle du juge. Après mise en œuvre d'une mesure de protection, cette sécurisation ne pourrait exister qu'avec des contrôles renforcés.

En tout état de cause, tout débat sur l'ouverture de la fiducie aux personnes protégées doit conduire à s'interroger sur l'articulation de ce contrat avec le principe de personnalité des charges tutélaires selon lequel il est interdit au mandataire de se décharger de l'exercice de son mandat au profit d'un tiers. Certes, ce principe connaît déjà aujourd'hui des exceptions et le mandataire peut ainsi s'adjoindre le concours d'un tiers pour la seule conclusion des actes conservatoires et de certains actes d'administration. Mais, ainsi que le relève Jacques Massip⁶⁴, la fiducie ouvre une brèche plus importante par l'attribution possible au fiduciaire des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine de la personne protégée et notamment celui d'accomplir de son propre chef non pas seulement des actes d'administration mais encore des actes de disposition. Il relève en outre que la constitution d'une fiducie conduit, sous la curatelle, à méta-

morphoser la mesure de protection en une tutelle, en privant la personne protégée de toute initiative sur les biens composant le patrimoine fiduciaire. Le professeur Péterka, contributrice du groupe de travail, lui oppose que s'il fait sens au regard de la personnalité des charges tutélaires et du principe de proportionnalité des mesures de protection, l'argument ne porte pas suffisamment puisque d'une part le mandataire s'est vu reconnaître le pouvoir de conclure, au profit de la personne protégée, un contrat de gestion de portefeuille d'instruments financiers et puisque, d'autre part, l'aménagement de la marge d'autonomie de la personne protégée, par le recours à la fiducie, se justifie pleinement au regard du principe d'individualisation des mesures de protection et du pouvoir d'aménagement de la mesure reconnu au juge des tutelles.

Si la fiducie devait être ouverte aux personnes protégées, il serait indispensable, dans le souci de garantir leurs intérêts de constituants, de renforcer la mission du fiduciaire, ce qui peut être réalisé de deux manières :

- 1- soumettre la fiducie à l'autorisation préalable du juge de la protection. Alors, la fiducie pourrait ouvrir une alternative utile et efficace à la déjudiciarisation de la gestion des patrimoines complexes ou importants réalisée, dans le seul cadre familial, par la mesure d'habilitation familiale. Une fois la fiducie constituée, le fiduciaire exercerait sa mission conformément aux stipulations du contrat sans savoir à solliciter de nouvelles autorisations judiciaires. L'apport du logement de la personne protégée en fiducie serait soumis au droit commun de la protection des majeurs et donc aux dispositions de l'article 426 du code civil, quelle que soit la nature de la mesure de protection ;
- 2- soumettre la fiducie à un encadrement renforcé lorsqu'un majeur protégé est le constituant. Le choix et la désignation du fiduciaire doivent être encadrés, tout comme la durée de la fiducie. Les comptes du fiduciaire pourraient être soumis à l'approbation d'un tiers protecteur obligatoirement désigné dans le contrat, lequel devrait remettre ses comptes annuellement à la personne chargée de la protection et au subrogé. En présence d'un patrimoine complexe ou important, le juge pourrait désigner, dès la conclusion du contrat de fiducie, un professionnel du chiffre ou du droit chargé de contrôler les comptes fiduciaires et tenu d'un devoir d'alerte du mandataire et du juge en cas de difficultés constatées à l'occasion de ses opérations de vérification.

63 Contribution du CSN, annexe 2

64 J. Massip, "Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés", Defrénois 2009, art. 38982

Il faudrait en outre :

- faire interdiction au fiduciaire de donner le patrimoine en garantie ;
- prévoir les causes de révocation de la fiducie, sur saisine du juge par tout intéressé, et le sort des actes contraires aux intérêts du constituant ;
- inscrire la conclusion du contrat de fiducie sur le registre national des fiducies (C. civ., art. 2020 ; décret n° 2010-219, 2 mars 2010) ;
- lorsque la fiducie a été réalisée avant la protection judiciaire, prévoir la désignation d'un tiers protecteur par le juge.

Proposition

Introduire des modes de gestion patrimoniale permettant de mieux organiser le risque de dépendance, et en particulier la fiducie tout en prévoyant des garanties précises, en particulier pour les personnes protégées (n° 42).

1.3 L'extension de l'habilitation familiale et des passerelles favorisées par l'instauration d'une requête unique devant un juge judiciaire des libertés civiles et de la protection

1.3.1 L'habilitation familiale⁶⁵

Afin d'associer plus étroitement les familles à la protection d'un proche, le législateur a créé une nouvelle mesure de protection juridique : l'habilitation familiale. Ce nouveau dispositif, s'analyse en un mandat judiciaire, familial, proche du fonctionnement du mandat de protection future. Elle est plus souple et plus facile à mettre en œuvre que la tutelle ou la curatelle, et permet au proche d'une personne, hors d'état de manifester sa volonté, de la représenter pour la réalisation de certains actes relatifs à son patrimoine ou à sa personne. Elle peut être limitée à un ou plusieurs actes (habilitation spéciale) ou être générale.

Toutefois, contrairement au mandat de protection future, et dès lors que la personne n'a pas organisé elle-même sa protection, l'intervention du juge des tutelles, en sa qualité de garant de la liberté individuelle, est nécessaire pour la délivrance de l'habilitation et son éventuel renouvellement, en cas d'habilitation familiale générale. Ce dispositif repose sur le consensus familial et n'a

vocation à être ordonné, en cas de nécessité et lorsque les règles du droit commun de la représentation sont insuffisantes, que dans les situations consensuelles où chacun s'accorde sur le choix d'un proche pour représenter la personne en situation de vulnérabilité et sur les modalités de protection de celle-ci. Aucune vérification des comptes n'est prévue et les juges ne prononcent l'habilitation familiale qu'avec beaucoup de précautions, la réservant aux situations d'évidence non conflictuelles. Les statistiques du Pôle évaluation justice démontrent que leur nombre a cependant considérablement augmenté entre 2016 et 2017 pour s'élever à 13 119 habilitations (dont 12 503 habilitations générales et 616 spéciales) pendant que le nombre de curatelles et de tutelles diminuait dans le même temps⁶⁶. La faille de ce dispositif est, selon l'analyse de certains membres du groupe de travail, l'absence de contrôle direct du juge ou du greffe sur le fonctionnement de la mesure et sur les comptes de gestion. Certes, l'objet d'une telle mesure est précisément d'éviter les lourdeurs dans les familles où les relations sont apaisées, ce qu'il appartient au juge de vérifier. Il peut toujours prévoir un contrôle et, en tout état de cause, les mesures d'habilitations familiales sont soumises aux dispositions de l'article 416 du code civil prévoyant une surveillance générale du juge et du procureur de la République. Mais, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs font observer que l'entente des familles peut n'être que de façade parfois, la gestion des ressources et du patrimoine pouvant être réalisée au détriment de la personne, surtout si aucun contrôle n'est organisé.

En l'état du droit, l'habilitation familiale permet de protéger une personne majeure dont les facultés mentales ou corporelles sont altérées. Cette altération, qui l'empêche de manifester sa volonté, doit être constatée par un médecin. Il convient d'observer que le nouvel article 494-2 du code civil crée une hiérarchie entre les différents dispositifs et fait primer les actes de procuration, les règles du droit des régimes matrimoniaux et le mandat de protection future sur l'habilitation familiale. L'habilitation familiale peut être délivrée par le juge aux ascendants, descendants, frères et sœurs, partenaire d'un pacte civil de solidarité (PACS) ou au concubin, après une demande de leur part. Les membres de la famille doivent s'accorder sur le choix du proche chargé de l'exercice de la mesure. Celui-ci exerce sa mission à titre gratuit.

La Cour de cassation a récemment rappelé⁶⁷ qu'« aucune disposition légale n'autorise le juge des tutelles, saisi

⁶⁵ L'habilitation familiale a été créée par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, qui a habilité le gouvernement à prendre des mesures dans le domaine du droit de la protection des majeurs. L'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille a introduit dans le code civil les articles 494-1 à 494-12 nouveaux, complétés, à la suite du décret n° 2016-185 du 23 février 2016, des articles 1260-1 à 1260-13 nouveaux du code de procédure civile.

⁶⁶ Entre 2016 et 2017, le nombre d'ouvertures de tutelles et de curatelles a baissé respectivement de 9 et de 4,8 %. Source Pôle d'évaluation de la justice civile.

⁶⁷ Civ. 1^{re}, 20 déc. 2017 n° 16-27507

d'une requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire, à ouvrir une mesure d'habilitation familiale ». L'instauration d'une telle passerelle permettrait de lever les difficultés pratiques qui obligent actuellement à soumettre deux requêtes au juge et à saisir deux dossiers en cas de demandes concomitantes. À l'inverse, si le juge saisi d'une demande d'habilitation familiale estime que l'habilitation familiale sollicitée ne permet pas d'assurer une mesure de protection suffisante, il pourra y substituer une mesure de protection judiciaire.

Le projet de loi de programmation de la justice, en son article 15, instaure une passerelle entre les demandes de mesures de protection judiciaire et l'habilitation familiale. Cette disposition est apparue opportune au groupe de travail car elle évitera aux requérants de se désister de leur demande d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle et de saisir le juge d'une nouvelle requête. De même, il leur sera possible de demander subsidiairement au juge des tutelles l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire en cas de rejet de la demande principale d'ouverture d'une habilitation familiale. De surcroît, la passerelle large ainsi créée par le projet de loi donne de la souplesse au juge lui-même dans l'appréciation de la mesure. L'article 494-5 du Code civil que le projet de loi modifie, prévoit en effet que le juge peut ordonner, « si l'habilitation familiale sollicitée ne permet pas d'assurer une protection suffisante » de la personne concernée, une des mesures de protection visées « aux sections III et IV » qui renvoient à la sauvegarde de justice, à la curatelle et la tutelle. Si le Conseil supérieur du notariat a émis des réserves sur ce point, au motif qu'une passerelle entre une habilitation familiale qui ne serait pas suffisamment protectrice vers la sauvegarde de justice semble peu cohérente, cette option apparaît néanmoins souhaitable puisque, s'il est exact que la sauvegarde de justice est la mesure la plus légère et ne s'adresse qu'aux personnes dont l'altération des facultés paraît temporaire ou qui ont besoin d'être représentées pour l'accomplissement de certains actes déterminés (C. civ., art. 433), elle peut aussi permettre, à l'appréciation du juge de vérifier plus précisément les conditions de mise en place d'une mesure adaptée grâce à une évaluation médico-sociale plus approfondie, ce qui n'est pas toujours le cas lors d'une demande de protection. En outre, le présent rapport propose de s'orienter vers une requête unique et une mesure unique de protection, ce qui devrait lever définitivement les réserves.

Cette souplesse de procédure, associée à l'ouverture de l'habilitation familiale à l'assistance et non plus seulement au seul mécanisme de la représentation ouvre la palette des outils mis à la disposition du débat judiciaire et du juge. Si, comme le souligne le Conseil supérieur du notariat, l'introduction du mécanisme de l'assistance dans l'habilitation familiale a des conséquences sur

sa qualification juridique puisqu'alors la mesure n'entre plus dans la catégorie des mandats tels que définis par le code civil, rien n'empêche d'imaginer une évolution de cette notion de mandat elle-même, pour l'habilitation comme pour le mandat de protection future d'ailleurs. Donner le mandat d'être assisté pour un certains nombre d'actes, pour soutenir l'expression du consentement comme c'est le cas dans la désignation d'une personne de confiance par exemple confère une plus grande sécurité juridique à l'acte sans déposséder la personne de sa capacité à continuer à être actrice de sa vie.

Le projet de loi devra sans doute aller plus loin, en particulier sur le contenu de l'habilitation familiale. En effet, il est nécessaire de prévoir des dispositions indiquant expressément dans quels cas, habilitation générale ou spéciale, et pour quels actes la personne habilitée sera amenée à assister la personne protégée. Il est également important de préciser que la personne habilitée est soumise aux dispositions générales applicables à la protection juridique des majeurs et aux obligations liées aux actes protégés, dont l'article 426 du code civil relatif à la protection des droits sur le logement. En l'état du projet, les dispositions relatives à l'habilitation familiale ne renvoient pas à cet article, ce qu'il serait judicieux de faire expressément pour éviter toutes difficultés et divergence d'interprétations. Le Conseil supérieur du notariat relève par ailleurs qu'aucune disposition dans l'habilitation familiale ne règle les difficultés particulières au droit de l'entreprise et à la capacité des dirigeants. Cette question devra effectivement faire l'objet de réflexions plus approfondies que le groupe de travail, dans le court temps qui lui était imparti, n'a pas pu explorer suffisamment.

Le Conseil supérieur du notariat ajoute que la rédaction de l'actuel article 494-6 du code civil doit elle-même être revue car la subrogation et la subrogation ad-hoc y sont exclues. Cet article vise certes l'hypothèse de l'opposition d'intérêts entre la personne habilitée et la personne protégée dans le cadre de l'habilitation générale, mais sans y apporter de réelles solutions, sauf à ce que le juge lève cette opposition en autorisant la personne habilitée à titre exceptionnel à accomplir l'acte. Que se passe-t-il alors lorsqu'une telle autorisation ne peut être accordée au vu de l'intérêt de la personne protégée ? Le juge peut-il désigner un administrateur ad hoc alors que l'article 494-6 ne prévoit pas cette éventualité ? Cette difficulté doit sans doute être prise en compte, d'autant qu'elle se rencontre fréquemment en pratique.

Le développement de l'habilitation familiale, qui constitue une avancée dans la place accordée aux familles et aux proches en matière de protection, conformément au principe général de priorité familiale est globalement

salué malgré les réserves de nombreux mandataires professionnels rappelées plus haut. Son extension à un régime d'assistance et la suppression de la condition trop restrictive que les personnes soient « hors d'état de manifester leur volonté » sont une avancée importante car est ainsi créée davantage de fluidité et de souplesse qu'avec la tutelle ou la curatelle, pour adapter la protection aux besoins de chaque personne vulnérable, en envisageant son environnement familial. Ainsi, plus de familles seront encouragées à s'impliquer dans la protection d'un proche, du fait des modalités simplifiées de l'habilitation.

Toutefois, s'il convient de ne pas avoir de défiance abusive à l'égard des familles, il ne faut pas non plus surestimer leur capacité à assumer seules la charge de protection d'un proche vulnérable. Le juge n'ayant plus vocation à intervenir sauf exception, l'habilitation requiert un consensus et une bonne entente familiale durables, au-delà de son prononcé. Elle est totalement inadaptée aux situations familiales complexes ou conflictuelles, notamment concernant les aspects patrimoniaux.

L'information et le soutien aux tuteurs familiaux. Les personnes habilitées devront pouvoir trouver une aide auprès des services d'information et de soutien aux tuteurs familiaux (STF), sans que ces derniers ne soient incités à outrepasser leur mission. Enfin, il est nécessaire que la surveillance générale des habilitations familiales reste confiée aux juridictions et aux parquets et qu'elle soit réellement exercée compte-tenu des allègements d'autorisations et de contrôles.

Les besoins des familles se situent à deux niveaux : avant toute décision de protection et en cours de mesure. En amont, l'information et la compréhension des proches et de la personne elle-même sur les différents dispositifs et leurs conséquences permettent de faire les choix les plus appropriés. Durant l'exercice de la mesure, il est primordial que le soutien aux tuteurs en exercice soit de proximité et fonctionne en lien étroit avec les juridictions. Une meilleure coordination entre les magistrats, les directions départementales de la cohésion sociale et les services ISTF est nécessaire pour davantage d'efficacité du dispositif.

Il est important que l'ISTF soit à la bonne place, d'autant que l'habilitation familiale fonctionne quasiment sans autorisation ni contrôle. Il s'agit d'une question de compétence, d'autorité, mais aussi d'éthique. Aujourd'hui déjà les professionnels des services ISTF s'interrogent sur leur posture lorsqu'ils observent des manquements ou agissements inappropriés des tuteurs désignés. Il apparaît essentiel de développer les espaces d'échange et d'entraide entre tuteurs familiaux, animés par des professionnels qui les sensibilisent également aux questions éthiques relatives à la bientraitance ou à l'accompagnement dans le respect des droits et libertés de leur proche vulnérable.

Les membres du groupe ont salué l'existence d'une enveloppe nationale depuis 2017 et appellent à la création d'outils homogènes pour les services. Cependant, cette enveloppe ne suffit pas à couvrir l'ensemble de l'activité des services existants à ce jour, eux-mêmes ne permettant pas de répondre totalement aux besoins partout en France. Comme l'a relevé la Cour de comptes « *les expériences sont concluantes... et les résultats encourageants... En outre, le développement des tutelles familiales ne grève pas les finances publiques* ». Dix ans après l'inscription de l'ISTF dans le CASF, il est indispensable que des moyens suffisants soient consacrés à exercer cette activité sur l'ensemble du territoire de façon pérenne.

Propositions

- Étendre le champ de l'habilitation familiale à l'assistance (n° 43).
- Préciser que la personne habilitée est soumise aux dispositions générales applicables à la protection juridique des majeurs et aux obligations liées aux actes protégés, dont l'article 426 du code civil relatif à la protection des droits sur le logement (n° 44).
- Prévoir la possibilité de subrogation ou de subrogation ad-hoc dans la rédaction de l'actuel article 494-6 du code civil (n° 45).
- Unifier les modalités de saisine du juge "par tout intéressé", sur le modèle de celles qui existent pour le mandat de protection future, en cas de difficultés dans l'exercice d'une habilitation familiale (n° 46).

1.3.2 L'instauration d'une requête unique favorisant les passerelles

En l'état du droit, le juge est saisi par une requête répondant à des conditions de forme différentes suivant que la demande de protection porte sur une mesure d'habilitation familiale (C. civ., art. 494-1 et cpc., art. 1260-1 à 1260-3) ou de protection judiciaire (C. civ., art. 430 et 431 et cpc., art. 1217 à 1219). Le projet de loi de programmation de la justice crée une passerelle, approuvée par le groupe de travail, entre ces deux types de demandes. Il apparaît plus simple encore de mettre en place une requête unique aux fins de protection, comportant les mêmes exigences. Cette souplesse ainsi donnée au juge pour apprécier l'état des altérations, leurs conséquences et la réalité du besoin de protection judiciaire au regard des autres dispositifs pouvant être mobilisés entre pleinement dans l'office du juge. Elle est de nature à favoriser le respect premier de l'autonomie de la personne et du soutien de ses capacités.

Ainsi, aux termes de la procédure d'instruction du dossier, le juge disposerait de la possibilité de prononcer

soit une mesure de protection judiciaire, soit une habilitation familiale, soit encore une Maj directe si elle pouvait s'avérer suffisante, soit encore un non-lieu à mesure ou un renvoi de la situation au conseil départemental pour proposition de mise en œuvre d'une Masp. Le Défenseur des Droits, dans son rapport de 2016, propose lui-même de permettre au juge de prononcer une Maj si cette mesure apparaît plus appropriée.

En outre, la majorité des membres du groupe de travail et en particulier les magistrats et les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, considère que le prononcé d'une mesure provisoire permettant l'observation et la mobilisation des soutiens serait particulièrement pertinent. En effet, le dispositif actuel prévoit la possibilité pour le juge de prononcer une mesure de sauvegarde de justice pour la durée de l'instance, assortie ou non d'un mandat spécial (dans 63 % des sauvegardes prononcées en octobre 2015). Il peut en outre décider de mesures d'investigations de type enquête sociale qu'il utilise très peu dans les faits, étant observé que dans la plupart des cas le juge n'auditionne qu'une seule fois la personne à protéger, souvent quelques mois après l'ouverture de la procédure, et décide ensuite de la mesure à l'issue d'une audience à laquelle les personnes sont convoquées par un document qui les invite généralement explicitement à ne pas se présenter. Dans ce contexte, l'intégralité des éléments du dossier ne fait pas véritablement l'objet d'un débat permettant d'apprécier *in concreto* la réalité du besoin de protection au regard des altérations médicalement constatées.

Par ailleurs, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les familles soulignent que les jugements sont souvent peu motivés, les juges utilisant des trames préétablies. Les professionnels indiquent que ce sont eux qui adaptent le plus souvent le niveau de la mesure en fonction du cadre d'assistance ou de représentation fixé par le juge. Ils soulignent que toute évolution du dispositif vers une mesure unique de protection judiciaire devra impérativement permettre au juge, selon les éléments du dossier, de vérifier réellement les aptitudes de la personne, faute de quoi les jugements demeureront standardisés et la réforme ne sera qu'une façade. Le mandat ne sera pas adapté et l'organe de protection devra alors régulièrement saisir le juge pour l'adapter, ou agira hors mandat avec tous les problèmes de responsabilité, de sécurité juridique et de validité de l'acte induits. Ils préconisent donc d'instaurer la possibilité pour le juge de décider si nécessaire d'une période d'observation permettant un rapport détaillé pour individualiser la mesure. Cette phase pourrait permettre à la personne désignée d'entrer dans l'épaisseur biographique, d'indiquer les éléments de contexte objectivables et d'inscrire ses

analyses dans un réseau autour de la personne. Les soutiens pourraient être mobilisés et des propositions d'alternatives à l'instauration d'une mesure judiciaire pourraient ainsi se dégager. Concrètement, une telle mesure d'observation serait un outil supplémentaire à l'appréciation souveraine du juge et pourrait permettre en particulier :

- une investigation large auprès de l'entourage et des tiers ;
- une remobilisation de la personne autour de ses aptitudes et des appuis possibles dans son environnement proche et professionnel ;
- une action conservatoire en termes de gestion, de droits, d'inventaire, de suspension de procédures ou de prescriptions, avec la mention « si nécessaire » accolée aux actes énumérés, laissant certes une grande latitude d'appréciation au MJPM, mais dont la limitation sur un temps court et l'obligation d'en tracer et d'en répondre en limiterait les effets pervers ;
- une préparation des familles à l'exercice de la mesure par leurs soins si cela s'avère possible ;
- une redynamisation de l'ensemble des intervenants ;
- associée à un mandat spécial et limité de gestion, déjà prévu par les textes, une action conservatoire de préservation des droits, de premier inventaire, de suspension de procédures ou de prescriptions.

En tout état de cause, elle introduirait un espace de temps qui permettrait le dialogue et apaiserait les tensions, ce que souligne également le Conseil national des barreaux.

Si une telle mesure ne peut être généralisée, car elle ne sera pas toujours nécessaire avant tout jugement de mesure pérenne, elle pourrait être très efficace et en tout état de cause permettrait de rendre un rapport de situation après un délai de 6 à 9 mois. Le but est que le juge dispose d'une évaluation précise de la situation et des aptitudes de la personne, lui permettant de prononcer une mesure adaptée et individualisée. Cette obligation ne concernerait que les primo-mesures en non les cas de révision ou renouvellement d'une mesure préexistante.

Une telle mesure provisoire, venant s'ajouter à la palette des autres possibilités ouvertes au juge, pourrait aussi être exercée par un proche si les conditions sont remplies.

Propositions

- Créer une requête unique de saisine du juge (n° 47).
- Ouvrir des passerelles permettant au juge d'exercer son plein office et d'utiliser l'intégralité de l'éventail des mesures de protection des personnes (principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité) (n° 48).
- Simplifier la terminologie en supprimant la sauvegarde de justice pour la durée de l'instance pour la remplacer par la « sauvegarde provisoire » (n° 49).
- Créer, à côté du mandat spécial de l'article 437-2 du code civil, et le cas échéant en complément à l'appréciation souveraine du juge, une mesure temporaire d'observation appelée « mandat d'observation » pendant l'instruction de la demande de protection. Cette mesure facultative peut être décidée par le juge, après audition obligatoire de la personne par le juge sauf les cas de l'article 432 du code civil. Dans ce cas, le délai d'instruction de l'article 1227 du code de procédure civile est fixé à 18 mois (n° 50).

1.3.3 Le maintien d'un juge statutaire garant des libertés civiles et de la protection

Le juge des tutelles a été créé par la loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation des mineurs. Ce nouveau juge spécialisé est un juge d'instance. Il est devenu également compétent en matière de protection des majeurs depuis la loi n° 68-5 du 3 février 1968.

Les deux compétences ont été dissociées par la loi n° 2009-526, entrée en vigueur sur ce point le 1^{er} janvier 2011. Depuis cette date, la fonction de juge des tutelles des mineurs est exercée par les juges aux affaires familiales, juges du tribunal de grande instance alors que la fonction de juge des tutelles des majeurs demeure exercée par un juge d'instance.

Le dispositif de protection des majeurs concerne des personnes se trouvant dans des situations très différentes mais considérées comme particulièrement vulnérables en raison d'altérations de leurs facultés personnelles qui les placent dans l'impossibilité de pourvoir seules à leurs intérêts. Il s'applique aussi bien à des personnes très âgées que jeunes, les unes et les autres parfois totalement dans l'incapacité de s'exprimer et désocialisées, ou encore à des personnes subissant un handicap physique et/ou mental. Il est mis en œuvre par un juge qui non seulement décide de la mesure judiciaire de protection mais intervient sur une durée souvent longue, non pas en raison d'un conflit mais parce que son rôle est particulier. Il est en effet le garant du respect des droits

et des libertés de la personne tant dans les mesures qu'il prononce que pour toutes les autres mesures de protection juridique de son ressort (mandat de protection future ou habilitation familiale, en particulier). Il exerce une surveillance générale en vertu de l'article 416 du code civil, concurremment avec le procureur de la République. À ce titre, et dans ce but, il a des contacts fréquents et réguliers avec les services sociaux, les médecins, les établissements de soins, d'accueil, d'hébergement, les notaires, les huissiers de justice, les avocats, les commissaires-priseurs, les associations, les mandataires judiciaires, les directions de la cohésion sociale, établissements financiers... Tous sont des interlocuteurs habituels du juge des tutelles. Avec le soutien de son greffe et du magistrat délégué à la protection des majeurs (MDPM) de la Cour d'appel, il anime une véritable équipe sur son territoire d'exercice.

Il est régulièrement saisi de très nombreuses demandes d'autorisation d'actes de gestion, d'actes personnels (notamment fixation de la résidence, disposition des droits sur le logement, fixation des droits de visite, actes médicaux...) et de révisions des mesures (demandes de mainlevée, d'aggravation, d'aménagement, de changement des organes ou échéance du délai de mesure).

Ces missions du juge, garant des libertés individuelles et gardien des repères fondamentaux des personnes vulnérables, de leurs familles et des professionnels, sont essentielles et bien identifiées par les différents acteurs.

Pourtant, les rapports de la Cour des Comptes et du Défenseur des Droits (septembre 2016) relèvent des carences graves. La Cour des Comptes conclut qu'« à ce jour, la protection juridique des majeurs n'est pas structurée comme une politique publique alors qu'elle n'est plus, de longue date, un simple régime civiliste. » Il souligne dans sa synthèse que la faiblesse du contrôle des mesures et des acteurs est alarmante, en raison à la fois de l'inadaptation des outils dont disposent les juridictions et du décalage important entre l'office du juge, tel que l'organise le code civil, et les moyens dont dispose la Justice pour assumer son office (p. 11). Il ajoute : « Les risques sont élevés pour le respect concret des droits et du patrimoine des personnes protégées. Cela est d'autant moins admissible que ces personnes sont vulnérables, privées en tout ou partie de leur liberté, et n'ont, pour la plupart, pas de moyens d'expression et de recours » (p.11).

Le Défenseur des Droits souligne que l'office du juge doit encore évoluer. Il recommande dans ce sens de passer de la dénomination de « juge des tutelles », décideur d'une incapacité, à celle de « juge de la protection des majeurs », plus conforme à la réalité de l'action de ce juge aujourd'hui (juge protecteur des droits et des libertés) et à l'esprit de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (p.39).

Ces deux rapports mettent en avant la place et le rôle essentiel du juge judiciaire dans ce domaine si particu-

lier qu'est la protection des personnes souffrant d'altérations de leurs facultés.

Le projet de loi de programmation pour la justice tel que présenté prochainement au Sénat oblige à repenser en particulier la spécialisation et l'implantation géographique du magistrat chargé de la protection juridique des personnes.

Dans un premier scénario, actuellement retenu, il est envisagé de transférer purement et simplement la protection des majeurs dans le futur pôle de proximité du tribunal de grande instance nouveau, en le rattachant aux attributions actuellement dévolues au tribunal d'instance et en y ajoutant le cas échéant tout ou partie du contentieux familial, sans maintenir la fonction statutaire de juge d'instance. Fondamentalement, les difficultés structurelles telles que décrites dans les rapports précités ne seraient pas considérablement modifiées bien au contraire puisque le juge chargé de la protection deviendrait un juge non spécialisé aux compétences très larges. Cela alors même que précisément la grande faille du dispositif actuel est son manque de coordination entre des juges réellement spécialisés et de suivi réel sur le terrain. Les stratégies qui s'étaient mises en place au moment des révisions de mesures rendues obligatoires avant la date butoir du 1^{er} janvier 2014 ont d'ailleurs perduré, avec leurs effets pervers : séparation entre les juges qui instruisent les demandes, décident le mesure et suivent le dossier et juges qui révisent.

De surcroît, l'idée souvent avancée d'intégrer la fonction de juge de la protection des majeurs dans un pôle ou un service de la famille traduit une méconnaissance certaine des enjeux, qui ne sont ni exclusivement familiaux ni purement économiques. Si la composante familiale, quand elle existe, est importante, les questions posées au juge relèvent de l'appréciation de la capacité de la personne, de son aptitude à exprimer sa volonté, son consentement, de ses droits fondamentaux et de ses libertés et non d'une quelconque référence première à l'autorité ou la tutelle de la famille. Les critiques du comité de suivi de l'application de la CIDPH portent aussi sur le caractère paternaliste du droit français et les débats du groupe de travail ont précisément montré que le temps était venu de s'en extraire.

Un autre scénario, consiste à aller jusqu'au bout de la logique de spécialisation de la fonction de juge des tutelles car ce juge n'est pas un juge civiliste comme les autres. Sa spécialisation se justifie non seulement par le nombre des affaires traitées (plus de 200 000 demandes d'ouverture ou de révision des mesures outre 250 000 requêtes en cours de mesures sont traitées par an par 190 juges des tutelles)⁶⁸ dans un délai contraint au regard des enjeux humains, financiers et personnels mais surtout par la complexité croissante de la fonction,

qui nécessite une maîtrise de ses aspects juridiques multiples et de plus en plus complexes, mais aussi de solides connaissances et compétences complémentaires, en matière patrimoniale, médicale, de protection sociale, de relations familiales, de techniques d'entretien, de gestion de cabinet, de construction de réseaux et de management d'équipes qui exigent des relations suivies, cohérentes et constantes pour qu'une véritable politique publique puisse s'installer avec efficacité et respect des personnes.

Pour exister, la fonction doit être incarnée et ne peut pas être laissée à la seule appréciation du chef de juridiction, livrée aux choix de politique de juridiction. La stabilité des partenariats construits et donc de l'accès et des réponses apportées exige un juge identifié par tous et des procédures simplifiées permettant les rencontres, y compris entre professionnels, chaque fois que nécessaire. À cette fin, le juge doit être formé spécifiquement puis demeurer dans ses fonctions un temps suffisant pour assurer une continuité et une cohérence des réponses. Tout cela rend nécessaire non seulement une spécialisation mais encore la désignation par décret d'un juge réellement reconnu dans son rôle essentiel et spécifique, le juge des libertés civiles et de la protection. Sa compétence pourrait être étendue aux domaines à fort enjeu de respect des libertés civiles : les soins psychiatriques sans consentement, les difficultés liées aux arbitrages les plus conflictuels en matière de soins ou encore d'admission en établissement.

Sa localisation devra être réfléchie pour tenir compte tout à la fois de la nécessaire proximité avec le justiciable, vulnérable et souvent en grande difficulté pour se déplacer, et avec les partenaires institutionnels les plus importants, qui sont tous à un niveau départemental et de la taille des juridictions. Un parquet départemental, doit également être créé pour identifier clairement l'interlocuteur du juge et des partenaires, ce qui permettra de structurer concrètement une politique de protection des personnes les plus vulnérables sur le territoire tant sur le plan civil que pénal de lutte contre la maltraitance et les abus de plus en plus fréquemment dénoncés.

Un troisième scénario, plus conforme à la position majoritaire du groupe de travail, consiste à considérer que les juges d'instance sont actuellement les juges les mieux formés à ce rôle sous la réserve de conserver une fonction statutaire. En effet, ce juge spécialisé, nommé par décret, est actuellement compétent pour traiter des matières mettant en jeu l'ordre public de protection en faveur des personnes majeures pour des matières qui entretiennent entre elles des relations étroites et la connaissance de l'une d'elles favorise le traitement des autres, au sein d'un bloc de compétences cohérent. Compte tenu du développement prévisible du mandat de protection future et des mesures d'habilitation fami-

68 Enquête sur la protection juridique des majeurs, DACS, Pôle de l'évaluation de la justice civile, 2018

liales, les mesures de protection judiciaires concernent principalement les situations conflictuelles mais aussi les situations d'isolement marquées par la précarité laquelle caractérise aussi, par exemple, les situations de surendettement ou les expulsions locatives. Le traitement de telles matières suppose une formation spécialisée, aussi bien pratique que théorique dès lors que le juge doit appliquer d'office la règle de droit (souvent très technique) même si les parties ne le lui demandent pas expressément. Enfin, ce même traitement nécessite que l'exercice des fonctions du juge s'exerce dans la durée : en matière de protection judiciaire des majeurs, le magistrat ne clôture pas son dossier par la décision qu'il rend mais doit suivre l'évolution des situations individuelles, à l'occasion de la gestion de la mesure ou de ses révisions périodiques, et un tel travail ne peut se faire qu'en lien étroit avec les différents partenaires du ressort (mandataires judiciaires mais aussi médecins, établissements, services sociaux...).

En tout état de cause, le groupe de travail rappelle que ces fonctions rendent nécessaire le maintien d'un juge spécialisé dont l'office est aussi un office de protection des libertés individuelles et du contrôle de la validité du consentement. Les enjeux sont essentiels au regard des évolutions démographiques et des problématiques rencontrées tant dans le domaine médico-social que sanitaire. Ne pas le constater ni anticiper la place du juge judiciaire dans ces domaines est porteur de graves déséquilibres.

Par ailleurs, l'UNSA greffe a rappelé, lors de son audition, l'importance de conserver la spécialisation du greffier des tutelles car il est bien souvent la mémoire du service, sa durée d'affectation étant souvent plus longue que celle du magistrat. Il connaît le contexte social et familial dès l'origine de la demande de protection, comme durant les mesures en cours. Il reste l'interlocuteur privilégié des familles, il écoute, rassure, joue un véritable rôle de « filtre » en sachant prioriser les urgences. Bien souvent les familles confieront oralement au greffier des explications sur la situation qu'elles ne formuleraient pas dans un courrier, permettant ensuite au juge d'avoir une vision globale de la situation. Cette approche du dossier lui permet de se prononcer de manière plus éclairée et ainsi de mieux appréhender les demandes qui sont formulées, tant sur le choix de la mesure de protection que sur ses modalités d'exécution. Il est le lien essentiel entre les familles, le majeur, et l'ensemble des intervenants, le magistrat en charge du service compris.

Proposition

Supprimer la dénomination « juge des tutelles » et la remplacer par celle de « juge des libertés civiles et de la protection », fonction demeurant dans les attributions du juge d'instance statutaire actuel (option 1) ou relevant d'une nouvelle fonction spécialisée statutaire (option 2), (n° 14).

2. Reconnaître effectivement les droits de la personne dans sa protection

Le rapport du groupe de travail « Droit et éthique de la protection des personnes » du comité national pour la bientraitance et les droits des personnes âgées et des personnes handicapées du 4 mars 2015⁶⁹, a esquissé un guide proposant des repères relatifs à la place du droit dans la visée sociale de préservation de l'autonomie des personnes vulnérables. Ce rapport a souligné que « l'autonomie de la personne s'exerce à travers de multiples relations de soin, d'attachement et dépendance... Personne ne doit être considéré comme incapable d'exercer ses droits tant que toutes les étapes pour l'accompagner n'ont pas été réalisées. Les incapacités d'exercice ne peuvent être définies que pour des actes délimités. L'accompagnement assuré par des professionnels est subsidiaire des relations d'accompagnement ordinaires que les personnes ont entre elles ».

S'agissant des personnes très vulnérables, la protection de la personne est assurée de manière ordinaire par des relations d'attachement (famille, amis, proches) qui accompagnent la personne. Dans certaines circonstances, l'accompagnement doit se faire de manière spécialisée, par des professionnels des domaines sanitaire, médico-social, social, qui disposent d'un mandat civil ou administratif spécifique à cette fin. L'accompagnement prend des formes variées : l'assistance, le contrôle, la confiance.

Quant à l'accompagnement des mesures judiciaires de protection, le principe doit être celui de la moindre intervention. L'accompagnement doit se faire de manière nécessaire, subsidiaire et proportionnée ».

Les professionnels de la protection eux-mêmes travaillent cette question depuis des années. L'information est la première activité clé identifiée par les professionnels dans le cadre du groupe de travail DGCS « référentiel éthique⁷⁰ » car elle est délivrée de manière transversale pour toutes les mesures, et de manière continue, au début, en cours et en fin de mesure, tant sur le plan personnel (actuel article 457-1) que patrimonial. Il est donc important d'instituer et de consacrer un principe

69 Rapport « Droit et éthique de la protection des personnes », www.ehesp.fr

70 Il faudra travailler sur la méthode : savoir délivrer cette information de manière adaptée, appropriée, savoir écouter, entendre et communiquer

général d'information de la personne, pierre angulaire de la mesure de protection.

Mais tous s'accordent à dire qu'il faut aussi construire une méthode autour d'une définition de l'accompagnement comme une pratique professionnelle commune à tous les intervenants dans le parcours de la personne en perte d'autonomie du fait des altérations de ses facultés. À partir du moment où la protection juridique a pour objectif de soutenir et de rendre effectifs les droits, de promouvoir les possibles de la personne vulnérable, de rendre sensible aux risques et non pas seulement de s'y interposer, il est alors évident qu'il appartient à la société toute entière d'être inclusive et de s'adapter à la vulnérabilité. Et pas seulement aux mandataires désignés par le juge qui ont tous exprimé combien leur place et leur rôle sont complexes et la notion d'accompagnement ambiguë au regard de sa référence à l'accompagnement social. Dans leur pratique de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, le mot accompagnement signifie pour un bon nombre de personnes, d'institutions et d'administrations « faire à la place de ». Il est sans doute nécessaire de chercher un terme plus adapté à la fonction de personne en charge d'une mesure de protection. Il est fréquent que la personne bénéficiant d'une mesure de protection se voie refuser l'accès au CCAS⁷¹ et sa demande non instruite. La notion permet à certains de refuser l'orientation en SAVS⁷² ou en SAMSAH⁷³, d'autres estiment qu'au motif que le mandataire judiciaire à la protection des majeurs détient suffisamment de pouvoir de représentation, il est alors en mesure d'actionner et de coordonner tous les acteurs et qu'il n'est alors pas nécessaire que la personne au domicile bénéficie d'un gestionnaire de cas MAIA.

Il est donc fondamental de définir clairement le terme d'accompagnement dans la protection juridique des majeurs et de communiquer massivement auprès des tiers, des familles et de l'ensemble des acteurs. Un premier pas a été franchi autour de la définition du GESTO⁷⁴ : « L'accompagnement de la personne dans le cadre de la protection juridique vise principalement à consolider certains actes juridiques :

- à vérifier l'existence d'un consentement et la manifestation de ce dernier ;
- à aider la personne à faire valoir ses droits fondamentaux ».

Lorsqu'une mesure juridique devient nécessaire, rappeler que le soutien apporté à la personne dans l'exercice de ses droits doit se faire en lien avec tous les autres intervenants, le mandataire choisi par la personne elle-même ou par le juge dans le cadre d'une mesure

judiciaire exerçant le mandat qui lui est confié et un accompagnement de la personne défini comme visant « principalement à consolider certains actes juridiques, à vérifier l'existence d'un consentement et la manifestation de ce dernier, à aider la personne à faire valoir ses droits fondamentaux ». n°4.

2.1. La consolidation du bloc des grands principes de la protection juridique des personnes.

La Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) en son article 1^{er} dispose que son objet est « de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque. Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ».

2.1.1. Les grands principes soutenant la capacité

Aux termes de l'article 3, les principes généraux de la Convention sont les suivants :

- a) le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes ;
- b) la non-discrimination ;
- c) la participation et l'intégration pleines et effectives à la société ;
- d) le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité ;
- e) l'égalité des chances ;
- f) l'accessibilité ;
- g) l'égalité entre les hommes et les femmes ;
- h) le respect du développement des capacités de l'enfant handicapé et le respect du droit des enfants handicapés à préserver leur identité. ».

Certes, les personnes adultes présentant des altérations de leurs facultés personnelles au sens de l'article 415 du code civil ne sont pas totalement synonymes des personnes handicapées et l'approche par la France, et par le droit civil en particulier, doit encore faire évoluer ses

71 Centre Communal d'Action Sociale (CCAS)

72 Service d'accompagnement à la Vie Sociale (SAVS) - Service d'Accompagnement Médico-Social pour Adultes Handicapés (SAMSAH)

73 Méthode d'action pour l'intégration des services d'aide et de soins dans le champ de l'autonomie (MAIA)

74 Gesto, Groupement d'études des services tutélaires de l'ouest.

concepts pour mesurer plus finement ce qui distingue et ce qui rapproche. Cependant, l'article 415 du code civil⁷⁵, poursuit les mêmes objectifs de reconnaissance des capacités et d'inclusion. Il n'y a aucune automaticité entre l'existence d'un handicap ou une altération et la mise en place d'une mesure de protection, mais seulement la possibilité d'organiser une protection juridique soit en vertu de sa propre volonté exprimée et anticipée soit par la décision d'un juge.

La question des moyens mis à disposition pour assurer le respect le plus large possible de la pleine capacité juridique des personnes est réelle. Les « pratiques encourageantes » utilisées dans le cadre du programme AJuPID, Accès à la justice des personnes présentant une déficience intellectuelle, telles que le développement de la mesure d'accompagnement personnalisé, la mise en place de « cercles de paroles » ou le recours à des personnels au sein des services de l'État (affaires sociales, justice, police) ou des territoires, formés dans le suivi des affaires concernant des personnes particulièrement vulnérables ou en situation de handicap permettent de soutenir l'expression et les droits. Le nombre d'intervenants sociaux en amont du judiciaire et de mesures exercées par les mandataires judiciaires à la protection est aussi une question essentielle. Mais la question des moyens dédiés n'explique pas tout, et en particulier pas les résistances de la société civile. Il est encore très délicat aujourd'hui pour les personnes protégées de faire valoir leurs droits : impossibilité de retirer leur argent au guichet lorsque leur carte a été perdue ou retenue, refus de se voir remettre un dossier de demande de logement, voire une simple attestation de droits de la caisse primaire d'assurance maladie. Les exemples sont nombreux.

Il est donc nécessaire d'aller plus loin dans les textes et d'en clarifier la présentation pour qu'ils puissent être partagés par le plus grand nombre, les personnes elles-mêmes, leurs proches et les intervenants de tous les champs.

Dans ce sens, l'article 414 du code civil, article socle de la capacité juridique en droit français, doit être complété. Après le 1^{er} alinéa disposant que « *la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* », il pourrait être ajouté l'alinéa suivant : « *La capacité du majeur est présumée jusqu'à preuve contraire. Elle peut, à titre exceptionnel et sur décision spécialement motivée du juge, être partiellement restreinte dans les conditions prévues au présent titre* ».

Il pourrait, dans les « dispositions communes aux majeurs protégés » de la section II, être ajouté à la dernière phrase du 3^e alinéa de l'article 415 que protection : « *favorise, autant qu'il est possible, l'autonomie de celle-ci en la soutenant dans l'exercice de ses droits* ».

En outre, il pourrait être ajouté à la suite de l'article 415, le droit d'information de la personne, socle du soutien qui peut lui être apporté à la fois pour l'exercice de ses droits mais aussi, quand elle devient nécessaire, pour sa protection. Ce nouvel article 415-1 pourrait également inclure l'alinéa 2 de l'article 496 figurant pour l'instant dans la partie des actes de gestion patrimoniale, et être ainsi rédigé :

- un article 415-1 (nouveau) : « *La personne en charge de la protection accompagne la personne dans l'exercice de ses droits dans le respect de sa volonté et de ses préférences. À cet effet, elle lui délivre toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part. Ce devoir général d'information s'exécute selon des modalités adaptées à l'état de la personne protégée, sans préjudice des informations ou conseils que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi* ».
- Un article 415-2 (nouveau) pourrait venir consolider les droits de la personne, ainsi rédigé : « *L'expression de la volonté de la personne est favorisée et recherché durant tout l'exercice de la mesure de protection* ».

⁷⁵ « les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire (...). Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, autant qu'il est possible, l'autonomie de celle-ci »

Propositions

Créer un cadre juridique cohérent qui rende effective la reconnaissance de la capacité de la personne et l'expression de sa volonté, de ses choix et de ses préférences à chaque fois qu'elle est possible, sans l'enfermer ni la stigmatiser en :

- modifiant l'article 414 du code civil (n° 1).
- modifiant l'article 415 du code civil (n° 2, 3 et 6)
- créant les conditions de l'expression de la volonté en faisant de l'obligation d'information de la personne chargée de la protection et des autres acteurs une obligation partagée au service du soutien effectif de la personne. Dans ce sens, l'article 457-1 du code civil figurera désormais dans les principes généraux de la protection juridique après l'article 415 (en 415-1 alinéa 1^{er}), tout comme l'alinéa 2 de l'article 496 (en 415-1 alinéa 2) (n° 3).
- reconnaissant qu'en matière personnelle, la personne prend en principe seule les décisions pour ce qui la concerne si son état le permet, quel que soit le mode de protection et, dans un souci de clarification, intégrer l'article 459 du code civil dans une nouvelle numérotation à l'article 415-4, en l'adaptant aux propositions supprimant la tutelle.
- Organisant la protection à partir de la personne et avec la garantie effective d'un recours au juge judiciaire en cas de difficulté et/ou d'atteinte aux droits et aux libertés (n°13)
- Supprimant le régime de la tutelle (n°17).

2.1.2 La question de l'assistance obligatoire par avocat

En l'état du droit de la protection des majeurs, la présence de l'avocat devant le juge n'est pas obligatoire. C'est le choix fait par le législateur depuis plus de 40 ans pour favoriser l'accès au juge en limitant la charge financière. Néanmoins, l'article 432 du code civil dispose que : « Le juge statue, la personne entendue ou appelée. L'intéressé peut être accompagné par un avocat ou, sous réserve de l'accord du juge, par toute autre personne de son choix ». Le juge peut lui-même solliciter du Bâtonnier, à la demande du majeur la commission d'office d'un avocat⁷⁶.

C'est à la personne vulnérable seule de solliciter l'assistance d'un avocat puisqu'il s'agit d'un acte personnel⁷⁷. La Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt en date du

31 mars 2017, n°16/09293, a annulé une décision du bâtonnier de l'Ordre des avocats de Versailles, qui désignait un avocat en qualité de conseil d'une personne protégée, alors que celle-ci avait mandaté un autre avocat. Elle a considéré que le droit d'avoir un avocat est consubstantiel au droit à un procès équitable, garanti par l'article 6, précité de la CEDH et qu'il s'applique à l'occasion des procédures judiciaires en général, ajoutant que la CEDH estime que la restriction à la liberté de choisir son avocat n'est justifiée qu'en cas de « motif exceptionnel ». En l'espèce, ni la dégradation de l'état de santé du majeur protégé, ni le « motif exceptionnel » n'étaient allégués. La cour a rappelé que le Conseil national des barreaux (CNB) voyait dans la liberté de choisir son avocat un « principe fondamental ». Le majeur protégé concerné pouvait donc choisir le conseil de son choix ».

Néanmoins, le juge peut également être saisi afin d'autoriser que la personne protégée soit assistée ou représentée par la personne désignée pour sa protection, dans le choix d'un avocat. Sans autorisation, ce choix ne peut être réalisé alors que l'ancienne rédaction de l'article 1261 du code de procédure civile permettait au juge de faire désigner, même d'office, un conseil.

Le juge peut en outre désigner un protecteur ad hoc en cas de risque de conflit d'intérêts entre la personne protégée et la personne désignée pour sa protection, notamment dans le choix de l'avocat de la personne protégée (article 455 du code civile : « En l'absence de subrogé curateur ou de subrogé tuteur, le curateur ou le tuteur dont les intérêts sont, à l'occasion d'un acte ou d'une série d'actes, en opposition avec ceux de la personne protégée ou qui ne peut lui apporter son assistance ou agir pour son compte en raison des limitations de sa mission fait nommer par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué un curateur ou un tuteur ad hoc.

Cette nomination peut également être faite à la demande du procureur de la République, de tout intéressé ou d'office »).

Les avocats peuvent exercer leur rôle de conseil dans le cadre de l'établissement d'un mandat de protection future établi sous seing privé mais également être désignés en qualité de mandataires conformément aux dispositions de l'article 480 du code civil, qui permettent de désigner toute personne physique choisie par le mandant.

Sur le plan pénal, le principe est inverse : l'article 706-116 du code de procédure pénale prévoit que « la personne poursuivie doit être assistée par un avocat » durant toute la procédure d'instruction et qu'à défaut un avocat doit être désigné par le bâtonnier à la demande du procu-

76 C. pr. civ., art. 1214

77 CA Rouen 2012-03-30, n°11/03684

reur de la République ou du juge d'instruction. L'article D. 47-26 du code de procédure pénale précise que cette présence est prévue à peine de nullité du jugement, comme devant la cour d'assises et le tribunal pour enfant. L'article D. 47-16 du code de procédure pénale indique également, « qu'au cours de l'information, le tuteur ou le curateur ne peut obtenir une copie du dossier de la procédure que par l'intermédiaire de l'avocat de la personne mise en examen ou témoin assisté ».

Ainsi, les autorités de poursuite et d'instruction sont tenues d'informer le tuteur ou le curateur ainsi que le juge des tutelles des poursuites dont la personne fait l'objet et des décisions qui ont été prises sous peine de nullité des actes de procédure pénale. En pratique, les échanges sont très aléatoires et le mandataire désigné par le juge n'est lui-même que très rarement avisé des procédures en cours, sa place lorsqu'il est convoqué étant elle-même très floue. Les dispositions pénales doivent évoluer dans le sens d'une meilleure prise en compte des spécificités particulières de la protection juridique des personnes, que ces dernières soient personnes poursuivies ou victimes. Le temps contraint du groupe de travail n'a pas permis d'explorer ces pistes qui devront incontestablement l'être, la chambre criminelle de la Cour de cassation étant elle-même saisie de plus en plus de situations concernant la protection des auteurs d'infractions vulnérables. Elle a, à ce titre, renvoyé au Conseil constitutionnel, le 19 juin 2018⁷⁸ une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 706-113 du code de procédure civile en ce qu'il n'impose pas qu'au cours de la garde à vue, même lorsque la mesure de protection est connue de l'officier de police judiciaire ou de l'autorité judiciaire qui contrôle la garde à vue, que le tuteur ou curateur soit systématiquement informé. En effet, l'article 63-2 du même code laisse cette information entièrement à l'initiative de la personne concernée, laquelle peut opérer des choix, notamment pour l'exercice de ses droits de défense, contrairement à son intérêt. Le Conseil constitutionnel, par une décision du 14 septembre 2018 (n° 2018-730 QPC), décide que le premier alinéa de l'article 706-113 méconnaît les droits de la défense et est, par suite, contraire à la Constitution avec effet différé au 1^{er} octobre 2019.

La Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Vaudelle c/France* du 5 septembre 2001 avait mis l'accent sur la nécessité d'une assistance d'un avocat dans toute procédure, notamment de nature pénale, mettant en cause la personne vulnérable.

De la même manière, dans le cas du contrôle par le juge des libertés et de la détention des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement, l'art. L. 3211-12-2, al. 2, CSP, dispose qu'« à l'audience, la per-

sonne faisant l'objet de soins psychiatriques est entendue, assistée ou représentée par un avocat choisi, désigné au titre de l'aide juridictionnelle ou commis d'office. Si, au vu d'un avis médical motivé, des motifs médicaux font obstacle, dans son intérêt, à son audition, la personne est représentée par un avocat dans les conditions prévues au présent alinéa ».

Le groupe de travail a été partagé sur la question de l'assistance obligatoire de la personne protégée par avocat devant le juge chargé de la protection. Certains de ses membres s'y sont montrés très favorables et ont soutenu les arguments suivants :

- le public concerné est un public fragilisé, dont les capacités de compréhension sont réduites. Les personnes vulnérables ont plus de difficulté à concevoir et défendre leurs intérêts ;
- le contexte d'intervention du juge des tutelles est parfois celui de tensions intra-familiales, sans regard objectif extérieur à la situation ;
- les mesures prises par le juge des tutelles ont des conséquences importantes pour le majeur protégé, dans tous les domaines de sa vie ;
- certains impacts des mesures ne sont mesurables que quelques années après le début de la mesure de protection, voire au décès de la personne protégée,
- un droit fondamental pour bénéficier d'un procès équitable.

Dans sa contribution écrite, Maître V. Montourcy⁷⁹ expose que le droit des majeurs protégés constitue, avec le droit des hospitalisations sans consentement, le socle civil du droit des majeurs vulnérables. La défense des victimes de violences et d'abus de faiblesse, devant les juridictions correctionnelles, en constitue le versant pénal.

Maître Montourcy ajoute que les trois missions de l'avocat – conseil, défense, vigie – sont irriguées par une quatrième, consubstantielle à la matière du droit des personnes protégées : soutenir le majeur vulnérable dans la procédure de protection, ou de renouvellement. Il expose que le droit à l'avocat est aujourd'hui une faculté, mais qu'il doit devenir une nécessité. En effet, seules les personnes les plus aptes psychiquement à comprendre l'importance d'avoir un avocat, exercent ce droit. La plupart des personnes atteintes psychiquement, ou hors d'état d'exprimer une volonté, n'en font jamais la demande, faute d'aptitude : ces personnes se retrouvent donc seules dans cette procédure de protection, abandonnées à leurs angoisses et à leur solitude. Dès lors que l'avocat deviendra obligatoire pour le majeur vulnérable (ou présumé tel), l'avocat commis d'office rendra visite à

78 Crim., 19 juin 2018, n° 18-80.872

79 V. Montourcy, « Contribution à la réforme de la protection juridique des majeurs vulnérables : Le regard d'un avocat praticien »

son client, échangera avec lui par téléphone et courrier : l'avocat deviendra un interlocuteur accueilli avec soulagement et sera un facteur d'apaisement. Il échangera avec la famille, le corps médical, étudiera le dossier et y découvrira parfois des éléments qui poseront question : il sera en mesure d'adresser au juge des observations utiles, de signaler tout abus de faiblesse, et de contester utilement certaines candidatures.

L'intervention d'un avocat rompu à la matière, choisi ou commis d'office, permettra au majeur concerné :

- d'être un acteur de l'instance qui le concerne, et non un spectateur impuissant d'une procédure vécue comme une épreuve ;
- d'humaniser la procédure de protection, de rendre la personne sujet, et non objet de la procédure de protection ;
- de ne pas être seul dans cette procédure, mais de pouvoir compter sur un soutien bienveillant ;
- de recevoir les conseils avisés d'un professionnel du droit tout au long de la procédure ;
- de se faire expliquer le contenu de son dossier ainsi que le déroulement de la procédure et les différentes mesures de protection ;
- d'être préparé à son audition, tant il est difficile de se retrouver confronté au juge, à la présence, lors de l'audition au tribunal, de membres de sa famille, et de parler de soi ;
- en cas d'abus, de bénéficier de l'expertise d'un avocat pour le dénoncer.

D'autres contributeurs ou membres du groupe de travail ne sont pas favorables à l'instauration d'une assistance obligatoire par avocat dès lors que nombre de situations ne sont pas conflictuelles. Un tel caractère obligatoire pourrait être envisagé lorsque la personne à protéger ne peut pas être entendue et que le juge s'oriente vers une mesure de protection judiciaire, à l'exclusion d'une mesure d'habilitation familiale. Il conviendrait alors de préciser que l'avocat qui intervient au soutien des intérêts de la personne à protéger ne peut pas intervenir pour un autre membre de la famille, notamment en cas de conflit intrafamilial.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 18 juillet 2015 n° 15-11002 qui précise au sujet d'une question quant à la conformité de l'article 432, alinéa 1^{er}, du code civil (et donc à l'assistance non obligatoire par un avocat du majeur protégé) au principe du droit à un procès équitable, protégé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'est ainsi prononcée : « attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le droit de la personne, protégée ou à protéger, à un procès équitable, lorsqu'une mesure de protection est envisagée, ne fait pas obstacle à ce que

le législateur instaure un régime dans lequel le majeur peut faire le choix d'être assisté d'un avocat, permettant de trouver un juste équilibre entre le droit d'accès au juge et l'autonomie de cette personne, dans le respect du droit à un recours effectif ».

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments de débat, dont le droit fondamental pour toute personne à être assisté d'un avocat de son choix, ce qui en la matière interroge souvent sur la réalité du choix de la personne à protéger ou protégée car la pratique montre que l'avocat qui se présente pour lui est fréquemment celui d'un proche ou du mandataire, il est essentiel de prévoir à tout le moins, sauf urgence, lorsque la personne à protéger ou protégée le demande ou encore à l'initiative du juge, la suspension de la procédure d'instruction de la demande de protection, pour permettre la désignation de l'avocat choisi par elle ou désigné par le Bâtonnier de l'ordre des avocats.

Par ailleurs, il est nécessaire de rendre obligatoire la représentation de la personne à protéger ou protégée par un avocat désigné par le Bâtonnier de l'ordre des avocats lorsque le juge a fait application des dispositions de l'article 432 du code civil.

Propositions

- Rendre obligatoire la représentation de la personne protégée par un avocat désigné par le Bâtonnier de l'Ordre des avocats lorsque le juge a fait application des dispositions de l'article 432 du code civil. (n° 15).
- Prévoir sauf urgence, lorsque la personne à protéger ou protégée le demande ou à l'initiative du juge, la suspension de la procédure d'instruction de la demande de protection, pour permettre la désignation d'un avocat choisi par elle ou désigné par le Bâtonnier de l'Ordre des avocats. (n° 16).

2.2. La création d'une catégorie d'actes protégés clairement identifiée.

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique a consacré le principe jurisprudentiel, selon lequel la protection a pour finalité aussi bien la protection de la personne même du majeur que celle de ses biens.

S'inspirant des standards européens, le dispositif de protection de la personne issu de la réforme de 2007 diffère de celui retenu pour la protection des biens. Ainsi, la protection de la personne produit des effets indépendamment du régime de protection et le principe de l'autonomie du majeur dans la sphère personnelle prime, sauf décision spéciale du juge des tutelles. Il est devenu

indispensable de faire figurer clairement dans les dispositions communes applicables à toutes les mesures de protection, choisies ou décidées par le juge, les actes particulièrement protégés en raison de leur forte résonance personnelle.

2.2.1 Les actes strictement personnels

L'article 458 du code civil prévoit que, sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, les actes qui impliquent un consentement strictement personnel du majeur protégé ne peuvent jamais donner lieu à assistance ou représentation. C'est le cas de la déclaration de naissance ou de la reconnaissance d'un enfant, des actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant, de la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et du consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant.

Le groupe de travail a considéré qu'il n'y avait globalement pas lieu d'apporter des modifications à la liste des actes strictement personnels et au régime applicable au testament. Cependant, dans le cadre de l'important débat sur **la question du droit de vote des personnes en tutelle**, il a été amené à analyser les critiques faites tant par le comité de suivi de la CIDPH que par le Défenseur des droits, la CNCDH, le CNCPH, le CIH et les personnes elles-mêmes au regard des dispositions internationales et internes.

Jusqu'en 2007, la loi prévoyait que les personnes en tutelle n'avaient pas le droit de vote, sauf décision contraire du juge depuis la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. L'article 12 de la loi de 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a inversé le principe en prévoyant que les personnes en tutelle conservent leur droit de vote, sauf si le juge en décide expressément autrement. Le texte de l'article L. 5 du code électoral est en l'état ainsi rédigé : « lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelles, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée ». En l'absence de décision, la capacité électorale de la personne protégée est donc maintenue. En cas de suppression du droit de vote, le juge doit motiver sa décision en s'appuyant sur l'avis du médecin inscrit auquel la question est toujours posée et à laquelle il doit répondre de manière argumentée dans le certificat médical circonstancié qu'il établit (cpc, art. 1219).

Cette décision doit être prise par le juge lors de chaque ouverture ou renouvellement d'une mesure de tutelle. Il

doit se prononcer sur la capacité du majeur protégé de conserver son droit de vote et apprécier au regard de la situation concrète de la personne. Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel mais il peut également faire l'objet d'une demande de modification si la personne exprime sa volonté d'exercer son droit de vote et qu'aucun élément, en particulier médical, ne s'y oppose.

Actuellement, pour 83 % des majeurs placés en tutelle, le juge prononce le retrait du droit de vote, sans réelle motivation dans les décisions, ce qui entraîne une radiation de ces personnes des listes électorales. Cette proportion est de 92 % en cas d'absence d'audition et de 67 % si une audition a pu être réalisée. Selon les chiffres communiqués par l'INSEE, 275 000 majeurs en tutelle ont été radiés du fichier général des électeurs depuis 2009. Plus finement encore, et en parallèle avec le fait que les auditions sont moins fréquentes quand les mandats sont confiés à des mandataires familiaux, on relève qu'une part plus importante de personnes relevant d'une tutelle familiale voient leur droit de vote supprimé (86 % contre 79 % quand le mandat est professionnel)⁸⁰.

Dans l'enquête réalisée par la Fondation Médéric Alzheimer auprès des juges des tutelles⁸¹, près de la moitié des juges (48 %) ont indiqué que le certificat médical circonstancié préconisait souvent le retrait de ce droit sans expliquer pourquoi ou rarement. Et seul un tiers des juges (36 %) ont déclaré qu'il leur arrivait parfois de maintenir le droit de vote lorsque le certificat médical circonstancié préconisait son retrait. Dans l'enquête réalisée auprès des délégués mandataires, ces derniers ont eux-mêmes déclaré en moyenne que 14 % des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer en tutelle, parmi les mesures qu'ils exercent, conservaient leur droit de vote. Le magistrat Thierry Verheyde⁸² rappelle dans l'enquête le fait que certaines personnes âgées se sentent « parfois plus atteintes par la suppression de ce droit que par la mesure elle-même ». Selon lui, « toute personne en mesure d'exprimer son souhait de pouvoir continuer à voter devrait conserver ce droit, quelle que soit l'importance de ses troubles cognitifs ».

Dans une enquête interdisciplinaire, dont les résultats viennent d'être publiés⁸³, il est confirmé que les juges suivent très majoritairement les avis des médecins. Il apparaît par ailleurs clairement que les médecins inscrits n'utilisent aucune évaluation fonctionnelle, ni aucun critère, pour apprécier la capacité d'une personne à voter mais des méthodes indirectes, qui varient sensiblement d'un médecin à un autre. Ils ne prennent pas en compte le souhait de la personne de continuer à voter, alors qu'il

80 Enquête Pôle statistique ministère de la Justice, citée supra

81 Enquête FMA 2016 citée supra

82 Enquête FMA 2016 citée supra, p.11

83 A. Bosquet et A. Mahé, « Protected adults' voting rights : an interdisciplinary study of medical assessment and jurisprudence in France », *BMJ Open* 2018;8: e020522. Doi : 10.1136/bmjopen-2017-020522.

s'agit du principal motif pour lequel les magistrats disent maintenir ce droit.

Au regard de ces chiffres, de ces éléments d'appréciation et des critiques émanant des institutions en charge de la protection des droits de l'homme qui exhortent la France à abroger l'article L. 5 du code électoral, le groupe de travail s'est interrogé sur les moyens à mettre en œuvre pour reconnaître et favoriser l'expression citoyenne de ces personnes vulnérables, à égalité avec les autres personnes se trouvant dans cette même situation sans être privées du droit de vote, mais sans occulter toutefois le risque de voir leur suffrage dévoyé et le risque de double vote ainsi accordé. Étant observé toutefois, que si ce risque est sérieux, il n'est pas documenté quantitativement et n'est pas propre au vote des personnes en tutelle dont il ne peut être sérieusement soutenu qu'elles sont toutes hors d'état d'exprimer leur volonté, en particulier dans la sphère électorale. D'autant moins que les autres régimes de protection sous forme d'une représentation que sont actuellement le mandat de protection future et l'habilitation familiale n'entraînent jamais cette conséquence et que d'autres personnes objectivement hors d'état d'exprimer leur volonté, durablement ou ponctuellement, y compris le jour du scrutin, ne sont pas privées du droit de vote.

La question du droit de vote des personnes en tutelle ne peut donc pas être abordée par le prisme prioritaire de l'insincérité du scrutin puisque de ce strict point de vue, aucun argument sérieux ne permet de soutenir que ce principe serait préservé par le maintien de la possibilité pour le juge chargé de la protection des majeurs de statuer sur le maintien, la suppression ou la suspension du droit de vote des personnes en tutelle.

Ce raisonnement ne considère pas les personnes protégées par un tel système à égalité avec les autres personnes se trouvant dans la même situation. Plus grave, il ne respecte pas le principe cardinal qui irrigue la protection de la personne depuis la loi du 5 mars 2007 selon lequel, « hors les cas de l'article 458 du code civil, la personne prend seule les décisions qui la concerne si son état le permet ». En effet, la France a fait une déclaration interprétative de l'article 29 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, entrée en vigueur le 20 mars 2010, en énonçant que :

« L'exercice du droit de vote est une composante de la capacité juridique qui ne peut connaître de restriction que dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 12 de la Convention ». Cette déclaration interprétative a vocation à prévenir un risque de contrariété avec le droit français puisque le droit de vote est, dans la conception française, un droit éminemment personnel de sorte que la personne en charge de représenter la personne protégée ne peut, en l'état actuel de notre législation, exercer ce droit à sa place. Dès lors, la question première que nous devons nous poser est celle de

savoir si le droit de vote est un droit strictement personnel au sens de l'article 458 du code civil.

Une analyse comparatiste rapide permet par ailleurs de constater que de nombreux pays européens ne pratiquent aucune mesure de restriction du vote des personnes handicapées comme le Royaume-Uni, les Pays-Bas, la Suède, l'Italie, l'Autriche, la Croatie, la Lettonie. Les opérations de contrôle des élections et de sincérité du vote font l'objet de règles spécifiques. En Allemagne, la loi du 12 septembre 1990 sur la réforme de la tutelle et de la curatelle des majeurs a remplacé les différentes mesures de protection par un unique dispositif de protection : l'assistance. L'étendue de l'unique mesure dépend de l'état de l'intéressé et du type d'opérations à effectuer avec l'aide d'un tiers. La mesure n'a pas d'effet automatique sur la capacité de la personne protégée et en principe elle n'a pas de conséquence sur le droit de vote de la personne protégée.

Au Québec, le juge n'a pas à se prononcer sur le droit de vote de la personne protégée, car le législateur a précisé que les personnes en curatelle (qui correspond à la tutelle française) n'ont pas le droit de vote aux élections provinciales et municipales, cependant qu'elles ont le droit de vote aux élections fédérales. Seules les personnes en tutelle (qui correspond à la curatelle française) ont un droit de vote global. Dans le mandat d'incapacité homologué, la personne protégée n'est pas considérée comme incapable au plan juridique et conserve son droit de vote.

Dans ce contexte international, la commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) et le Défenseur des Droits se sont clairement prononcés en faveur de l'ouverture du droit de vote aux personnes en tutelle. Dans son avis du 26 janvier 2017 intitulé « Le droit de vote est un droit, pas un privilège », la commission nationale consultative des droits de l'homme rappelle que « l'influencabilité » est inhérente à l'exercice de la démocratie et préconise l'adoption de mesures en vue de faciliter la construction de la citoyenneté chez les personnes vivant avec un handicap intellectuel ou psychique, pouvant aller jusqu'à l'accompagnement du majeur protégé dans l'isolement.

Le Défenseur des Droits pour sa part estime que « *le droit, accordé au juge par la loi, de priver la personne placée sous tutelle de la possibilité de voter, y compris par l'intermédiaire d'un tiers librement choisi, est discriminatoire et contraire à la CIDPH* ».

La rapporteuse spéciale des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées, qui a effectué sa première visite officielle en France en octobre 2017 et présentera publiquement son rapport en mars 2019, recommande d'abroger l'article L.5 du code électoral et encourage le gouvernement à rendre l'intégralité du processus électoral pleinement inclusif et accessible aux personnes handicapées.

Le 9 juillet 2018, le président de la République, devant l'ensemble des députés et sénateurs réunis en Congrès à Versailles, a lui-même annoncé, à l'égard des personnes handicapées, « *une politique de retour vers la citoyenneté pleine et entière que nous assumerons et celles également pour ces personnes, y compris celles sous tutelle, d'un retour au droit de vote* ».

De nombreuses sensibilités se sont exprimées dans le groupe de travail, que la composition large reflète d'ailleurs. La demande récurrente, soutenue fortement par les associations de personnes handicapées mentales et leurs familles et par les personnes elles-mêmes directement, de la reconnaissance de la pleine appartenance à la communauté nationale et de la citoyenneté a été entendue tout comme le fort sentiment de discrimination. Les positions ont évolué pour considérer d'une part que le droit de vote est incontestablement un droit strictement personnel qui doit donc être inscrit comme tel dans la liste non exhaustive de ce texte et d'autre part, et par suite nécessaire, qu'il ne peut donc être exercé par le représentant légal par substitution.

La question de l'abrogation de l'article L.5 du code électoral en est une suite logique puisque, du fait de l'inscription du droit de vote dans l'article 458 du code civil, le juge chargé de la protection n'aura plus à se prononcer. Se posent alors deux difficultés, outre la question de l'éligibilité dont le groupe a estimé qu'elle pouvait être dissociée de la question centrale du droit de voter : la sincérité du vote et la question de l'organisation effective des opérations de vote dont les procurations, l'article L. 71 du code électoral entrant en dissonance avec l'article 458. Ces deux difficultés ne sont pas propres aux personnes protégées par une tutelle. Elles seront désormais à égalité avec toutes les autres personnes dont l'état de voter est susceptible de remise en cause lors des opérations de scrutin et des mesures peuvent être prises pour que ce qui n'est que la conséquence d'un droit éminemment personnel soit d'abord facilité pour tous et, le cas échéant, contrôlé par le juge naturel des listes ou des opérations électorales. L'accompagnement par un service civique dédié, basé notamment sur la promotion de la citoyenneté, l'accessibilité et l'accompagnement bienveillant, constitue une piste intéressante pour répondre aux besoins des personnes protégées.

De surcroît, souhaitant être en cohérence avec l'ensemble des points de consensus et des propositions de reconnaissance du principe de capacité de la personne et de ses droits fondamentaux sur une base d'égalité, le présent rapport préconise en sa partie 03 d'instaurer une mesure unique de protection et de supprimer le régime de tutelle.

Proposition

Inscrire le droit de vote dans la liste des actes strictement personnels de l'article 458 du code civil et supprimer de l'article L.5 du Code électoral. (n°5).

2.2.2. Les actes protégés : tous les actes personnels ou mixtes à très forte composante personnelle

Pour tous ces actes, qu'il serait nécessaire d'inscrire dans la partie « dispositions générales » dans un souci de clarification et de simplification, le raisonnement est posé à l'article 459 du code civil en ses deux premiers alinéas, sauf les spécificités des articles 459-1 (soins et actes relevant du code de l'action sociale et des familles), 459-2 (choix de la résidence et des relations personnelles), 460 (mariage), 461 et 462 (pacs) et divorce.

L'affirmation concrète de la présomption de capacité de la personne protégée pour les actes relatifs à sa personne crée le socle commun permettant de sortir de l'infantilisation d'une société qui a peur que les personnes protégées agissent seules et/ou agissent mal et c'est enfin accepter le droit de prendre des risques ou de faire des erreurs, la possibilité pour les majeurs vulnérables de décider pour eux-mêmes, aspect le plus essentiel de la concrétisation du principe d'autonomie.

C'est aussi et surtout entrer réellement dans la démarche qui consiste à accepter d'entendre et d'écouter la parole et les préférences de la personne protégée, de mettre en place des modalités d'accompagnement de son expression pour soutenir ses choix. Les exceptions devront être argumentées autour d'éléments objectifs qui pourront conduire à l'intervention du juge judiciaire, garant de la liberté individuelle, selon les règles protectrices de la procédure.

La catégorie des actes protégés doit être partagée clairement entre les différents codes, et en particulier entre le code civil, le code de l'action sociale et des familles et le code de la santé, les principes généraux des articles 415 et suivants tels que rappelés précédemment ajoutant au socle que chacun doit s'approprier par des guides d'appropriation à construire. Ces principes irrigueront toute la protection juridique et pas seulement la protection judiciaire. Ils doivent donc conduire à revoir la cohérence entre les codes.

a) les actes relatifs à la santé de la personne protégée

Une harmonisation des code civil, code de la santé publique et code de l'action sociale et des familles s'impose depuis de nombreuses années, car l'application des textes actuels rencontre de multiples difficultés en pratique, au détriment des personnes protégées. Indépendamment de la question d'une mesure unique, il est d'ores et déjà impératif d'intégrer ce chantier très

attendu par les professionnels, les soignants comme l'a rappelé le Conseil national de l'ordre des médecins lors de son audition, et les familles.

Si le corps médical doit impérativement être mieux formé au droit de protection juridique, en particulier sur l'information qui est due au majeur protégé en tant que patient il apparaît d'évidence que le double dispositif actuel de la personne de confiance (santé et médico-sociale) doit être rendu plus lisible pour les familles et pour les professionnels (services et établissements d'accueil, services mandataires compris, soignants...) par une définition socle du rôle et du périmètre d'intervention de la personne de confiance. En effet, la confusion persiste sur les rôles et les conséquences que ces désignations impliquent. Par ailleurs, les services mandataires signalent les difficultés qu'ils rencontrent à articuler le rôle du tuteur ou du curateur avec celui de la personne de confiance. Une proposition va dans ce sens dans la partie 02.3.1 du présent rapport.

Plus globalement, tout en construisant ce « régime général » de la protection de la personne, le législateur de 2007 n'a pas souhaité remettre en cause les dispositions du code de la santé publique relatives aux majeurs protégés. Ainsi, l'article 459-1 du code civil précise que l'application de ces dispositions ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal. Or, les professionnels de la santé s'interrogent régulièrement sur le champ d'intervention de chacun des organes de la protection, plus particulièrement en présence d'un curateur et ce, au regard du secret médical.

En outre, la ligne de démarcation entre la nécessité d'obtenir l'autorisation du tuteur et celle du juge des tutelles ou du conseil de famille reste floue, ce qui entraîne des pratiques diverses selon les professionnels de santé, d'autant qu'aucune liste n'a été établie pour définir les actes médicaux pouvant porter gravement atteinte à l'intégrité de la personne, qui exigent l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille.

Le périmètre d'intervention du juge peut ainsi être discuté, au regard notamment de l'arrêt n°1352 du 13 décembre 2017 (n° 17-18.437) de la première chambre de la Cour de cassation rendu aux vises des articles 459-2 et 459, alinéa 3, du code civil, ensemble, et de l'article L. 1110-8 du code de la santé publique :

« Attendu que le droit fondamental de la personne au libre choix de son établissement de santé, affirmé par le troisième de ces textes, inclut celui de changer d'établissement au cours de la prise en charge ; que, dans le cas d'un majeur représenté par son tuteur pour les actes relatifs à sa personne, ce droit est exercé par le tuteur ; que, si tout intéressé peut saisir le juge des tutelles d'une difficulté relative à la fixation du lieu de la résidence de la

personne protégée, sur le fondement du premier de ces textes, seul le tuteur, auquel a été confiée une mission de représentation du majeur pour les actes relatifs à sa personne, est recevable à saisir le juge des tutelles, sur le fondement du deuxième de ces textes, d'une demande relative à une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée ».

Par ailleurs, la pratique démontre que les juges des tutelles refusent de devenir les « décideurs » des actes médicaux sur la personne d'un majeur protégé alors qu'ils sont facilement et régulièrement saisis pour des actes urgents ou dont la gravité est relative. Qui doit formuler la demande ? Un juge peut-il aller à l'encontre d'une décision médicale en cas d'acte grave lorsque le médecin, le majeur protégé et la personne chargée de sa protection sont d'accord entre eux ?

Se pose encore la question des modalités de prise de décision pour le majeur en curatelle ainsi que pour le majeur sous sauvegarde de justice lorsqu'un mandataire spécial s'est vu confier une mission de protection de la personne, mais également pour la personne ayant conclu un mandat de protection future, dès lors que le mandat ne peut déroger au régime général de la protection de la personne prévue par le code civil. Enfin, la mesure d'habilitation familiale, instituée par ordonnance du 15 octobre 2015, doit également être envisagée par le code de la santé publique, qui se réfère principalement à la tutelle.

La question principale à résoudre porte donc sur l'articulation entre le principe de l'autonomie du majeur protégé pour les questions relatives à sa personne dès lors que son état lui permet de prendre une décision éclairée et les pouvoirs de la personne chargée de la mesure de protection. En effet, si le code civil fait primer l'autonomie du majeur protégé, le code de santé publique privilégie la protection du majeur en évoquant une représentation quasi systématique par le tuteur. La seule limite au pouvoir de décision de ce dernier est la possibilité pour le médecin de délivrer les soins indispensables en cas de refus de soins ou de traitement par le tuteur.

Le livre blanc sur la protection juridique des majeurs édité en 2012 par la CNAPE, la FNAT, l'UNAF et l'UNAPEI et le groupe de travail sur les tribunaux d'instance conduit par la chancellerie regroupant les associations et organisations syndicales de magistrats et de fonctionnaires dont le rapport a été rendu en mai 2012, préconisent l'harmonisation des dispositions du code civil et du code de la santé publique définissant les cas dans lesquels l'intervention du juge des tutelles est requise pour autoriser les soins médicaux sur la personne protégée.

La Commission nationale consultative des droits de l'homme a par ailleurs relayé les critiques existantes

dans son avis du 16 avril 2015, relatif au consentement des personnes vulnérables en recommandant, en matière de consentement aux soins, de s'assurer de la bonne articulation entre les dispositions prévues par le code civil et les dispositions prévues par le code de la santé publique afin de favoriser l'autonomie de la personne. La CNCDH relève notamment que les dispositions du code de la santé publique issues pour la plupart des dispositions de la loi du n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé sont en deçà des dispositions du code civil issues de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Dans les cas de tutelle et en contradiction avec le principe d'autonomie favorisé par le code civil, le code de la santé publique privilégie la représentation du majeur protégé par le tuteur, notamment quant à son consentement pour les actes médicaux. Néanmoins, en cas de refus du tuteur, le médecin peut passer outre quand il estime le soin en question nécessaire.

Compte tenu de la particularité de la situation des majeurs protégés, de nombreuses dispositions les concernant ont déjà été prises spécialement dans le code de la santé publique. Elles pourront faire l'objet d'une réévaluation notamment dans le cadre de la révision des lois de bioéthique par exemple s'agissant de l'interdiction du don du sang et du don d'organes.

Le groupe de travail préconise de manière générale une meilleure articulation des dispositions du code civil et du code de la santé publique relatives aux conditions dans lesquelles peut s'exprimer la volonté des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique. Il est favorable à une simplification des textes prévoyant, pour l'essentiel, que toute personne protégée doit consentir elle-même aux soins qui la concernent, après avoir personnellement reçu du médecin une information adaptée à ses facultés. Pour les personnes pour lesquelles un régime de représentation de la personne a été décidé, ce consentement devrait être complété par l'autorisation de son représentant après que celui-ci a, lui aussi, reçu l'information du médecin due à tout patient. En cas d'impossibilité absolue de la personne pour laquelle un régime de représentation de la personne a été décidé d'exprimer un consentement, c'est le représentant qui consentira aux soins.

Il appartiendrait au juge des tutelles de statuer uniquement en cas d'opposition entre la volonté exprimée par la personne représentée pour la protection de sa personne et son représentant ou en cas de difficultés.

Lorsqu'une personne protégée est en fin de vie et hors d'état d'exprimer sa volonté, il peut être fait application du

droit commun : la limitation ou l'arrêt d'un traitement susceptible d'entraîner le décès ne pourrait être envisagée que dans le respect de la procédure collégiale prévue par le code de la santé publique et après consultation des directives anticipées, de la personne de confiance, de la famille ou, à défaut, d'un proche sans qu'il paraisse nécessaire de prévoir l'intervention du représentant à la personne en cette qualité.

Les dispositions du code de la santé publique devront donc être modifiées dans ce sens.

Le groupe de travail est également d'avis que la notion d'« actes portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle » soit supprimée de l'alinéa 3 de l'article 459 du code civil. Cette notion, qui n'avait pu être définie par le groupe de travail constitué après la réforme de 2007 pour en définir le périmètre, pose de très nombreuses difficultés d'interprétation.

Il apparaît enfin essentiel d'engager une réflexion sur la problématique des données sensibles en matière de santé⁸⁴, du dossier médical partagé (DMP), la question du secret médical et celle du respect de la vie privée de la personne protégée. Les membres du groupe de travail et de nombreuses personnes auditionnées, dont le Conseil national de l'ordre des médecins en ont souligné les enjeux et l'urgence.

Proposition

Mieux articuler les codes civil, de l'action sociale et des familles et de la santé publique pour que le principe de capacité civile de la personne soit effectivement reconnu dans tous les champs et que la recherche de soutien à l'exercice des droits soit recherchée par priorité. Dans ce sens, la rédaction de plusieurs textes de ces deux derniers codes doit être adaptée dans un objectif de clarification et de simplification, en particulier en inscrivant une définition socle de la personne de confiance et en modifiant l'article L 1111-4-1 du code de la santé publique et l'article 459 alinéa 3, en prévoyant pour ce dernier texte la suppression de la référence aux atteintes graves à l'intégrité corporelle de la personne. (n° 1).

b) Les actes personnels de la personne protégée

Le choix de la résidence, prévu à l'alinéa 1^{er} de l'article 459-2 du code civil, en lien avec l'article 426 (protection du logement, des meubles le garnissant, des souvenirs et des meubles à usage spécifique), et le choix des relations personnelles doivent figurer dans les dispositions communes de la protection juridique dans un souci de clarification et de simplification.

⁸⁴ Article 9 du RGPD (Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données), intitulé « traitement portant sur des catégories particulières de données à caractère personnel »

La question se pose également pour l'article 427 du code civil relatif aux comptes bancaires puisque le législateur de 2007 avait considéré qu'il devait intégrer les éléments du cadre vie protégé de la personne. Dans cet esprit, il est sans doute nécessaire de le faire également figurer dans les dispositions communes, sous réserve de quelques modifications du texte pour le simplifier car il pose de nombreuses difficultés sur son alinéa 1^{er} relatif à la modification des comptes. Il pourrait ainsi être proposé de :

- limiter les autorisations de clôture aux comptes déjà ouverts avant la mise en place de la mesure ;
- introduisant la possibilité d'y déroger dans le cadre du mandat de protection future comme cela est prévu pour l'habilitation familiale, dès lors que le mandat n'est pas confié à un mandataire professionnel.

Propositions n°1, 7 et 8 (Voir infra, propositions du 2.2.2 sous le c).

c) Le mariage, le pacs et le divorce

En conformité avec l'ensemble des propositions faites dans le cadre du travail mené par le groupe, le droit doit ici aussi évoluer pour permettre à la personne protégée de prendre en principe seule la décision qui la concerne si son état le permet, le juge n'étant saisi qu'en cas de difficulté.

Le groupe de travail est favorable à la suppression des autorisations judiciaires préalables pour le mariage ou la conclusion d'un pacte civil de solidarité. Il préconise de les remplacer par une faculté, pour la personne en charge de la mesure de protection, de s'opposer à un tel projet lorsqu'il apparaît que la personne protégée est, à cette occasion, victime d'un abus. Par ailleurs, dès lors que la personne protégée dispose d'un certain patrimoine, la conclusion d'un contrat de mariage pourrait être rendue obligatoire. L'idée sous-jacente est ici que l'existence d'un régime matrimonial et son contenu soient expliqués et que le majeur soit assisté de son protecteur dans cette démarche. Cet objectif ne passe pas nécessairement par l'adoption d'un régime séparatiste : certes il peut s'agir d'un régime adapté, mais il ne faut pas oublier que le régime légal, adopté par le plus grand nombre, est un régime communautaire et aussi protecteur, qui doit rester ouvert également aux majeurs protégés.

Ceci suppose de mettre en place un mécanisme d'information préalable du protecteur afin qu'il puisse utilement exercer sa faculté d'opposition et envisager, avec la personne protégée, la mise en place d'un tel contrat de mariage.

Concernant les procédures de divorce, le Conseil national des barreaux considère que rien ne justifie que les majeurs vulnérables ne puissent pas divorcer par consentement mutuel et soient contraints d'utiliser un autre fondement (faute ou altération du lien conjugal avec les délais qui y sont attachés). Sa recommandation est donc d'ouvrir aux majeurs protégés le divorce par consentement mutuel. La loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle impose désormais à chaque époux d'être assisté par son avocat, lequel, en l'absence d'intervention du juge, garantit le consentement au divorce et la préservation des intérêts du majeur protégé.

Il préconise également de permettre le recours au divorce accepté ; le procès-verbal d'acceptation aurait vocation à être signé par le majeur, et par son protecteur.

Le groupe de travail, dans son ensemble, considère que les règles actuelles pourraient être maintenues en supprimant simplement l'autorisation du juge lorsqu'un majeur sous tutelle souhaite engager une procédure de divorce voire en supprimant aussi l'interdiction du recours à la procédure d'acceptation du principe de la rupture dans laquelle les intérêts du majeur protégé peuvent être garantis. Par ailleurs, une éventuelle procédure de divorce doit continuer à être suspendue, jusqu'à l'intervention du jugement se prononçant sur la mise en place d'une mesure de protection, lorsqu'une sauvegarde de justice a été instaurée.

S'agissant du divorce par consentement mutuel, le consentement pourrait être vérifié par le juge, de la protection ou du divorce, et la convention pourrait être obligatoirement homologuée par le juge du divorce..

Lorsque la demande en divorce est formée contre une personne protégée, la procédure devra être exercée contre celle-ci, assistée ou représentée par la personne chargée de la protection suivant la mesure en cours.

Propositions

- Créer une catégorie d'actes protégés clairement identifiée dans les mesures de protection, tels le choix de la résidence et les relations personnelles de la personne protégée (C. civ., art. 459-2) pour lesquels la personne exerce sa capacité de choix, exprime sa volonté et ses préférences et, en cas de difficulté le juge statue. Intégrer cette catégorie dans une nouvelle numérotation à l'article 415-5. (n° 7).
- Prévoir l'articulation de l'article 426 avec l'article 459-2. (n° 7).
- Maintenir dans cette catégorie, les comptes bancaires de l'article 427 du code civil et les numéroter à l'article 415-6. (n° 8).
- Supprimer les autorisations préalables prévues pour le mariage ou la conclusion d'un pacte civil de solidarité et reconnaître le droit pour la personne protégée d'en décider seule, sauf à prévoir la possibilité pour la personne en charge de la mesure de protection, de s'opposer à un tel projet lorsqu'il apparaît que la personne protégée est, à cette occasion, victime d'un abus. (n° 9).
- Rendre obligatoire la conclusion d'un contrat de mariage soumis à la vérification du juge dans les cas où un dispositif de représentation a été décidé par lui. (n° 10).
- Maintenir le principe de suspension de la procédure de divorce jusqu'à l'intervention du jugement se prononçant sur la mise en place d'une mesure de protection lorsqu'une mesure provisoire a été instaurée pendant la durée de l'instance en protection (C. civ., art 249-3). (n° 11).
- Supprimer l'autorisation du juge ou du conseil de famille lorsqu'une personne représentée souhaite engager une procédure de divorce (C. civ., art. 249) quel que soit le type de divorce. En cas de procédure par consentement mutuel, l'homologation de la convention est obligatoirement soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales (C. civ., art 229-2). À tout le moins supprimer l'interdiction du recours à la procédure d'acceptation du principe de la rupture dans laquelle les intérêts du majeur protégé peuvent être garantis. (n° 12).
- Prévoir que, lorsque la demande en divorce est formée contre une personne protégée, la procédure est exercée contre celle-ci, assistée ou représentée par la personne chargée de la protection suivant la mesure en cours. (n° 12).

3. La création d'une mesure unique

Dans son rapport de septembre 2016, le Défenseur des Droits a fait plusieurs propositions d'améliorations s'agissant d'une part des conditions d'exercice de la capacité juridique par la mise en œuvre d'un mécanisme de décision accompagnée, d'autre part des conditions et modalités d'instruction, de mise en œuvre et de contrôle des mesures de protection. Il a notamment rappelé que la protection des personnes contre l'abus d'influence doit respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, y compris son droit de prendre des risques et de faire des erreurs.

Le comité des droits des personnes handicapées pour l'application de l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées a recommandé à la France, le 2 octobre 2015, de prendre les mesures appropriées pour permettre à toute personne handicapée d'exercer ses droits, y compris dans le domaine de la santé, préconisant en particulier le bannissement des mesures substitutives dans lesquelles la personne est privée de sa capacité juridique au profit d'un système de prise de décision assistée.

Les assises nationales de la protection juridique organisées par l'Interfédération les 7 et 8 novembre dernier ont mis en exergue les écueils existant actuellement dans la mise en œuvre de la réforme de 2007. De fait les études et enquêtes citées en partie 01 du rapport montrent que si l'individualisation des mesures est le principe, les tutelles sans aménagement et les curatelles renforcées sont prononcées dans près de 95% des situations, ce qui tend à établir que les juges des tutelles ne se sont pas pleinement emparés de leur pouvoir d'individualisation des mesures. Les tutelles allégées restent ainsi marginales puisqu'elles ne représentent que 1% de ces mesures tandis que les curatelles renforcées recouvrent 90% des mesures de curatelle.

Il convient toutefois de tempérer ce constat en relevant que l'individualisation suppose une instruction approfondie du dossier par le juge des tutelles. En l'absence d'enquête pluridisciplinaire, le juge est actuellement amené à individualiser la mesure au vu des seuls rapports de situation transmis par les personnes chargées de la protection du majeur et donc le plus souvent au moment de la révision de la mesure et non lors de l'ouverture des mesures, étant rappelé que 200 000 décisions d'ouverture et de renouvellement sont rendues chaque année. De surcroît, si les outils de la loi de 2007 permettent en théorie de graduer la protection du majeur, force est de constater que, lorsqu'une tutelle est prononcée, elle s'applique par principe à tous les actes, de sorte que la graduation de la mesure n'est pas réellement effective (99% des tutelles prononcées sont des mesures générales s'appliquant tant aux biens qu'à la personne, sans aucun aménagement).

Au vu de ces constatations alarmantes, le groupe a étudié la possibilité de modifier l'architecture de la protection des majeurs protégés pour créer une mesure judiciaire unique, gérée par un juge des tutelles rénové, recentré sur sa mission de garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux et d'arbitre en cas de conflit en cours de mesure.

L'instauration d'une mesure judiciaire unique permettrait de simplifier le dispositif et d'individualiser effectivement la mesure (pouvoir d'assistance ou de représentation selon les actes), qui tiendrait compte des directives anticipées (mandats de protection future ou procurations) et dont la publicité serait assurée par le répertoire civil national pour assurer la sécurité des tiers.

Aux cotés de cette mesure judiciaire, le juge pourrait ordonner :

- une mesure sociale, la Maj ;
- une mesure familiale (habilitation familiale spéciale ou générale) : le juge n'interviendrait que ponctuellement pour l'ouverture et le renouvellement ainsi qu'en cas de difficultés particulières.

Le groupe de travail a étudié l'exemple de la Belgique (données communiquées par le magistrat de liaison français en Belgique), pays dans lequel une réforme significative du régime de protection des majeurs est intervenue par une loi du 17 mars 2013, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2014. Des auditions ont également été organisées avec des universitaires allemande⁸⁵ et espagnole⁸⁶, accompagnées des magistrats de liaison de ces pays.

La Belgique, par exemple, a fait évoluer le régime pré-existant de l'« administration provisoire », et a mis fin aux régimes de la « minorité prolongée », qui assimilait la personne à un mineur de 15 ans et de l'« interdiction », qui privait la personne de toute capacité d'agir légalement.

En vertu de l'article 488/1 du code civil belge, peut être placé sous protection « si et dans la mesure où la protection de ses intérêts le nécessite », le majeur qui, « en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même, comme il se doit, sans assistance ou autre mesure de protection, fût-ce temporairement, la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux ».

Deux nouveaux régimes juridiques sont désormais applicables : la protection judiciaire et la protection extrajudiciaire, cette dernière étant toujours privilégiée par principe, aux termes mêmes de la loi. La protection extrajudiciaire ne peut concerner que la gestion des biens. Un mandat est donné à un tiers directement par la personne capable d'exprimer une volonté, afin qu'il accomplisse les actes de gestion patrimoniale définis

dans ce mandat. Il s'agit en principe d'un acte sous seing privé, mais il est possible de recourir à un acte notarié. Le mandat doit être enregistré dans un « registre central des contrats de mandat ». Cette opération peut être réalisée soit par le notaire, soit par le greffe du juge de paix (équivalent du juge d'instance) du domicile de l'intéressé.

La protection judiciaire ne peut être mise en place que par une décision juridictionnelle prise par le juge de paix du domicile de la personne concernée, qui désigne à cette fin un administrateur. La protection judiciaire des biens peut être complétée, sur décision du juge, par une protection judiciaire de la personne. Dans ce cas, l'administrateur doit veiller tant à la gestion patrimoniale qu'à la protection des droits de la personne protégée. Il peut recevoir pour mission d'assister la personne protégée, lorsqu'elle reste capable, ou à défaut, de la représenter. La décision de justice doit expressément énumérer les actes que la personne protégées n'est plus en mesure d'assumer par elle-même, tant pour ce qui relève de la gestion patrimoniale que des droits personnels. Pour tous les actes non énumérés, elle demeure présumée capable d'agir juridiquement. Aucun préalable n'est requis s'agissant de la protection extrajudiciaire.

S'agissant de la protection judiciaire, le juge peut être saisi par un membre de la famille, toute personnes intéressée (voisin, aide-soignant, travailleur social) ou par le procureur du Roi. Lorsqu'il est saisi d'une demande de mise en observation d'une personne souffrant de troubles psychiatriques, le juge de paix a également la faculté de désigner d'office un administrateur. Le juge dispose d'une grande latitude pour l'instruction du dossier mais il s'agit d'une faculté offerte au juge et aucune disposition de la nouvelle loi n'impose la conduite d'une enquête ou la mise en place d'un suivi socio-administratif préalablement à la décision du juge. Les seuls préalables légaux sont : la production d'un certificat médical circonstancié de moins de 15 jours décrivant l'état de santé de la personne à protéger (sauf en cas de prodigalité), et la comparution à l'audience de l'intéressé(e), de sa famille, de ses proches, et de la « personne de confiance ».

Le groupe de travail a été très partagé et de très nombreuses nuances se sont exprimées, voire des oppositions à l'organisation d'un nouveau dispositif visant à remplacer les mesures substitutives dans lesquelles la personne est privée de sa capacité juridique par un système unique dans lequel sa prise de décision peut être assistée. Remplacer les mesures actuelles par un instrument juridique unique est séduisant intellectuellement mais déstabilisant parce que cette modification

85 Pr. D. Brosey

86 Pr. C. Guilarte Martin-Calero

profonde implique des changements tant sur la forme que sur le fond.

Sur la forme, tout d'abord, l'instauration d'une mesure unique oblige à une structuration inédite des dispositions du code civil, notamment en détachant les règles de gestion du patrimoine du mineur en tutelle et en scindant le dispositif entre ce qui relèverait du « judiciaire » et ce qui relèverait du « conventionnel ». Cela conduit également à choisir un vocabulaire juridique ne renvoyant plus à la tutelle et au régime d'incapacité qu'elle met en place. À l'image du droit allemand qui s'en est débarrassé pour le majeur au profit de la notion d'assistance ou de prise en charge, le législateur français devra faire de même, en prêtant toutefois attention à ce qu'une confusion ne s'opère pas dans l'esprit des praticiens entre le régime actuel de l'assistance tel que dessiné par la curatelle et le régime nouveau qui devrait en principe amener à la représentation du majeur protégé. Par ailleurs, si les termes « assistance » et « assistant » peuvent convenir, il faut être plus réservé sur celui désignant la personne protégée – « l'assisté » ou « la personne assistée » – lequel a, dans la langue française, une connotation péjorative.

Sur le fond, ensuite, les changements adoptés influeraient tant sur les principes que sur leur application pratique. En instaurant une mesure unique, le législateur français devra notamment faire le choix de changer ou non les règles de la capacité d'exercice. L'incapacité à exercer ses droits sera-t-elle réservée à l'enfant mineur uniquement? Admettre que la personne protégée conserve sa pleine capacité juridique tout en confiant à l'assistant un pouvoir légal de représentation pourra logiquement faire naître en pratique des conflits dès lors que l'un ou l'autre procédera à un acte contradictoire. C'est une difficulté qui ne manquera pas de se poser dans la pratique, notamment notariale. De toute manière, le principe du maintien de la capacité juridique de la personne protégée conduirait à revoir les règles relatives à la sanction des actes qu'elle serait amenée à conclure. Le régime des nullités et en particulier le droit spécial de la nullité du contrat pour défaut de capacité dans son articulation avec le droit commun des contrats dont l'article 1150 du code civil tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016 ratifié par la loi du 20 avril 2018 devra être revu.

Le maintien de la capacité amènera également à s'interroger sur le mode de publicité de la mesure unique en marge de l'acte de naissance.

Par ailleurs, un régime unique doit, pour être proportionné aux besoins de la personne, être individualisé et flexible. Cela ne peut se faire correctement que si le juge a les moyens de les connaître avec exactitude (sur la base d'informations dont les modalités de collecte ne pourront dépendre d'un seul médecin) afin d'apprécier les domaines et actes précis pour lesquels une représentation est nécessaire.

Dans ce contexte d'interrogations mais aussi de constats et de volonté constante du groupe de travail de contribuer à une évolution de la loi du 5 mars 2007 dans un objectif de reconnaissance effective de la capacité de principe de la personne pour permettre de respecter au plus près et effectivement l'exercice de ses droits et le respect de sa volonté ou de ses préférences, les membres et les contributeurs ont fait émerger des points de consensus à partir desquels des propositions peuvent être émises sans complexifier le système dans les faits ni nuire à la sécurité juridique des actes.

La tutelle doit être certainement supprimée car elle est stigmatisante, comme la dénomination de « juge des tutelles » qui entraîne des représentations négatives des mesures de protection. Les catégories de la curatelle et de la sauvegarde autonome peuvent être fondues en une mesure unique de sauvegarde des droits.

Cette proposition présente l'avantage d'abandonner une terminologie connotée et de donner le signe fort et clair que la personne protégée conserve en principe sa pleine capacité juridique. En revanche, les cadres actuels de l'assistance et de la représentation, qui demeurent indispensables dans un certain nombre de situations, doivent être conservés pour permettre au juge d'adapter sa décision aux besoins de la personne protégée. La publicité et le recours au juge pour les actes les plus importants et en cas de difficulté doivent également être prévus. La distinction entre les actes conservatoires/d'administration/de disposition et le décret du 22 décembre 2008 également, tout en l'aménageant.

Cette architecture de la mesure de protection suppose d'une part la mise en place d'un dispositif d'évaluation de la situation médico-sociale de la personne plus développé que celui qui existe actuellement, et d'autre part, une appropriation par tous les acteurs de la protection des personnes vulnérables adultes en ce compris les champs sanitaire et social, les avocats, les notaires, les banquiers, les familles, les procureurs de la République, les juges et les mandataires judiciaires à la protection des majeurs eux-mêmes. La CNSA, chargée par la loi d'adaptation de la société au vieillissement d'une mission d'évaluation et de formation incluse dans la COG 2016-2019 peut en être le socle, tout comme les organismes de formation des professionnels dont l'ENM, l'ENG, l'EHESP, les instituts de formation des mandataires judiciaires, les universités.

Proposition :

Le schéma de la mesure unique de sauvegarde des droits est le suivant (Propositions n°17 à 20) :

Cette mesure socle unique est équivalente à la curatelle simple actuelle (pour les biens) et à la rédaction actuelle de l'article 459 relatif à la protection de la personne. Le juge peut préciser dans sa décision initiale (par motivation spéciale), ou après une période d'observation permettant de confronter les données du certificat médical circonstancié avec une évaluation sociale de la situation et une mobilisation des soutiens si cela est possible :

a) si cette assistance doit être étendue à la perception des revenus et au paiement des dépenses (curatelle renforcée actuelle) ;

b) si cette assistance doit être limitée à certains actes patrimoniaux et/ou personnels ;

c) si cette assistance doit concerner aussi les questions relatives à la protection de la personne ;

d) par exception spécialement motivée, et s'il apparaît que l'assistance est manifestement insuffisante pour garantir l'exercice des droits et la protection de la personne, le juge peut confier au mandataire désigné une mission de représentation en précisant à chaque fois si cette représentation doit :

- concerner seulement certains actes de gestion patrimoniale ou personnels,
- s'étendre à l'ensemble des actes de gestion patrimoniale (sous la réserve des actes protégés),
- s'étendre à l'ensemble des actes relatifs à la protection de la personne (sous la réserve des actes protégés),
- s'étendre à l'ensemble des actes d'administration et de disposition et aux actes relatifs à la personne (sous la réserve des actes protégés).

La nomenclature actuelle entre actes d'administration et actes de disposition n'est pas modifiée, pas plus que le décret du 22/12/2008, sauf quelques aménagements à prévoir dans un objectif de simplification.

(Propositions n°21 à 25 et 51 à 53).

Le cadre actuel défini par la loi du 5 mars 2007 et son décret d'application du 22 décembre 2008 est dans l'ensemble sécurisant pour les praticiens. La distinction entre le régime de la représentation et celui de l'assistance et la césure entre les actes d'administration et les actes de disposition et les actes autorisés et les actes interdits permettent de bien identifier les pouvoirs de l'organe de protection.

Toutefois, le décret du 22 décembre 2008 a laissé de nombreux commentateurs dubitatifs. Il fournit notamment deux listes d'actes avec une catégorie comprenant un critère délicat à mettre en œuvre pour un praticien en raison de son aspect purement subjectif : les actes d'administration ou de disposition « sauf circonstances d'espèce ». En pratique et par prudence, il est peu recouru à cette faculté de changement de classification.

Il conviendrait de mettre à jour la liste des actes, notamment sur les points suivants :

- Un allègement du contrôle préalable du juge pour certains actes de gestion du patrimoine peut être envisagé, tout en maintenant la possibilité de saisine a posteriori du juge dans l'hypothèse d'une opposition d'intérêts.
- L'annexe I du décret classe l'emploi et le remploi des capitaux et des excédents de revenus parmi les actes de disposition. L'annexe II du décret classe, quant à lui, le paiement des dettes par prélèvement sur le capital dans les actes d'administration.

Ces deux catégories font l'objet d'interprétations divergentes de la part des banques et de la part des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

- L'ouverture de tout nouveau compte ou modification de compte : l'alinéa 1 de l'article 427 du code civil prévoit que « la personne chargée de la mesure de protection ne peut procéder ni à la modification des comptes ou livrets ouverts au nom de la personne protégée, ni à l'ouverture d'un autre compte ou livret auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public ». L'alinéa 2 de cet article prévoit que le juge des tutelles ou le conseil de famille peut autoriser ces actes si l'intérêt de la personne protégée le commande.

Or, l'annexe I du décret classe l'ouverture de tout nouveau compte ou livret au nom du majeur protégé dans la catégorie des actes de dispositions, qui sont des actes que le majeur en curatelle peut réaliser seul avec l'assistance de son curateur.

L'articulation entre ces différentes dispositions pourrait être précisée.

- Actes pouvant être ajoutés à la liste de l'annexe I :
 - > la délivrance d'une carte de paiement avec autorisation systématique ;
 - > la délivrance d'une carte de paiement internationale à débit immédiat ;

> la modification d'un mandat de gestion pourrait être classée dans les actes de disposition. En effet, même si un nouveau profil de risque est établi avec le mandataire de la personne protégée, les décisions qui seront prises par ce dernier vont engager le patrimoine de la personne protégée.

Le traitement des requêtes en cours de mesures pourra ainsi être simplifié par un allègement du régime d'autorisations actuellement prévues, sous la réserve de maintenir un contrôle effectif des comptes de gestion et de l'exercice de la mesure. Certaines d'entre elles pourront être supprimées, sauf la possibilité pour le juge au cas par cas de conserver l'obligation d'autorisation. Ainsi pourrait-il en être, notamment, de celles portant sur l'ouverture d'un compte dans la banque habituelle du majeur, sur la clôture d'un compte, le placement ou le retrait de sommes d'argent, l'ouverture d'une assurance vie avec une clause bénéficiaire standard, la conclusion d'un contrat obsèques préalablement réglementé, l'acceptation d'une succession dont le notaire atteste qu'elle est bénéficiaire.

L'autorisation préalable du juge des tutelles, après instruction de la demande, devra être maintenue en

cas de requête en donation ou en cas de désaccord ou de conflit d'intérêt entre la personne protégée et celle qui exerce la mesure.

La publicité des mesures de protection judiciaire

(Proposition n°40)

Si la fonction première de la publicité est de rendre opposable la mesure de protection erga omnes, elle sert aussi à la connaissance effective par les professionnels concernés, des effets de la mesure. Cette connaissance joue également en faveur de la personne protégée, assurée que ses volontés précédemment exprimées soient respectées. Les modalités de publicité des actuelles sauvegardes de justice, devenues sauvegarde provisoire des droits dans le nouveau dispositif, doivent être revues y compris pour les sauvegardes médicales qu'il sera nécessaire de réétudier. Ces dernières sont actuellement inscrites dans un répertoire tenu par chaque procureur de la République, lequel n'est donc pas centralisé et est méconnu tant la communication des informations qu'il enregistre est restreinte.

04

Une dynamique de politique publique à impulser

La protection juridique des majeurs est parfois considérée comme étant pilotée par la direction des affaires civiles et du Sceau (DACCS) du ministère de la Justice parce qu'elle est le plus souvent considérée principalement comme un régime juridique. La direction générale de la cohésion sociale (DGCS) du ministère des solidarités exerce quant à elle un rôle de régulation sur l'activité des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Aucun des deux ministères n'a une vocation affirmée au pilotage d'une véritable politique publique. Aucun portail national, numéro vert ou dispositif national d'information dédié n'est mis en place ni pensé collectivement, ni aucune politique coordonnée de contrôle organisée, alors que le sujet est extrêmement sensible et concerne déjà une partie importante de la population française. Des initiatives sont cependant prises en région, ou dans les départements à la faveur de dynamiques impulsées par des professionnels et des associations et un mouvement profond les capitalise à l'occasion de colloques universitaires⁸⁷ ou organisés par les professionnels eux-mêmes⁸⁸.

Construire la juste protection des personnes les plus vulnérables en prenant en compte le présent et en imaginant l'avenir est une exigence et un défi qui a du sens pour tous. Repenser les missions des professionnels du social, du sanitaire et de la protection judiciaire autour de référentiels communs qui déclinent les principes du vivre ensemble autour du droit et de l'éthique tout autant. Les confronter aux demandes et aux attentes des personnes et des familles pour que « prendre soin de » et protéger quand c'est devenu nécessaire, devienne effectivement un co-exercice et une co-responsabilité non seulement de la « vocation médicale » que décrivait Emmanuel Lévinas mais, la dépassant, de tous, est une exigence devenue très présente dans les pratiques et un horizon commun. Pour qu'elle devienne une conscience

commune de la nécessité du lien entre les intervenants, les compétences doivent non seulement mieux s'articuler entre elles mais l'être au bon moment, en veillant toujours au respect de l'expression de la parole de celui qui est toujours là, bien présent. Le temps est à présent venu de la prise de décisions fortes. La demande de tous est particulièrement soutenue, au point que ce sont développés de manière spontanée des lieux de réflexion éthique partagée et qu'aujourd'hui les professionnels et les familles appellent avec force à la structuration et l'impulsion d'une véritable politique publique de la protection juridique des personnes fixant un cadre juridique clair d'exercice des droits des personnes, de contrôle et de régulation de la profession de mandataire judiciaire.

Le groupe de travail s'est lui-même appuyé sur une composition très largement interministérielle et a procédé à des auditions montrant l'ampleur du chantier à impulser. L'ensemble des propositions faites le démontre, s'il en était encore besoin. La dernière partie de ce rapport de mission ajoute un pilier essentiel, celui des contrôles, du statut et de l'organisation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs avant de poser les prémisses d'une feuille de route.

1. Sécuriser la gestion et les contrôles

Le rapport de la Cour des comptes sur la protection juridique des majeurs⁸⁹ est particulièrement sévère et alarmant sur les conditions de contrôle des mesures de protection en elles-mêmes et sur le contrôle de la gestion effectuée par les mandataires désignés par les juges. S'il s'est concentré sur les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, ces constats peuvent sans doute être étendus aux mandataires familiaux désignés dont les magistrats et les fonctionnaires de greffe indiquent

87 Colloques organisés par les universités de Caen, de Rennes, de Bordeaux, de Grenoble, par l'EHESP

88 Assises de la protection juridique des majeurs, Interfédération des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, 7 et 8 novembre 2017 ; Colloque d'Arcachon. Affect

89 Cour des Comptes. « La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante », septembre 2016

que la gestion peut aussi être défaillante. Actuellement, les tuteurs et les curateurs désignés dans le cadre d'une mesure de curatelle renforcée sont tenus d'établir un inventaire dans les conditions des articles 503 du code civil et 1253 du code de procédure civile, quel que soit le mode d'exercice de la mesure. Les mandataires professionnels doivent en plus formaliser, au début de la mesure, deux documents qui conditionneront largement sa gestion de la mesure : le budget prévisionnel de la personne protégée et le document individuel de protection du majeur (DIPM).

Plusieurs défaillances importantes ont été relevées par la Cour des comptes dans l'établissement, la transmission et le contrôle de ces documents essentiels. La Cour souligne que cela tient notamment au fait qu'aucun texte de portée nationale n'a été pris pour régler ces aspects ou fournir des orientations. Les circulaires ministérielles existantes, en particulier celle de la Chancellerie de 2009, comportent essentiellement des commentaires sur la loi de 2007.

1.1 L'encadrement de l'inventaire

Aux termes de l'article 503 du code civil, dans les trois mois suivant l'ouverture de la mesure, le tuteur ou le curateur d'une curatelle renforcée doit faire procéder à l'inventaire des biens de la personne protégée, y compris les biens immobiliers, et le transmettre au juge. Il doit actualiser cet inventaire au cours de la mesure.

L'inventaire doit contenir une description des « meubles meublants », une estimation des biens immobiliers ainsi que des biens mobiliers dont la valeur excède 1 500 €, la désignation des espèces en numéraire et un état des comptes bancaires, des placements et des autres valeurs mobilières ; il doit être daté et signé par les personnes présentes.

L'inventaire constitue la « clé de voute » de la protection des biens du majeur. Il est le point de départ de la gestion du patrimoine par le tuteur ou le curateur. Il permet au juge de vérifier la pertinence du budget prévisionnel, au directeur des services de greffe judiciaires de vérifier les comptes annuels, et, à la fin de la mesure de protection, au majeur protégé ou à ses héritiers de s'assurer de la bonne gestion et de la sauvegarde de son patrimoine, même si celui-ci est modeste.

En dépit de l'importance cardinale qu'ils revêtent, l'établissement et l'envoi des inventaires s'avèrent particulièrement lacunaires :

- nombre d'associations contrôlées n'ont pas de procédures écrites encadrant les opérations d'inventaire ;
- les inventaires eux-mêmes sont souvent dressés de manière partielle ; si les comptes bancaires et les placements apparaissent, en général, correctement retracés, les inventaires n'incluent pas toujours les biens immobiliers du majeur (cf. infra, p. 71).

L'article 1253 du code de procédure civile dispose quant à lui que les opérations d'inventaire « sont réalisées en présence de la personne protégée, si son état de santé ou son âge le permet, de son avocat le cas échéant, ainsi que, si l'inventaire n'est pas réalisé par un officier public ou ministériel, de deux témoins majeurs qui ne sont pas au service de la personne protégée ni de la personne exerçant la mesure de protection ».

Ils ne sont que très rarement effectués en présence des témoins requis par le code civil, lesquels témoins s'avèrent souvent difficiles à trouver, a fortiori quand la personne protégée est isolée.

La Cour des comptes relève que :

- une proportion très élevée des inventaires dressés (plus de 80 % des dossiers examinés) n'est pas réalisée dans les trois mois qui suivent l'ouverture de la mesure. Or l'inventaire n'a de portée que s'il est effectué à brève échéance après celle-ci ;
- pour l'évaluation des biens, meubles ou immeubles, le recours à un commissaire-priseur est très minoritaire ;
- aucun cas d'actualisation de l'inventaire n'a été constaté.

Elle souligne que le contrôle des inventaires lui-même n'est pas plus satisfaisant en particulier parce que ces documents ne sont que rarement vérifiés par les juges, les directeurs des services du greffe judiciaires ou les greffiers et les anomalies ne sont quasiment jamais sanctionnées. Rares sont les tribunaux qui adressent aux mandataires des remarques ou des relances sur les inventaires transmis ou sur leur absence. Les tribunaux d'instance éprouvent par ailleurs des difficultés pour consulter le fichier des comptes bancaires et assimilés (Ficoba), géré par le ministère des finances pour s'assurer de l'exhaustivité de la liste des comptes bancaires du majeur établie par le tuteur. La Chancellerie n'est elle-même pas en mesure de retracer le nombre des inventaires à recevoir, reçus, vérifiés, des relances, ainsi que des injonctions et amendes infligées ; aucun suivi national ou local n'est effectué. Les inspecteurs des directions départementales de la cohésion sociale, lorsqu'ils contrôlent un mandataire professionnel, l'interrogent généralement sur le respect de ses obligations sans vérifier la présence des pièces dans les dossiers des majeurs.

L'ensemble de ces constats dessine pour la Cour des comptes et pour les membres du groupe de travail une situation très préoccupante. Un inventaire non contrôlé, a fortiori non produit, ou produit en retard, représente un risque considérable pour la préservation du patrimoine du majeur. Le désintérêt très répandu pour les procédures d'inventaire que la Cour a observé ne peut que faciliter les abus.

Il n'existe pas de statistique nationale consolidée sur la valeur du patrimoine des majeurs protégés qui reste

très mal connu. L'enquête réalisée par le pôle évaluation justice, citée en partie I du présent rapport, fournit quelques éléments non exhaustifs d'appréciation à partir des inventaires transmis par les juges.

Tirant les conséquences de ces critiques fortes, le projet de loi de programmation pour la justice, en son article 16, crée une sanction spécifique en cas de défaut de remise de l'inventaire du patrimoine du majeur protégé et du budget à bonne date. Outre l'amende civile que le juge des tutelles peut prononcer après une injonction restée sans effet⁹⁰, ce dernier pourra désigner un technicien pour réaliser l'inventaire, aux frais du tuteur, car la connaissance du patrimoine du majeur protégé dès l'ouverture de la mesure est une garantie pour sa protection future.

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs soulignent tous les difficultés rencontrées en pratique pour établir l'inventaire demandé dans le délai prescrit de 3 mois, tout en reconnaissant l'importance fondamentale de ce document. Ils font observer que la sanction imposée par le projet de loi est particulièrement sévère à leur égard puisqu'ils ne sont dans la plupart des cas pas en mesure d'obtenir les renseignements nécessaires à l'établissement d'un document fiable. Si un tel délai devait être maintenu, il serait selon eux impératif de fixer des délais de réponse obligatoire aux professionnels (banques, notaires, services des impôts), les mandataires ne pouvant être tenus pour responsables de toutes les lenteurs du système. Ils demandent en outre de leur permettre l'accès à Ficovie pour qu'ils puissent avoir connaissance de l'existence de contrats d'assurance vie.

Les huissiers de justice et commissaires priseurs pour leur part indiquent par leurs représentants que, dans l'établissement de l'inventaire, il convient sans doute de distinguer les délais dans lesquels doivent intervenir l'inventaire lui-même et l'évaluation de deux catégories de biens appartenant à la personne protégée : les meubles meublants (dont les bijoux, les œuvres d'art) et les biens immobiliers ou avoirs en compte. Si pour les premiers l'urgence commande qu'un inventaire soit dressé le plus rapidement possible après l'ouverture de la mesure, compte tenu de leur caractère volatile, en revanche les délais peuvent être plus longs pour les autres biens. Ils font des propositions précises conduisant à la désignation par le juge, à l'ouverture de la mesure, d'un officier ministériel afin d'inventorier et de priser les meubles meublants, l'inventaire et le cas échéant la prise des autres biens étant laissés à l'initiative du tuteur désigné (contribution en annexe).

La Cour des comptes elle-même avait relevé que seul le recours à un commissaire-priseur ou à un notaire satisfait aux exigences de transparence et de contradictoire qui s'imposent ici, en tous cas pour les patrimoines dont la valeur excéderait un montant à déterminer. Il est par ailleurs nécessaire de prévoir les modalités de financement et de tarification de cette obligation, le groupe de travail étant lui-même très préoccupé comme nombre de personnes auditionnées par la majoration des coûts de la mesure pour la personne protégée elle-même. La présence de deux témoins majeurs, prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article 1253 du code de procédure civile n'est elle-même pas jugée nécessairement gage de fiabilité, de confidentialité et de sécurité par la Cour. Les mandataires professionnels relèvent quant à eux le caractère intrusif de la présence imposée de ces deux témoins, largement excessive au regard de l'objectif recherché d'autant qu'aucun seuil de patrimoine n'est précisé.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il serait judicieux effectivement d'opérer une distinction dans les opérations d'inventaire entre les meubles meublants et les autres biens de la personne protégée et de simplifier le dispositif en supprimant l'obligation d'avoir recours à deux témoins majeurs qui n'apporte pas de plus-value de manière générale et moins encore à l'égard des mandataires professionnels dont il convient de rappeler qu'ils sont assermentés. Il sera rappelé ici que le juge dispose déjà d'outils pour sanctionner un manquement caractérisé des mandataires professionnels ou familiaux puisqu'il peut prononcer une amende civile après une injonction restée sans effet⁹¹.

Par ailleurs, il serait pertinent d'améliorer les conditions de transmission d'informations par voie dématérialisée par Ficoba, Ficovie, les banques et les assurances. Auditionnées lors des travaux de la mission, ces dernières se sont déclarées ouvertes à la poursuite d'une réflexion commune et ont fait des propositions (contribution en annexe).

Dans un souci de simplification, il serait également nécessaire de faire évoluer le document individuel de protection (DIPM)⁹² établi par le mandataire professionnel afin qu'il contienne des informations de gestion patrimoniale et le budget prévisionnel établi avec la personne protégée. L'établissement du budget est l'élément central permettant d'évaluer a priori l'équilibre de la situation financière du majeur et de comparer ensuite les comptes de gestion avec les prévisions. Dans ce but, le délai de 3 mois à compter de la notification du jugement fixé pour la remise de ce document par les man-

90 C. civ., art. 417

91 C. civ., art. 417

92 Casf, art. L 471-8 et D 471-8

dataires professionnels⁹³ doit être élargi car il est trop court pour la mise en place d'une relation de confiance entre la personne protégée et le professionnel. Par ailleurs, dans un souci de cohérence et de lisibilité pour des personnes en situation de vulnérabilité, un document unique pourrait être établi lorsque la personne est usager de plusieurs établissements sociaux et médico-sociaux. Ce DIPM, dont la mise en œuvre est encore balbutiante malgré de réels efforts des mandataires judiciaires et des initiatives heureuses dans certaines régions⁹⁴ dont il est essentiel de capitaliser les acquis en termes de respect des droits des personnes et de concertation avec les acteurs, doit désormais être développé. Il n'est pas aujourd'hui prévu qu'ils soient transmis au juge, ce qui prive ce dernier d'informations très utiles lors de l'examen de requêtes portant sur la vie et les souhaits de la personne protégée. Sa communication doit être rendue obligatoire.

S'agissant des mandataires familiaux, il est indispensable de prévoir un financement pérenne de l'ISTF afin de mieux les soutenir dans l'établissement de l'inventaire et, de manière générale, dans l'établissement des comptes-rendus au juge.

Propositions

- Obligation de faire établir par un officier public ou ministériel, dans le délai de 3 mois de l'ouverture de la mesure de protection, un inventaire provisoire des meubles meublants dans des conditions, notamment de coût, fixées par décret (n°54).
- Obligation pour le mandataire désigné par le juge de procéder ou de faire procéder à un inventaire dans un délai maximal de 6 mois, en présence du subrogé ou des autres organes de la mesure s'il en a été nommé, des biens autres que les meubles meublants dans des conditions, notamment de coût, fixées par décret (n°55).
- Prévoir que cet inventaire des biens autres que les meubles meublants pourra figurer dans le document individuel de protection ou lui être annexé (n°56).
- Prévoir que le DIPM devra comprendre l'établissement du budget prévisionnel par le mandataire et la personne protégée et un compte-rendu de l'ensemble des opérations financière avec une synthèse présentant l'évolution du patrimoine (n°57).
- Fixer à 6 mois maximum à compter de la notification de la décision du juge ordonnant la protection le délai de remise du DIPM par le mandataire professionnel (Casf, art. D 471-8-V à modifier), (n°58).
- Établir un document individuel unique de protection lorsque la personne est usager de plusieurs ESMS (n° 59).
- Unifier le DIPM et l'intégrer au rapport de diligence de l'article 463 du code civil afin de rendre obligatoire sa transmission et ses actualisations annuelles au juge (n° 60).
- Supprimer la mention relative à la présence de deux témoins majeurs dans l'alinéa 1^{er} de l'article 1253 du code de procédure civile (n° 61).
- Soutenir les familles dans l'établissement de l'inventaire et des comptes rendus au juge en prévoyant un financement pérenne de l'ISTF (n° 62).

1.2. Le renforcement des contrôles.

Le rapport précité de la Cour des comptes relève que les comptes rendus établis par les mandataires, professionnels sont de qualité variable : nombre d'entre eux ne présentent pas la situation sociale et l'environnement de l'intéressé, n'ont pas de tableau de synthèse des

93 Casf, art. D 471-8-V

94 DRJSCS Paca

mouvements intervenus sur les comptes bancaires du majeur, comportent des copies incomplètes des relevés du compte courant du majeur (« compte de fonctionnement ») ou de ses autres comptes, ne font pas la synthèse annuelle des actifs du majeur et de ses ressources et dépenses par grands postes, pourtant nécessaire pour vérifier l'absence de disproportion manifeste dans les dépenses ; des items de dépenses sont très globaux. Ces constats sont également applicables aux comptes rendus établis par des mandataires familiaux.

Beaucoup de comptes rendus ne comportent pas les justificatifs des placements financiers effectués ou la copie des ordonnances du juge qui les ont autorisés, la justification du calcul de la participation financière du majeur pour les mesures exercées par des professionnels, les justificatifs de ventes et successions, les factures des principales dépenses, notamment des dépenses occasionnelles, nécessaires au contrôle sur la dépense. Des soldes de début d'exercice sont omis.

De nombreux mandataires, familiaux ou professionnels toutes catégories confondues, adressent tardivement les comptes rendus au greffe, voire ne les produisent pas. Ceci conduit fréquemment le juge à n'examiner des demandes d'autorisations que lorsque le compte des années précédentes lui est transmis.

Le plus souvent, il n'existe pas de procédures formalisées de suivi par le mandataire de l'état du patrimoine immobilier du majeur, que celui-ci l'occupe ou non. Dans les faits, le mandataire agit très souvent au coup par coup, au gré de sa diligence et de manière très empirique. Le choix des professionnels qui effectuent les travaux fait rarement suite à une réflexion de la part du mandataire.

La Cour des comptes a constaté à cet égard de fréquentes difficultés dans le suivi des biens immobiliers : manque d'intérêt et négligence par le mandataire, en particulier pour les biens inoccupés, qui peuvent être laissés à l'abandon ou au contraire remise à neuf par les mandataires familiaux sur les seuls fonds du majeur protégé, qui n'est parfois qu'usufruitier.

Le contrôle par le juge des tutelles, chargé d'une surveillance générale des mesures de protection dans son ressort⁹⁵, ou par les greffes qui l'assistent dans cette tâche, n'est pas véritablement documenté. Le ministère de la Justice ne dispose en effet d'aucune donnée statistique fiable sur l'application de cette obligation, pas plus d'ailleurs que sur la surveillance générale concrète qu'assure en principe le procureur de la République, notamment dans les liens qu'il peut faire avec le traitement des situations de maltraitance, en particulier finan-

cière. De manière générale, il n'y a actuellement aucune garantie dans la désignation d'un mandataire par le juge. Il est donc opportun de prévoir à tout le moins la vérification systématique du casier judiciaire de tout candidat à l'exercice d'une mesure de protection.

Le contrôle administratif exercé par le préfet de département sur l'activité des mandataires professionnels⁹⁶ et son articulation avec le pouvoir de surveillance générale confié au juge des tutelles et au procureur n'est pas réglée par les textes. Les procédures d'autorisation et d'agrément préalables à l'exercice professionnel des mandataires professionnels, comme l'information du préfet sur les recrutements les contrôles sont très variables suivant les départements et si les DDCS doivent tenir compte des besoins définis par le schéma régional de la protection juridique des majeurs arrêté par le préfet de région et élaboré par la direction régionale en charge de la cohésion sociale, les collaborations et les échanges dans la durée sont aléatoires.

Le contrôle de l'activité des mandataires judiciaires figure depuis 2013 parmi les « orientations nationales prioritaires » de l'inspection-contrôle dans le champ de la cohésion sociale. La DGCS a lancé un programme pluriannuel d'inspection (2013-2017) élaboré et piloté au niveau régional par les DRJSCS et réalisé par les directions départementales. Ces inspections visent notamment à s'assurer du respect par les mandataires des nouvelles exigences prévues par la loi de 2007 (individualisation de la prise en charge, information, recueil du consentement, conservation du cadre de vie de la personne), à repérer les risques en matière de santé, de sécurité, ou de bien-être physique ou moral, à prévenir les risques de maltraitance. Des lacunes dans la méthodologie du ministère des affaires sociales ont été relevées par la Cour des comptes malgré l'existence de guides rédigés à l'intention des inspecteurs départementaux, et d'initiatives prises par quelques directions régionales telle la direction régionale d'Île-de-France. Des travaux communs entre les ministères concernés et les acteurs sont donc à impulser, à la fois pour préciser la compétence des inspections sur l'« activité » des mandataires⁹⁷, terme imprécis qui autorise plusieurs interprétations et pour envisager des rapprochements tout à fait nécessaires entre les contrôles judiciaires et administratifs.

Au regard du contrôle de l'activité même, les mandataires professionnels font unanimement part de leur inquiétude sur le périmètre des contrôles administratifs, estimant qu'ils n'ont pas à s'immiscer dans la gestion des mandats et à interférer avec le pouvoir de surveillance

95 C. civ., art. 416

96 10 Casf, art. L. 472-10

97 Casf, art. L. 472-10

judiciaire auquel ils sont soumis. Ils déplorent en outre ne pas avoir connaissance du champ de contrôle des inspecteurs départementaux, ce qui est problématique au regard du respect des droits des contrôlés.

Le ministère des affaires sociales a indiqué à la Cour des comptes que des travaux étaient en cours pour compléter cette méthodologie (analyse des risques, encadrement des contrôles). Effectivement, le groupe national « Gestion des risques mandataires » a rendu ses conclusions et propositions et il est désormais important d'en tirer effectivement les enseignements dans un cadre élargi. Les orientations générales d'inspections-contrôles pour l'année 2018 (ONIC) ont également tenu compte des observations. Dans le cadre de la collégialité des directeurs en région, les priorités nationales inscrites dans l'instruction qui les accompagne doivent faire l'objet d'une déclinaison territoriale au sein d'un plan régional et interdépartemental d'inspection, contrôle et évaluation (PRIICE) qui s'appuie notamment sur une analyse des risques à l'échelle de la région. La majorité des instructions nationales s'inscrit dans une démarche pluriannuelle qui doit permettre d'exercer la mission ICE sur l'ensemble du territoire régional et pour un échantillon représentatif des différents types de structures concernées en ayant une approche globale. L'ensemble des fonctionnalités des systèmes d'information dédiés doit être mobilisé. D'autre part, 8 régions (Bourgogne Franche-Comté, Corse, Ile-de-France - DRIHL, Guyane, Mayotte, Normandie, Occitanie, Provence Alpes Côte d'Azur) expérimentent une ONIC relative à l'effectivité des droits des personnes accueillies dans les structures d'hébergement quel que soit le statut de la structure (ESSMS ou non). Il s'agit notamment de définir son champ précis et d'établir le référentiel juridique applicable en fonction du statut de la structure. Les résultats de cette expérimentation doivent être présentés à la commission de programmation ICE qui décidera de l'opportunité de son déploiement national en 2019 et de l'ajustement des outils expérimentés.

Le programme national s'était donné pour objectif le contrôle de l'ensemble des mandataires professionnels, soit les 351 services tutélaires recensés en 2013, les 1 697 mandataires individuels et les 674 préposés d'établissement, pour la fin de l'année 2017, en inspectant en priorité les services (contrôles à effectuer avant 2015 sauf pour les 10 départements comptant plus de 5 services), en tenant compte de la situation locale et des moyens disponibles.

Le bilan statistique est le suivant pour l'année 2013 : la DGCS a dénombré 42 services contrôlés pour un objectif de 62 services, 58 mandataires individuels sur un objectif de 102 et 4 contrôles de préposés sur 8 prévus, soit 104 contrôles sur 172 contrôles prévus (60 %) et sur

2 722 organismes au total (4 %). Ces contrôles ont débouché sur 26 lettres d'observation, soit 25 % des mandataires contrôlés, 8 mises en demeure, un retrait d'habilitation définitive et deux saisines du parquet. En 2016, 199 contrôles ont été réalisés, soit 35 services mandataires, 156 mandataires individuels et 8 préposés. Au total, entre 2013 et 2016, sur un nombre total de mandataires judiciaires à la hausse (de 2722 à 2954), ce sont 584 contrôles réalisés, soit 20 % de l'effectif total (dont 51 % services mandataires, 19 % de mandataires individuels et 6 % de préposés).

Le bilan national disponible de 2014 donne quelques informations sur les suites données aux inspections. Les suites ont été à 98 % administratives, les suites judiciaires représentant 2 %. Les suites administratives étaient en majorité des lettres d'observations. En 2016, 90 lettres d'observations ont été adressées, 42 mises en demeure-injonctions, 6 retraits d'habilitation et 4 saisines du parquet ont été effectuées.

L'examen du compte de gestion par les directeurs des services de greffe judiciaires des tribunaux d'instance lors de la vérification en principe annuelle qu'ils doivent effectuer⁹⁸, est lui aussi très variable suivant les juridictions. Aucun texte de niveau national ne définit ni même ne mentionne ce qui pourrait tenir lieu de « politique de vérification » des comptes. De fait, à quelques exceptions près, les greffes n'utilisent pas de méthodologie rigoureuse de contrôle et les modes opératoires peuvent varier au sein d'un tribunal. Quelques directeurs de greffe examinent s'il existe des dépenses « manifestement disproportionnées » et si les pièces justificatives sont transmises, mais la plupart se contentent de vérifier l'évolution du solde du ou des comptes bancaires et l'absence de solde négatif. La situation est effectivement alarmante et gravement préjudiciable aux personnes protégées comme aux mandataires professionnels et familiaux, ainsi que l'a relevé la Cour des comptes.

Tirant les conséquences des critiques constantes, réitérées également par le Défenseur des Droits dans son rapport du mois de septembre 2016, l'article 16 du projet de loi de programmation pour la justice modifie les modalités de la vérification et de l'approbation des comptes de gestion des tuteurs, curateurs et mandataires spéciaux désignés dans le cadre d'une sauvegarde de justice lorsque leur mission s'étend à la gestion des biens du majeur protégé. Afin d'assurer l'effectivité du contrôle des comptes de gestion, le contrôle interne par les organes de protection (tuteur et subrogé tuteur par exemple) devient le principe, lorsque plusieurs personnes sont désignées. À défaut de ce contrôle interne, il est prévu un contrôle par des professionnels du chiffre ou du droit. En outre, la possibilité de dispense de vérification des comptes est élargie aux mesures confiées

98 C. civ., art. 511

à des professionnels lorsque les conditions le permettent, notamment en cas de patrimoine impécunieux ou d'affectation de la totalité des liquidités aux frais d'hébergement. En revanche, l'obligation pour les tuteurs professionnels d'établir des comptes annuels est maintenue, afin de permettre l'exercice par le juge de son pouvoir de surveillance et de contrôle à tout moment, puisque sa responsabilité sans faute demeure engagée de ce fait, aux côtés de la responsabilité professionnelle, voire pénale, de la personne chargée du contrôle.

Les membres du groupe de travail et les auditions ont relevé, à la différence de la Cour des comptes, que la question des moyens alloués à la protection juridique des majeurs est centrale et déterminante et tout particulièrement sur la question des contrôles. Les directeurs de greffe d'instance, par leur association, ont rappelé qu'ils sont très sensibles aux difficultés des publics les plus fragiles qu'ils rencontrent au quotidien et qu'ils ont réfléchi aux solutions au regard de cette mission chronophage. Ils estiment tous, comme les magistrats et fonctionnaires des tribunaux d'instance, que les moyens n'ont jamais été à la hauteur, et ce depuis bien avant le transfert de compétence aux greffiers en chef en 1995. Si la loi de 2007 a permis de prévoir des relais ou des assistances à ce contrôle, notamment par la désignation de subrogés, le recours à des techniciens ou à l'assistance d'un huissier de justice, et si des pratiques encourageantes se sont développées d'initiative sur plusieurs territoires (Promaje, KPMG...), le nombre de comptes à vérifier chaque année rend la tâche impossible pour les seuls fonctionnaires de justice et les magistrats.

L'étude d'impact jointe aux dispositions envisagées par le projet de loi de programmation de la justice se fixe un objectif partagé par le groupe de travail : « prémunir toutes les personnes vulnérables contre une dilapidation de leurs biens⁹⁹ ».

La composition des patrimoines telle qu'elle résulte de l'enquête du pôle évaluation du ministère de la Justice précédemment citée¹⁰⁰ d'après les inventaires fournis, montre que la moitié des biens dont la gestion est confiée à la famille a une valeur estimée à plus de 177 500 euros contre 140 000 euros quand la gestion est confiée à un professionnel.

Les membres du groupe de travail ont tous souligné l'importance du maintien d'un contrôle judiciaire, le contrôle des comptes ayant une incidence directe sur la vérification du respect concret des droits des personnes dans l'exercice même des mesures. Gérer les finances et le patrimoine d'une personne protégée, établir son budget, programmer les dépenses et payer les charges et les dettes n'est pas seulement un exercice

purement technique et comptable. La vérification et le contrôle sont donc des missions qui doivent demeurer sous le contrôle du juge judiciaire, garant de la liberté individuelle, assisté de son greffe (directeur de service de greffe ou greffier). Les greffiers ont eux-mêmes insisté pour expliquer l'importance de leur rôle aux côtés des magistrats, en particulier à l'égard des publics les plus fragiles. Les membres du groupe ont très majoritairement exprimé leur opposition à une externalisation systématique des contrôles, et notamment du contrôle des comptes de gestion. Ils ont également souhaité que les comptes établis par les mandataires professionnels demeurent soumis au contrôle du juge sans possibilité de dispense, celle-ci ne devant intervenir que dans les conditions de l'actuel article 513 du code civil. Rappelant le projet du ministère de la Justice de transférer cette compétence à des agents du ministère des finances, ils ont regretté l'impossibilité de parvenir à une solution interne aux services publics.

Le groupe de travail s'est en outre montré très réservé sur la rédaction de l'article 513 du code civil telle que figurant dans le projet de loi consistant à permettre au juge de dispenser le tuteur familial d'établir le compte de gestion. Il a souligné que les risques de gestion défaillante et/ou négligente de l'organe de protection non professionnel sont réels. Les mandataires professionnels ont souligné qu'ils sont souvent désignés après des interventions familiales et découvrent alors des situations d'impayés de plusieurs mois voire années (établissements non payés, non versements à l'aide sociale, par exemple, droits non ouverts).

Des propositions peuvent être faites, tenant compte de ces différents impératifs et d'une volonté affirmée par les membres du groupe de ne pas alourdir la charge financière des personnes protégées et de leurs familles et de conduire une réflexion plus poussée sur la mise en place de méthodes permettant d'améliorer et de sécuriser les contrôles. Les mandataires professionnels eux-mêmes ont fait part des expérimentations de contrôles entre pairs mis en place d'initiative, notamment par la FNMJI. L'association des directeurs de greffes de tribunaux d'instance (ADIRTI), sans se prononcer sur le maintien ou non des contrôles aux directeurs de greffe, a elle-même fait des propositions pour améliorer sensiblement le contrôle et remplir les objectifs principaux fixés au greffe :

- uniformiser et modéliser les imprimés de compte-rendu de gestion en format Cerfa pour que les mandataires professionnels et les familles disposent de ce document unique avec une liste de justificatifs clairs, précis et identiques pour toutes les juridictions, au

99 Étude d'impact, p. 131

100 Rapport, Partie I

moins dans un premier temps pour un contrôle formel et rapide. Pour les professionnels, ce document pourrait utilement être intégré dans le DIPM, indépendamment de l'externalisation du contrôle des comptes. Cela aurait pour avantage de permettre un réel contrôle du juge sur les actes effectués pour le compte de la personne protégée et donc sur les conditions d'exercice de la mesure, que le seul contrôle des comptes, effectué aujourd'hui par le directeur de greffe, ne permet pas d'apprécier. Le greffier pourrait ensuite solliciter d'autres pièces s'il l'estime nécessaire à sa compréhension. Ce Cerfa devra être synthétique, facile à lire et à comprendre et devra être remis automatiquement avec le jugement, le cas échéant par envoi dématérialisé ;

- dématérialiser la transmission des documents. La situation est en effet très tendue dans les greffes, dont les armoires débordent, la quantité et la largeur des dossiers au bout de quelques années rendant leur simple conservation, puis leur traitement plus que délicat (surtout dans des juridictions fusionnées). Le coût en armoires, étagères, papier et dossiers suspendus est nécessairement très important tout comme le coût en temps de travail des personnels pour le classement des retours des inventaires et des comptes. Le portail des majeurs protégés envisagé en 2007 avec le concours de la caisse des dépôts et consignations pourrait utilement être réactivé et déployé dans un objectif de dématérialisation des comptes de gestion, à tout le moins pour ceux des mandataires professionnels. Ce portail est actuellement seulement une interface informative et n'a pas les fonctionnalités qui avaient été débattues à l'époque : dématérialisation, dialogue avec les mandataires professionnels puis les familles, uniformisation et dépôt des requêtes...

L'ADIRTI a ajouté qu'à travers le contrôle purement financier lié aux dysfonctionnements dans la gestion patrimoniale, il n'était pas rare de mettre à jour des maltraitances sur la personne même des majeurs protégés et a attiré l'attention du groupe de travail sur la nécessité de renforcer les sanctions envers les familles et les mandataires indéliques ou malveillants.

Propositions

- Vérifier systématiquement le casier judiciaire de tout candidat à l'exercice d'une mesure de protection (n°63).
- Instaurer un contrôle obligatoire par une personne qualifiée, dont la liste est fixée par décret, désignée par le juge pour vérifier et approuver les comptes chaque fois qu'un subrogé n'a pas été désigné ou qu'un co-exercice de la mesure n'a pas été prévu et chaque fois que d'une part, le patrimoine de la personne protégée le justifie et que, d'autre part, ses ressources lui permettent d'en régler le coût. Un barème fixant le coût de cette procédure de vérification devra être alors fixé (n°64).
- Maintenir un contrôle judiciaire des comptes pour les personnes protégées n'ayant que de faibles ressources et peu de patrimoine, sur la base de seuils définis par décret, chaque fois qu'il n'aura été possible ni de dispenser la famille de rendre des comptes ni de trouver dans l'entourage proche une personne susceptible d'exercer cette mission de contrôle. Celle-ci pourrait alors être exercée par le greffe à charge pour ce dernier de soumettre au juge des tutelles les situations problématiques (option 1) ou par le juge (option 2), (n°65)
- Prévoir la transmission au greffe d'informations par voie dématérialisée par les banques et les assurances (n°66).
- Établir des documents unifiés de présentation des comptes, avec une liste de justificatifs, clairs, précis et identiques pour toutes les juridictions (n°67).
- Engager le processus de dématérialisation des documents et réactiver le portail des majeurs protégés engagé en 2007 avec le concours de la caisse des dépôts et consignations (n°68).
- Capitaliser les initiatives de contrôles entre pairs mis en place par les MJPM (FNMJI en particulier) (n°69).
- Coordonner les contrôles d'ordre judiciaire et d'ordre administratif (n°70).
- Former les contrôleurs aux spécificités du secteur de la PJM et organiser les échanges en amont de chaque contrôle avec les juges concernés (n°71).
- Intégrer la logique constructive des schémas régionaux dans les plans de contrôle et impliquer le(s) magistrat(s) délégué(s) à la cour d'appel pour que l'enjeu du contrôle se situe non seulement dans une dynamique de repérage des risques ou des dysfonctionnements, mais aussi des bonnes pratiques à promouvoir (n°72).

2. Reconnaître le métier, le statut et les exigences de la formation des mandataires

Le secteur de la protection des majeurs est complexe et ne peut être réduit au seul domaine de la protection judiciaire. Il peut être intrusif et interpelle l'ensemble des domaines de l'accompagnement des personnes particulièrement vulnérables du fait des altérations de leurs facultés personnelles. Ces personnes rencontrent toutes sortes de difficultés sociales, médico-sociales, sanitaires, souvent cumulées. C'est donc une politique publique qui doit être affirmée en ce qu'elle constitue un maillon essentiel du contrat social. Les professionnels désignés par le juge en qualité de mandataires judiciaires à la protection des majeurs y ont une place particulièrement importante qu'il est devenu urgent de reconnaître.

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont actuellement mis en forte tension par les charges administratives très lourdes générées par les mandats judiciaires qui leur sont confiés et par les procédures administratives auxquelles ils sont soumis. Le modèle économique actuel s'est dégradé et la réduction de la qualité de service aux personnes du fait de l'insuffisance des moyens disponibles et du désengagement de nombreux acteurs de première ligne est une réalité vérifiée, malgré les efforts de chacun.

2.1. L'indispensable reconnaissance de la spécificité du métier et d'un statut identifié.

Identifier le métier et reconnaître un statut faisait sans ambiguïté partie intégrante de la lettre de mission interministérielle. Le groupe de travail s'y est attaché afin de permettre des avancées qui, désormais, sont indispensables pour permettre aux acteurs et aux personnes elles-mêmes d'avoir une visibilité sur des missions essentielles, professionnalisées par la loi du 5 mars 2007, mais encore insuffisamment encadrées.

2.1.1 Le métier de mandataire judiciaire à la protection des majeurs

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a rénové l'ensemble des dispositifs de protection des personnes vulnérables. À l'occasion de cette réforme, le législateur a voulu professionnaliser l'activité des intervenants tutélaires, mandataires judiciaires à la protection des majeurs et délégués aux prestations familiales.

Trois nouveaux certificats nationaux de compétence (CNC) ont été créés, chacun d'entre eux nécessitant le suivi et la validation d'une formation théorique (180 à 300h) et d'une formation pratique (350h), dont le référentiel est fixé par l'arrêté du 2 janvier 2009 relatif à la formation complémentaire préparant aux certificats

nationaux de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de délégué aux prestations familiales :

- le CNC mandataire judiciaire à la protection des majeurs, mention MJPM « mesure judiciaire à la protection des majeurs » ;
- le CNC mandataire judiciaire à la protection des majeurs, mention MAJ « mesure d'accompagnement judiciaire » ;
- le CNC délégué aux prestations familiales, mention MJAGBF « mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial ».

La formation est délivrée par des opérateurs de formation agréés par l'État (préfet de région) et le CNC est délivré par ces mêmes opérateurs de formation, au nom de l'État. Le CNC n'est pas enregistré au répertoire national des certifications professionnelles (RNCP).

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs tiennent à souligner que le manque de reconnaissance de leur profession est préjudiciable à l'ensemble du dispositif dont les enjeux sociétaux sont considérables, et par conséquent aux personnes accompagnées. Le système légal de protection, lui-même, est souvent considéré comme abusif et assimilé à une sanction. Ce métier requiert de larges champs de compétences et des qualités humaines indéniables. Il permet de mettre en œuvre des décisions de justice, dans des phases de vie difficiles, avec une forte pression sociale. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont des professionnels de terrain, au carrefour du judiciaire et de l'action sociale, qui ne cessent d'évoluer pour que la théorie du droit prenne tout son sens et devienne une réalité.

Le travail sur les activités clés des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (Informer – Évaluer – Sécuriser des actes – Rendre compte) du Groupe de travail « éthique et déontologie », en cours à la DGCS, permet de réaffirmer que le mandataire judiciaire professionnel exerce bien un métier spécifique, différent des autres professionnels. Désigné par un juge judiciaire, il assiste ou représente la personne protégée en valorisant l'expression de son consentement, en l'aidant à faire valoir ses droits et libertés.

L'ensemble des acteurs et services de la protection des personnes (auxiliaires de vie, éducateurs, MJPM, SAMSAH, SAVS, etc.) concourent à la même finalité, celle d'aider les personnes en situation de vulnérabilité. Ils partagent ainsi certains outils, certains réseaux professionnels et répondent des grands principes constitutifs de l'action sociale et médico-sociale (articles L. 116-1 et L. 311-1 du CASF). Mais alors même qu'ils participent à des missions d'intérêt général et d'utilité sociale énoncées par le législateur, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs exercent une protection juridique dans le cadre d'un mandat judiciaire qui s'impose à la personne et à son entourage comme au mandataire lui-même.

Cette action particulière, qui requiert des compétences juridiques et de gestion mais aussi dans le champ de l'action sociale a régulièrement pour conséquence des gains d'autonomie chez les personnes protégées :

- gestion plus régulée de l'argent, plus grande projection temporelle dans les dépenses
- remobilisation autour de démarches à accomplir, reprise de confiance
- meilleure connaissance des contraintes de l'environnement et de la situation, et de leurs potentialités, acquisition de certains principes de réalité. Et c'est ainsi que l'action du mandataire judiciaire à la protection des majeurs peut produire des effets comparables à ceux recherchés en matière d'accompagnement social ;
- apurement de la situation financière.

Si le mandataire judiciaire à la protection des majeurs utilise souvent des techniques empruntées au travail social pour exécuter ses missions : l'information de la personne, l'écoute active, l'analyse systémique, l'élaboration méthodique d'un diagnostic social..., cette forme d'accompagnement de la personne dans la protection juridique des majeurs est une modalité d'exercice des mesures de protection, tandis que dans l'action sociale l'accompagnement est l'objet même de la mission.

En ce sens, le métier exercé par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, quel que soit son mode d'exercice¹⁰¹ ne peut pas être assimilé à un métier entrant uniquement dans la catégorie du travail social. Si les professionnels ne se qualifient pas tous d'auxiliaires de justice, ils expriment et exercent de fait un métier très spécifique qu'il est désormais temps, presque dix années après l'entrée en vigueur de la loi de reconnaître effectivement par une inscription spécifique au RNCP et par un statut clair qui constituera autant de garanties pour les personnes elles-mêmes et pour l'ensemble du dispositif.

2.1.2. Le statut des mandataires judiciaires à la protection des majeurs

La lettre de mission a invité le groupe de travail à renforcer le statut et le rôle des mandataires judiciaires à la protection des majeurs tant il dépend de la qualité de ces règles de droit que la protection des majeurs soit effective. Plusieurs axes ont été travaillés, et doivent l'être encore plus longuement que le temps imparti aux travaux du groupe de travail ne l'ont permis, en envisageant ceux qui concernent tous les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et ceux qui sont propres à certains d'entre eux.

Le principe de nécessité et ses corollaires, la subsidiarité et la proportionnalité, sont souvent présentés comme les principes directeurs du droit des majeurs protégés. Le principe de probité ne l'est pas moins, comme l'a souligné la contribution du professeur Raoul-Cormeil. En effet, quelle serait l'efficacité d'un régime de protection si le tiers que le juge habilite pour l'assister voire la représenter dans les actes importants de sa vie civile n'était pas soumis à une probité élémentaire, donc à des règles très claires évitant en particulier les risques de conflits d'intérêts. Dans ce sens, la reconnaissance d'un statut propre précisant les incompatibilités et les règles d'exercice de la profession est désormais indispensable. Les professionnels eux-mêmes l'appellent de leurs vœux tout comme l'ensemble des acteurs. Le groupe de travail propose de le construire en concertation, dans le cadre de la poursuite d'un travail interministériel qui devra se pencher dans le même temps sur la question des responsabilités, de l'organisation de la profession elle-même, de l'ensemble des contrôles de l'activité des mandataires judiciaires à la protection des majeurs des financements et du pilotage de la protection juridique des majeurs. Il devra notamment s'appuyer sur les travaux actuellement en cours à la DGCS sur le « Référentiel éthique » de la profession, sur les travaux déjà réalisés par le groupe « Gestion des risques mandataires », envisager l'épaisseur donnée à la prestation de serment, définir les actes interdits et organiser l'opposabilité des règles et ses conséquences.

L'effectivité de la protection juridique des majeurs sortirait également renforcée si la continuité du service public de la protection des majeurs était assurée. La suppression des mesures d'État¹⁰² a été significative à cet égard. Néanmoins, la protection des personnes vulnérables demeure, selon l'article 415, alinéa 4, un devoir de la collectivité publique. En témoigne la mission dévolue au Préfet de département de contrôler les mandataires judiciaires à la protection des majeurs lorsque « la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral de la personne protégé est menacé ou compromis par les conditions d'exercice de la mesure de protection ». L'existence d'un service public ne saurait, selon certains auteurs, être mise en doute dès lors que cette mission a pour finalité l'intérêt général et se caractérise par des prérogatives de puissance publique¹⁰³.

Plus récemment, la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 d'adaptation de la société au vieillissement est venue enrichir l'article L. 472-1-1 du Code de l'action sociale et des familles d'une disposition permettant de classer les candidatures à l'agrément des nouveaux mandataires judiciaires à la protection des majeurs exerçant à titre individuel. Outre la qualité de la prise en

101 Salarié d'association, préposé d'établissement ou exerçant à titre individuel

102 J. Massip, « La tutelle d'État », Defrénois 2009, n° 30904, p. 481 à 491

103 En ce sens, Étude de S. Guérard, « Les missions du mandataire judiciaire à la protection des majeurs relèvent-elles d'un service public? », Actes du Colloque de la Faculté de droit de Caen, 19 oct. 2012, Dr. famille, LexisNexis, déc. 2012, étude 15, p.24

charge sont énoncées « la proximité et la continuité de celle-ci¹⁰⁴ ».

C'est dans cette perspective qu'une proposition doit être faite pour éviter une rupture dans la prise en charge par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs exerçant à titre individuel ou par un préposé d'établissement. Contrairement à un service ayant la personnalité morale et la capacité d'embaucher de nombreux salariés, la personne physique qui exerce l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs ne peut se faire remplacer par l'un de ses salariés. La charge de protection juridique qui lui est confiée est personnelle¹⁰⁵, ce qui peut présenter des difficultés sérieuses en cas de longue maladie, de grossesse ou d'empêchement prolongé. Même les vacances annuelles du mandataire judiciaire à la protection sont susceptibles d'être la cause d'une rupture dans la prise en charge

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 a mésestimé les difficultés pratiques auxquelles sont confrontés les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Elle s'en tient au modèle du tuteur ou du curateur familial, comme le montre l'article 514 du code civil qui vise « le tuteur ou ses héritiers ». La proposition vise à octroyer aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs, certifiés, agréés et assermentés, la possibilité de se substituer un tiers sous leur propre responsabilité civile en cas d'indisponibilité, sous la réserve expresse qu'il soit lui-même mandataire judiciaire à la protection des majeurs inscrit dans le même ressort.

L'obligation qui leur serait faite d'informer le juge sans délai permettrait à celui-ci de vérifier qu'ils n'abusent pas de cette prérogative. Le juge serait toujours libre de désigner un autre mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Les sanctions existent déjà et sont nombreuses : remise à l'ordre par le juge, retrait des mandats judiciaires, contrôle de l'administration préfectorale, radiation de la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

Il est par ailleurs essentiel de stabiliser enfin le statut du préposé d'établissement, ainsi que l'a proposé le Défenseur des Droits. Cette catégorie de mandataires remplit une mission essentielle, en proximité immédiate des personnes, et doit être préservée dès lors que de réelles conditions d'indépendance lui sont octroyées et que le nombre de situations qu'il leur est demandé de suivre reste correct, ce qui est de moins en moins le cas. L'ANJ dans sa contribution préconise de renforcer l'obligation pesant sur les établissements de santé ou médico-sociaux (de plus de 80 lits) de désigner en leur sein un mandataire judiciaire à la protection des personnes afin d'éviter que certains d'entre eux, de plus en plus nombreux, se dispensent du respect de cette obligation. Celle-ci pourrait être étendue à toutes les structures hébergeant des personnes âgées, quitte

à ce qu'elle puisse y satisfaire au travers d'une mutualisation avec d'autres établissements proches. Elle souligne que « ce mode d'exercice des mesures est peu coûteux, voire même rentable lorsqu'il permet une sortie plus rapide d'hospitalisation vers une structure mieux adaptée à la personne », permet d'assurer un suivi proche des personnes en établissement et participe au développement de la bientraitance des personnes hébergées.

Effectivement, parmi les modalités de mise en œuvre de l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs rendue obligatoire, la loi du 5 mars 2007 préconise la création de services médico-sociaux dédiés à la protection juridique des majeurs¹⁰⁶ dans les établissements ou dans le cadre de structures de coopération entre établissements. La DGOS¹⁰⁷ et la DGCS ont actuellement des divergences de points de vue qu'il conviendrait de lever, la première estimant qu'un obstacle réglementaire lié à une difficulté comptable puisque la création d'un budget annexe spécifique à un tel service médico-social nécessite des ressources propres que n'assurent pas les modalités de financement actuelles. La possibilité de créer de véritables « services de mandataires judiciaires à la protection judiciaire des majeurs » au sens du code de l'action sociale et des familles offrirait pourtant des gages en termes d'organisation et de continuité dans l'exercice de cette fonction de proximité.

Des expérimentations de groupement de coopération sociale et médico-sociale des établissements médico-sociaux publics girondins (service MJPM EIHP 33) sont un exemple très intéressant d'innovation qu'il conviendrait d'analyser plus avant pour, le cas échéant, le développer. Son rapport d'évaluation interne de janvier-juin 2016 fixant les priorités du service pour les personnes et leurs familles, expliquant les mesures, détaillant les missions du mandataire judiciaire à la protection des majeurs et les 8 engagements, utilisant plusieurs référentiels de l'ANESM¹⁰⁸ et portant création de son propre outil d'évaluation en l'absence d'outil national, démontre l'importance du travail de fond accompli dans cette région, à l'initiative de professionnels engagés. Ses travaux sur la constitution d'une régie dans l'intérêt des personnes hébergées sont également à prendre en compte dans l'objectif de capitaliser les bonnes pratiques.

Compte tenu par ailleurs des exigences de connaissances et des compétences nécessaires à l'obtention du certificat national de compétence ainsi qu'à l'exercice de la fonction de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, la création d'un statut spécifique de mandataire judiciaire dans la fonction publique hospitalière et territoriale, telle que demandée par l'ANMPJM (contribution en annexe), garantirait effectivement une parfaite identification de cette fonction et l'indépendance prévue par les textes.

Il conviendrait dans le même temps d'éclaircir précisément les obligations des préposés d'établissement public,

104 Asf, art. R 472-1, issu du décret n° 2016-1896 du 27 déc. 2016

105 C. civ., art. 452-97 Au sens de l'art. L 312-114° du Casf

106 Au sens de l'art. L 312-114° du Casf

107 Direction Générale de l'Offre de soins (DGOS)

108 Agence Nationale de l'Evaluation et de la qualité des Etablissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM) intégrée depuis le 1er avril 2018 à la Haute Autorité de Santé

qui se voient parfois opposer, par exemple lorsqu'ils envisagent l'ouverture d'un livret ou d'un compte pour la personne protégée, les « règles de la comptabilité publique », ce qui limite l'autonomisation des personnes protégées.

Propositions

- Reconnaître la spécificité du métier de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, qui requiert des compétences juridiques, de gestion et dans le champ de l'action sociale, et l'enregistrer au répertoire national des certifications professionnelles (RNCP). (n° 80).
- Donner aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs, certifiés, agréés et assermentés, la possibilité de se substituer un tiers sous leur propre responsabilité civile en cas d'indisponibilité, sous la réserve expresse qu'il soit lui-même mandataire judiciaire à la protection des majeurs inscrit dans le même ressort (C. civ., art. 452 al.3). (n° 81).
- Créer un statut spécifique de mandataire judiciaire à la protection des majeurs dans la fonction publique hospitalière et territoriale, garant d'une parfaite identification de cette fonction et de l'indépendance prévue par les textes (n° 82).
- Supprimer l'obligation de soumission aux règles de la comptabilité publique pour les mandataires judiciaires à la protection des majeurs préposés d'établissement en subordonnant leur gestion à l'ouverture de comptes à la CDC (C. civ., art. 427 al 3 et 5) ou à partir des comptes bancaires des personnes protégées (n° 83).
- Inclure expressément le financement codifié de l'activité des mandataires judiciaires à la protection des majeurs préposés dans le code de l'action sociale et des familles, afin d'améliorer la lisibilité et le contrôle du dispositif (n° 84).
- Renforcer l'obligation pesant sur les établissements de santé ou médico-sociaux (de plus de 80 lits) de désigner en leur sein un mandataire judiciaire à la protection des personnes afin d'éviter que certains d'entre eux, de plus en plus nombreux, se dispensent du respect de cette obligation. Celle-ci pourrait être étendue à toutes les structures hébergeant des personnes âgées, quitte à ce qu'elle puisse y satisfaire au travers d'une mutualisation avec d'autres établissements proches (n° 85).
- Rendre obligatoire la constitution de régie dans les établissements de santé ou médico-sociaux en s'appuyant sur une délégation du comptable du Trésor, afin de faciliter la remise de l'argent aux personnes protégées y résidant (n° 86).
- Prévoir des règles précises pour neutraliser et interdire clairement les cas d'opposition d'intérêts (n° 87).
- Faire émerger une déontologie et/ou une éthique commune à tous les professionnels MJPM (n° 88).

2.2. Une formation à densifier dans l'ensemble du secteur

L'un des enjeux de la modernisation et de l'amélioration de la protection juridique des personnes les plus vulnérables tient en un renforcement de la formation des acteurs : les mandataires judiciaires bien sûr, mais aussi sans doute professionnels des autres champs, les magistrats et des familles elles-mêmes dans le soutien qui peut leur être apporté. L'un des objectifs est d'assurer une transversalité des savoirs et des expériences, associant les personnes elles-mêmes, afin que l'organisation institutionnelle ne repose plus sur des cadres figés, confisqués par un secteur, mais bien sur un droit partagé, compris et en réel mouvement.

Le temps imparti à nos travaux n'a pas permis d'aller au-delà de la question récurrente de la formation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Le groupe de travail estime qu'elle doit désormais faire l'objet d'arbitrages significatifs et urgents.

2.2.1. Vers la reconnaissance d'un diplôme

La protection d'un majeur est complexe. Elle requiert un ensemble vaste et varié de compétences en matière sociale, juridique, financière et patrimoniale. Or, même si un dispositif national de formation existe depuis 2007, la profession de mandataire n'a, globalement, pas encore atteint le niveau requis pour une protection optimale des majeurs. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les membres du groupe de travail appellent à un renforcement de la formation tant initiale que continue.

Le dispositif national de formation mis en place par la loi de 2007 a prévu que chaque mandataire judiciaire doit obtenir un certificat national de compétences (CNC) afin d'être autorisé à poursuivre son activité¹⁰⁹. Il s'agissait d'encadrer et d'unifier l'accès à l'activité par un acte certifiant une formation. La formation dispensée est organisée autour de quatre grands domaines : droit, gestion, protection des personnes et rôle du mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Le profil des formateurs est fixé par référence au répertoire national des certifications professionnelles, en prévoyant un niveau minimum de compétence (diplôme correspondant au niveau III pour les formateurs ou au niveau II pour le responsable pédagogique de l'équipe) ou une expérience professionnelle minimale (d'au moins trois ans dans une activité ayant un lien avec la matière enseignée ou en tant que mandataire judiciaire à la protection des majeurs pour les formateurs et d'au moins cinq ans pour l'encadrant). Mais il n'existe pas de statistiques nationales relatives à la composition de ces équipes et l'analyse de la qualité de cette formation n'est ainsi pas encore assurée au-delà de ses aspects les plus formels.

¹⁰⁹ Le décret n° 2008-1508 du 30 décembre 2008 précise les conditions d'âge, de formation et d'expérience professionnelle. L'arrêté du 2 janvier 2009 définit de contenu la formation complémentaire préparant aux certificats nationaux de compétence. La circulaire du 23 juin 2010 détaille la formation complémentaire

La loi prévoyait que tous les mandataires exerçant le 1^{er} janvier 2009 devaient obtenir leur CNC, au plus tard le 1^{er} janvier 2012. Cette obligation a été formellement respectée pour 99 % des mandataires individuels s'étant présentés à la formation, 95 % des délégués titulaires et 97 % des préposés en service en 2013. Si la sélectivité de la formation apparaît faible, il convient de relever que le nombre de mandataires individuels a diminué de 42 % entre 2009 et 2012, ce qui laisse accroire que l'obligation de formation a dissuadé de nombreux praticiens en place de se soumettre au CNC.

Par ailleurs, le certificat est délivré sans lien avec les possibilités d'emploi en qualité de mandataire, lesquelles dépendent des besoins identifiés par les schémas régionaux. Il en résulte que si tous les mandataires sont titulaires du CNC, un nombre important de titulaires du CNC ne peuvent pas exercer les fonctions de mandataire. La DGCS n'a pas d'information sur le rapport entre les CNC délivrés et le nombre des mandataires agréés.

La réforme de 2007 a eu pour premier avantage de donner une formation aux personnes qui embrassaient la profession de mandataire, ce qui n'était pas le cas auparavant. Elle a aussi permis de conférer une certaine homogénéité de connaissances aux mandataires. Mais, ainsi que le relève le rapport de la Cour des comptes, le dispositif d'ensemble est critiquable, tant du point de vue de la qualité de la formation dispensée que du contrôle de cette formation par les services de l'État. Le contrôle de la formation dispensée est en effet insuffisant, le ministère des affaires sociales ne tient pas de statistiques et ne détient pas d'information sur la formation au CNC.

Les DRJSCS, qui consacrent pourtant des moyens significatifs (un tiers de leurs effectifs environ) à la formation et à la certification des formations dans les domaines sanitaire, médico-social et sportif, se désintéressent du CNC et ne les contrôlent pas. Pourtant ce certificat revêt une grande importance, en raison des risques inhérents à l'activité de mandataire auprès de personnes vulnérables. Les rapports que les organismes de formation sont censés communiquer aux DRJSCS sur le CNC ne sont pas transmis ou au mieux sont transmis sans être exploités. La Cour n'a eu connaissance que d'un seul exemple de contrôle d'organismes de formation au CNC par une DRJSCS.

La délivrance du CNC est déléguée aux organismes de formation, procédure qui n'appelle pas de critique en elle-même, à condition que l'autorité délégante exerce un contrôle en proportion des responsabilités confiées aux titulaires du certificat. Or, il apparaît que les organismes de formation disposent d'une marge de manœuvre très large et non contrôlée, y compris dans des domaines sensibles comme les équivalences et la dispense de certains modules du CNC, qui représentent un avantage financier pour ceux qui en bénéficient.

Il convient en conséquence que les DRJSCS, dans le cadre de leurs pouvoirs de contrôle des organismes de formation du domaine social et médico-social, s'assurent du bon usage qui est fait de la délégation donnée aux établissements habilités à délivrer le CNC. Les contenus des formations doivent aussi être revus, en s'appuyant sur les retours des organismes de formation et sur les universités. À cette occasion, il sera indispensable d'ancrer la participation des personnes protégées elles-mêmes dans la formation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, dans la poursuite de l'esprit de la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

Au-delà, presque dix années après la mise en œuvre de la loi de 2007, la question du niveau de formation se pose, les professionnels demandant que celle-ci soit désormais sanctionnée par un véritable diplôme national et pas seulement par un certificat national de compétence. Les diplômes d'État (DE) sont des diplômes délivrés par le représentant de l'État (préfet), sur avis d'un jury réuni par l'État et dont la certification des compétences et des connaissances est assurée par l'État selon un référentiel professionnel arrêté par l'État au niveau national. D'un point de vue opérationnel, ce sont les services déconcentrés de l'État en région (DR(D)JSCS) qui assurent la gestion de toutes ces opérations : convocation des candidats, passation des épreuves de certification, convocation des examinateurs et jurys, délivrance des parchemins.

La DGCS a souligné qu'en vertu du code de l'action sociale et des familles, les formations aux diplômes d'État de travail social font l'objet d'un agrément par les régions d'une part et d'un financement par ces mêmes régions, généralement sur la base d'appel à projets ou d'appel d'offre. Ainsi la transformation du CNC en diplôme d'État emporterait de lourdes conséquences pour l'ensemble des acteurs, sans valeur ajoutée identifiée autre que la reconnaissance de la profession et aurait notamment un impact :

- sur les établissements de formation dispensant actuellement la formation qui devraient être agréés par les régions, lesquelles n'ont aucune obligation de le faire (risque de disparition). Les exigences seraient, par ailleurs, renforcées pour les établissements de formation en termes de contenu et d'organisation ;
- sur les étudiants dans la mesure où le DE ne pourrait être que de niveau II (prérequis actuel : être titulaire d'un diplôme de niveau III) ce qui suppose une révision du contenu et l'allongement de la durée de la formation pour atteindre au moins 1100 heures pour une année de formation ;
- sur les régions qui seraient appelées à financer ces formations en formation initiale et que l'État serait probablement amené à compenser ;

- sur les employeurs qui pourraient être réticents à libérer leurs salariés pour une formation longue ;
- sur les DRJSCS qui auraient un nouveau diplôme à gérer alors même que leurs effectifs diminuent ;
- sur l'État qui aurait à supporter la charge financière de l'organisation de la certification (frais de jurys) et la compensation d'une charge nouvelle pour les régions.

Les orientations du gouvernement en matière de formation professionnelle visent notamment à renforcer l'investissement des employeurs dans les compétences de leurs salariés, par une simplification institutionnelle et réglementaire forte et le développement du dialogue social (cf. projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel). Dans ce contexte, les partenaires sociaux réunis en commission professionnelle consultative du travail social et de l'intervention sociale ont décidé, dans le cadre de la ré-ingénierie des diplômes de travail social :

- de ne pas créer de diplômes de niveau III dans les filières du travail social (schéma licence/master/doctorat) à la faveur de la montée des actuels niveaux III en niveau II ;
- de faire reposer la certification sur le contrôle en cours de formation concomitamment à la qualification des établissements de formation ;
- de rapprocher les différents diplômes d'État existants, pour valoriser une culture commune du travail social voire de refondre plusieurs diplômes dans un seul (diplôme d'État d'accompagnant éducatif et social).

Le groupe de travail a pris acte de ces explications, tout en relevant que le métier de mandataire judiciaire à la protection des majeurs n'est précisément pas un métier relevant des filières du travail social. Dans ces conditions, et sous réserve d'expertise plus approfondie de la situation actuelle, du positionnement des organismes de formation, les membres du groupe de travail ont relevé l'inégale qualité conduisant à une disparité forte de formation, en particulier dans les matières juridiques. La réflexion doit se poursuivre. Cependant, la sensibilité et l'importance sociale du métier de mandataire exigeraient que le CNC ne soit pas un simple certificat, mais soit transformé en diplôme d'État sur la nomenclature européenne LMD. Cela contribuerait à rehausser le niveau de formation des mandataires et renforcerait le contrôle de la profession par les services de l'État.

2.2.2. Développer également la formation des collaborateurs, cadres et dirigeants et engager la négociation sur les rémunérations

Il ressort très nettement de l'enquête de la Cour des comptes qu'une formation adéquate devrait également être organisée pour les collaborateurs des mandataires, individuels ou délégués tutélaires. Ces personnels sont

en effet en contact direct avec les majeurs protégés et traitent des informations sensibles qui les concernent. L'attribution du CNC au-delà des besoins en mandataires aboutit en fait aujourd'hui à ce qu'en pratique un nombre croissant de ces collaborateurs en soient titulaires, ce qui peut être jugé positif.

À l'inverse, l'absence de toute obligation de formation pour les dirigeants et les cadres des services tutélaires est critiquable, alors qu'ils représentent la personne morale désignée par le juge ou peuvent exercer une autorité hiérarchique sur les délégués tutélaires.

Le groupe de travail le constate également et entend le souhait largement partagé que soit instituée une obligation de formation continue des mandataires, justifiée notamment par les fréquentes évolutions juridiques qui affectent la protection juridique des majeurs. Il ne peut qu'y souscrire en invitant à poursuivre le débat au-delà du temps qui lui était imparti pour y mettre des contenus. D'autant que le secteur est aujourd'hui fragilisé par les nombreuses critiques développées à son endroit et peine à recruter, ainsi que le soulignent les représentants des services mandataires. Intervenir auprès de personnes souffrant d'altérations parfois très sévères de leurs facultés, qui subissent la mesure et la vivent mal, est un métier complexe. À la croisée du droit, de la gestion et de l'action sociale, ce métier pourtant essentiel reste trop peu attractif et mal connu. Il n'est pas du tout valorisé par la société qui, tout au contraire, le dénigre. Le taux de renouvellement dans les associations est très important, la reconnaissance des mandataires judiciaires à la protection des majeurs-préposés par les directeurs et les professionnels quasi nulle sauf en de rares exceptions et les mandataires professionnels exerçant à titre individuel souffrant aussi de ce manque chronique de reconnaissance. Dans les associations, les hôpitaux et les établissements, la charge de travail est lourde.

D'autant que les rémunérations des salariés mandataires relevant de services mandataires sont faibles, ainsi qu'il a été exposé de manière récurrente au groupe de travail. Elles relèvent actuellement du droit commun de la négociation collective, l'ordonnance du 22 septembre 2017 ayant consacré la branche comme le niveau de négociation prépondérant en matière de salaires et de classifications, un accord d'entreprise ne pouvant lui être moins favorable.

Dans les associations gérant des services mandataires judiciaires à la protection des majeurs, les accords sont donc négociés et conclus entre les représentants des employeurs et des salariés de la branche ou de l'entreprise. La DGCS n'intervient pas dans ces négociations. Elle n'a donc pas compétence, sauf obligation légale prévue par le code du travail, pour influencer leur contenu. Par conséquent, les niveaux de salaire sont fixés par les partenaires de la branche ou, le cas échéant, de l'entreprise. Cependant, les accords conclus par des services

mandataires judiciaires à la protection des majeurs n'entrent en vigueur qu'à condition d'avoir été agréés. Cette particularité découle des dispositions de l'article L.314-6 du code de l'action sociale et des familles (CASF) applicables à l'ensemble des établissements sociaux et médico-sociaux dont les dépenses de fonctionnement sont supportées par des budgets publics.

Toute évolution du niveau de formation, que le groupe de travail dans son ensemble appelle de ses vœux dans le sens d'une reconnaissance effective d'un diplôme national, se traduira nécessairement par une révision des conventions collectives de travail applicables aux services tutélaires et en particulier de la convention collective du 15 mars 1966 des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées (CCN 66) à laquelle les services mandataires ont été intégrés en 2002.

Même si le contexte budgétaire est contraint, les représentants des services mandataires soulignent qu'il est vain d'espérer attirer et retenir des professionnels formés, motivés et disponibles envers la personne vulnérable, ses proches et les professionnels si une revalorisation salariale n'est pas engagée. Une réflexion urgente s'impose donc.

Propositions

- Créer un diplôme (sur la nomenclature européenne LMD) de mandataire judiciaire à la protection des majeurs pour permettre une véritable reconnaissance de la spécificité de ce métier, assurer un enregistrement de droit dans le répertoire National des certifications professionnels (RNCP) et entraîner une reconnaissance spécifique au sein des conventions collectives (n° 73).
- Réformer les contenus du certificat national de compétences ou d'un diplôme spécifique aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs qui doivent impérativement comporter un socle juridique ainsi que des volets de gestion et relatif à l'intervention sociale (n° 74).
- Renforcer la formation continue en la rendant obligatoire (n° 75).
- Ancrer la participation des personnes protégées elles-mêmes dans la formation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, dans la poursuite de l'esprit de la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale (n° 76).
- Revoir les habilitations des établissements habilités à délivrer le CNC ou diplôme (n° 77).
- Soutenir le processus de négociation des accords à intervenir sur la question de leur rémunération des mandataires judiciaires salariés de service mandataires, notamment dans le cadre de la négociation de la CC66 (n° 78).
- Soutenir la formation des familles et des aidants (n° 79).

3. Mobiliser tous les acteurs dans le cadre d'une véritable politique publique

La diversité territoriale dans laquelle s'inscrivent les politiques de l'autonomie et de la protection juridique des majeurs est sans doute géographique, démographique, socio-économique, dans l'accès aux services et aux équipements, notamment sanitaires et médico-sociaux. Elle s'inscrit dans le temps des territoires et de la construction de l'offre médico-sociale mais elle exige aussi l'égalité et l'équité de traitement quel que soit le territoire de vie. Construire des réponses plus cohérentes et mieux articulées et trouver des solutions d'accompagnement qui répondent aux besoins et aux attentes des personnes et assurent une continuité de leur parcours dans la dynamique de la « réponse accompagnée pour tous » implique de dépasser la stricte logique médico-sociale et de mailler les ressources sur les territoires et de coordonner les interventions sanitaire, médico-sociale et judiciaire en prenant en compte aussi les droits des personnes et le cadre juridique dans lequel elles peuvent voir leurs capacités soutenues.

La construction de logiques différentes suppose des organisations plus transversales, en collaboration avec les agences régionales de santé (ARS), les départements et la CNSA mais aussi avec les représentants de l'autorité judiciaire. Dans ce sens, il est aujourd'hui essentiel de renforcer le rôle du magistrat délégué à la protection des majeurs, magistrat de cour d'appel, qui doit pouvoir devenir l'interlocuteur privilégié non seulement des magistrats de son ressort chargés de la protection juridique des personnes et des mandataires judiciaires professionnels, mais encore de tous les acteurs institutionnels avec une mission claire de coordination. Ce magistrat, encore trop mal identifié sur le terrain, doit devenir plus opérationnel pour trouver toute sa place. Il doit être systématiquement partie prenante aux schémas régionaux de son ressort. Il devrait être en mesure d'animer le travail entre les juges des tutelles et avec les différents partenaires sur les territoires. Ses fonctions doivent être précisées dans le code de l'organisation judiciaire.

Proposition

- Renforcer le rôle de coordination et d'impulsion du magistrat délégué à la protection des majeurs des cours d'appel pour qu'il soit plus opérationnel et reconnu (modification du Coj, art. L 312-6-1 et R 312-13-3 à créer), (n° 101).

3.1. Un pilotage interministériel à mettre en place.

3.1.1. Une dynamique interministérielle à poursuivre

Le groupe de travail dans son ensemble considère que la dynamique interministérielle impulsée lors des débats et réflexions se poursuivre. La nécessité absolue d'un pilotage national de la protection juridique des majeurs articulant les missions de la justice et de la cohésion sociale, en lien avec certaines des missions du sanitaire et du secteur du handicap, est une évidence pour tous tant les réponses sur de nombreux et vastes sujets se font attendre depuis des années. Le présent rapport constitue, nous l'espérons, la première étape d'un processus d'amélioration du dispositif français actuel, ce qui implique, au vu de sa complexité et de ses multiples enjeux, que la co-construction se poursuive. À cette fin, une structure souple et capable de capitaliser et faire remonter les constats/besoins/pratiques du terrain tout en s'adaptant aux exigences concrètes des acteurs est indispensable, sous la forme, au moins dans un premier temps, d'un délégué interministériel. L'homogénéité des méthodes retenues pour impulser, réguler et évaluer les actions menées par les opérateurs concernés est tout aussi essentielle, avant de proposer des solutions plus pérennes. Cette décision forte est d'autant plus attendue des acteurs que le contexte particulièrement tendu exige des réponses urgentes.

Quelle que soit la forme retenue pour la poursuite du travail interministériel, l'objectif doit être la capacité, par un positionnement transversal reconnu, de fédérer les initiatives et actions interministérielles et d'actionner rapidement les leviers de décision. La fonction stratégique de proposition et de détermination de priorités et d'impulsion, de régulation et d'évaluation, doit également être pensée en lien avec les administrations centrales concernées, comprenant les impacts de prévention et de traitement de la maltraitance sous toutes ses formes à l'égard des personnes les plus vulnérables : DACS, DSJ, DGCS, DGS, DGOS, DGGendarmerie et DGPolice, Bercy. Un rattachement au Premier ministre et l'obligation de présenter un bilan à un an de l'avancement des travaux, publié et exposé aux départements/CNSA/Préfets/DGARS/Associations d'usagers doit en outre être prévu.

Dès à présent, une campagne d'information du grand public sur le cadre et les enjeux de la protection juridique des majeurs, ses liens avec le PMND¹¹⁰, le plan santé, le plan santé mentale et le plan vieillissement-dépendance devra être organisée pour que chacun puisse avoir accès à l'état des connaissances, aux pro-

blématiques et en perçoive les implications pour chacun dans une société qui nous expose et nous engage tous.

En effet, le groupe de travail constate que le nombre de mesures de protection confiées aux services continue d'augmenter dans un cadre financier très contraint. De nombreux services mandataires sont en grande difficulté, dépassant leur plafond d'activité autorisée, sans que les juges aient de véritables solutions alternatives. Concrètement, la gravité de cette situation entrave le bon fonctionnement des services, crée de la souffrance au travail et pénalise la qualité du service rendu aux personnes. Dans la logique des schémas régionaux, il est inconcevable que le dispositif français ne prévoit pas de coordination globale entre les services de la cohésion sociale et ceux de la justice, afin que les juges puissent tenir compte du taux d'activité des mandataires judiciaires à la protection des majeurs de leur ressort, et que les financements tiennent compte de l'évolution de l'état de vulnérabilité des personnes nécessitant des mesures de protection décidées par les juges.

Toute ambition de renforcer les droits des personnes, ne peut s'abstenir de tenir compte des difficultés et de la réalité des conditions d'exercice des mesures et de leur financement. Cette question est également jugée centrale par le groupe de travail, d'autant que la réforme de la participation financière des majeurs met à contribution les plus fragiles économiquement¹¹¹. Cette réforme, à laquelle vient s'ajouter l'étude concomitante de l'IGAS sur le coût de la mesure, inquiète vivement le secteur professionnel. Un pilotage interministériel pourrait utilement coordonner tous ces chantiers, avec davantage de cohérence globale.

3.1.2. Une réelle prise en compte des besoins à impulser

Par ailleurs, le mouvement général de dématérialisation, indispensable sous bien des aspects et qui devra aussi accompagner la rénovation de la protection juridique des majeurs, doit prendre garde aux effets induits sur les publics particulièrement fragiles. De ce point de vue, tous les mandataires professionnels qui gèrent bon nombre de démarches administratives et fiscales pour les personnes protégées sont inquiets, car ils en mesurent et en assument déjà les effets, à l'occasion des multiples difficultés et blocages rencontrés (par exemple, les comptes Améli de la CNAM, les comptes et relations avec les banques, assurances, la délivrance de pièces d'identité, Ficovie...). Le secteur se confronte à des services publics ou privés qui n'entendent pas nécessairement ou méconnaissent les spécificités juridiques induites par la mesure de protection. Trop souvent, l'accès aux droits et l'autonomie de la personne en

110 Plan maladies neuro-dégénératives

111 Décret n° 2018-767 du 31 août 2018 relatif au financement des mandataires judiciaires à la protection des majeurs publié au JORF n°0201 du 1 septembre 2018'

subissent les conséquences alors que les démarches administratives et les plateformes dématérialisées doivent être conformes aux dispositions du droit de la protection juridique des majeurs et à celles de la CIDPH. Or, le développement des identifiants uniques constitue un obstacle au libre exercice par le majeur de ses droits si ce numéro est attribué au tuteur ou au curateur.

L'enquête de 2017 du Défenseur des Droits sur l'accès aux droits a constaté que « *la dématérialisation des procédures par les services publics exclut une part des usagers qui, de ce fait, se trouvent en difficulté pour effectuer des démarches* ». Elle révèle qu'une personne sur 5 déclare « *éprouver des difficultés à accomplir des démarches administratives courantes* » et soulève un risque de « *marginalisation probable des personnes les plus vulnérables touchées par la fracture numérique* ». Lors de l'assemblée générale 2017 de l'UNAF, l'adjoint du Défenseur des Droits, Patrick Gohet, a réitéré ses vives inquiétudes face à ces processus de digitalisation, notamment pour les personnes vulnérables.

Il est donc indispensable de « *conserver des lieux d'accueil physique sur l'ensemble du territoire et de veiller, à chaque fois qu'une procédure est dématérialisée à ce qu'une voie alternative — papier, téléphonique ou humaine — soit toujours proposée en parallèle* ». Il est impératif de développer des outils adaptés aux capacités des personnes accompagnées, afin de prévenir les risques d'exclusion numérique de ces personnes et de ces familles. Une partie des économies réalisées par la dématérialisation des services publics ou privés pourrait d'ailleurs être redéployée pour financer l'accompagnement des personnes protégées.

Tous ces sujets doivent être intégrés dans une dynamique nationale d'ensemble sur laquelle il est fondamental de communiquer dès à présent pour que des réponses soient construites avec tous les acteurs en affrontant les questions récurrentes qui minent la confiance. Il en est ainsi, par exemple, de la problématique ancienne et très douloureuse pour les personnes et les familles des personnes protégées en France résidant en établissement en Belgique.

Face à l'insuffisance de structures adaptées en France, de plus en plus de familles et de mandataires professionnels se voient en effet contraints d'avoir recours à des établissements en Belgique, pour accueillir la personne protégée. Comme le soulève le Défenseur des Droits dans son rapport 2016, au-delà « de la violation d'un certain nombre de libertés et droits fondamentaux des personnes concernées », ces situations entravent « le bénéfice de leurs droits sociaux ». Les mandataires professionnels, et en particulier les UDAF, alertent sur les nombreuses difficultés qu'elles rencontrent dans l'exercice de ces mesures et qui méritent que des obstacles soient impérativement levés. Dans l'attente que l'offre sur le territoire français réponde aux besoins des

concitoyens, il apparaît nécessaire de procéder à un certain nombre d'ajustements dans l'intérêt même des personnes et de leurs familles.

Propositions

- Modifier les conditions d'attribution de l'AAH et de la couverture sociale qui restent problématiques (n° 89).
- Simplifier l'accès aux démarches administratives, aujourd'hui impossibles ou complexes (ex. : prise en charge du forfait hospitalier par la CPAM, avis d'imposition) (n° 90).
- Répondre aux nombreuses interrogations relatives à l'articulation entre le droit belge et le droit français en matière de fin de vie, d'euthanasie et de refus des soins notamment.(n° 91).
- Lever les difficultés à souscrire un contrat d'assurance responsabilité civile, obligatoire.(n° 92).

3.2. L'urgence d'une gouvernance et de la mise en œuvre d'une feuille de route

Le groupe de travail, aux termes des débats et de la réflexion qu'il a conduits, considère qu'il est désormais impératif de rechercher l'efficacité dans la mise en réseaux des acteurs des différents champs d'application des préconisations du présent rapport de la mission. À cette fin, une feuille de route d'action de politique de transformation publique est proposée pour permettre désormais l'identification et la modernisation du secteur.

Le secteur est riche et diversifié. Il ne peut être réduit au seul domaine de la décision judiciaire de protection des personnes. Il peut être souvent être intrusif, même en l'absence de toute intervention judiciaire, et interpelle l'ensemble des domaines de la prise en charge des personnes aux capacités relatives et rencontrant, au-delà du droit, toutes sortes de difficultés sociales, médico-sociales et sanitaires. C'est donc une politique publique qui doit être affirmée en ce qu'elle constitue un maillon essentiel du contrat social dans une société du handicap inclusif et du vieillissement actif. Ce domaine appelle donc à une gouvernance globale et territorialisée la plus agile possible pour co-construire cette politique publique au vu de ses enjeux juridiques, éthiques et budgétaires.

L'enjeu du numérique est aussi très fort pour la mise en œuvre d'une vraie politique publique co-construite entre les acteurs notamment pour tenir compte des risques exposés plus haut. Elle permettra véritablement de dégager des marges de manœuvre très importantes sur le temps et les moyens pour les professionnels qui

pourront en contrepartie renforcer l'accompagnement sur les droits et le social des personnes protégées.

L'ambition de cette feuille de route permet, dans cette philosophie de l'action publique-privée, de manière pragmatique, de s'appuyer, certes, sur un existant mais de viser à créer une vraie organisation innovante de la protection juridique des personnes qui réponde aux enjeux majeurs rencontrés dans notre société par les nombreuses personnes souffrant d'altération.s physiques et psychiques médicalement constatée.s les empêchant de pourvoir seules à leurs intérêts, quelles qu'en soient les causes.

La feuille de route a donc pour objectif de construire une politique publique interministérielle (justice, ministères sociaux, travail, finances publiques...) et multipartenariale (départements, CNSA, sécurité sociale, caisses d'assurance maladie, mutuelles, notariat, barreau, secteur associatif...) appuyée sur deux dimensions complémentaires de l'État :

- 1° un État agile, qui pilote et met en place une vraie politique de la protection juridique au niveau national et sur les territoires grâce à une connaissance fine des territoires (DATA) et de l'engagement des acteurs. Il pourra décider et outiller les orientations politiques, techniques et financières pour permettre la meilleure adéquation des moyens de l'action publique-privée sur les territoires, la mutualisation et la diffusion des bonnes pratiques et la garantie de l'optimisation des ressources disponibles ;
- 2° un État plateforme qui horizontalise sur les territoires l'action publique et permet la créativité collaborative et la co-construction de l'innovation de cette politique publique en créant des actions et solutions numériques agiles par les usages et avec les usagers.

3.2.1 Un État agile et pilote

a) Une gouvernance nationale organisée autour de trois piliers : gouvernance partagée, éthique et de l'innovation publique.

La création d'un Conseil national de la protection juridique des majeurs (CNPJM), présidé par le délégué interministériel et instance stratégique pourrait contribuer à la définition des orientations annuelles sur les territoires et à la mise en œuvre de la feuille de route nationale en ses différentes actions. Ce conseil serait composé notamment des représentants nationaux professionnels de la protection juridique et des différents acteurs (notaires, avocats, représentants des médecins inscrits...). Les ministères concernés et leurs représentants déconcentrés sur les territoires seraient également membres de ce conseil.

Ce conseil, qui devra intégrer la mission d'observatoire, utilisera les données d'un nouveau Système d'Information (SI) interministériel sur la protection juridique des

majeurs pour analyser au mieux les réalités et besoins territoriaux et définir les priorités nationales et ses enjeux financiers. Ce système d'information nationale capitalisera sur l'expérience réussie du RI-MJPM qui avait été déployée en ex-Nord-Pas-de-Calais et les possibilités maintenant offertes par le développement de l'application E-MJPM dans le cadre des intra-entrepreneurs des ministères Sociaux, application qui pourra évoluer pour construire le SI national interministériel dynamique tant attendu des acteurs et fiable sur les territoires

Ce conseil aura aussi comme mission de capitaliser sur les bonnes pratiques sur les territoires et de les amplifier sur le territoire national. Il repérera, stimulera et valorisera les innovations sociales repérées sur le champ de la protection juridique des majeurs et participera en ce sens au Carrefour des Innovations Sociales (CIS) appuyé par le CGET.

Ce conseil permettra par ailleurs de réunir le groupe ressource national, en lien avec la DACS et le SGMCAS, sur l'inspection contrôle des mandataires judiciaires à la protection des majeurs qui existe aujourd'hui dans le cadre du groupe de travail national sur la gestion des risques mandataires. Ce dernier est composé d'inspecteurs de l'action sociale et de juges de tutelles pour organiser l'action, les doctrines et la méthodologie des contrôles sur les territoires ainsi que la bonne mise en œuvre de l'outil de gestion des risques mandataires. Ce dernier outil permet de cibler les mandataires judiciaires à risques potentiels pour les programmations annuelles des contrôles de l'État et permet donc une simplification et une autonomisation des services de cohésion sociale pour définir les niveaux et volumétrie de contrôle sur les territoires.

Le conseil pourra aussi s'appuyer sur d'éventuelles commissions organisées au vu de sujets critiques et prioritaires ou sensibles mais surtout développera une réflexion avec deux autres piliers de cette gouvernance nationale : un groupe éthique national de la protection juridique des majeurs et un laboratoire d'innovation publique-privée interministériel :

- le groupe éthique national devra construire la réflexion éthique et déontologique des acteurs de la protection juridique. Il pourra se réunir en deux types de formations : une formation transdisciplinaire pour échanger sur les grandes questions éthiques de la protection juridique des majeurs et une formation plus administrative pour la formalisation des écrits et guides nationaux éthiques et de déontologie.

Ce groupe éthique national devra être connecté aux groupes éthiques régionaux portés par les régions dans le cadre des schémas régionaux et capitalisera sur leurs remontées au national des sujets et situations traitées et en formalisera des guide et rendus nationaux pour en faire la promotion sur l'ensemble des territoires.

Sa composition en formation transdisciplinaire pourra s'inspirer de celle du groupe éthique de l'ex Nord-Pas-de-Calais qui réunit des représentants des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, des agents de la direction de la cohésion sociale, des juges des tutelles, des médecins inscrits et des universitaires, pour échanger sur des questions et tensions éthiques sur des situations à froid.

- Un laboratoire d'innovation publique de la protection juridique des majeurs.

b) Une gouvernance déconcentrée en régions portée par des schémas régionaux nouvelle génération

Après deux à trois générations, les schémas régionaux sont encore trop hétérogènes sur les territoires. Les pratiques sont trop différentes et les bonnes pratiques n'ont pas été catalysées et amplifiées dans les différentes régions. Des nouveaux schémas 2019-22 seront lancés en région et pourront intégrer au local la déclinaison de la feuille de route nationale. Ils disposeront d'un tronc commun capitalisant sur les bonnes pratiques identifiées depuis plusieurs années dans différentes régions et par les rapports nationaux (IGAS 2014, CNBD 2015, Cour des Comptes et Défenseur des Droits 2016) pour harmoniser les pratiques dans les régions, par exemple :

- la gouvernance locale du schéma (Hauts-de-France) ;
- l'accès aux droits et à la santé dans le cadre du « aller vers » de l'assurance maladie (CPAM du Hainaut – lettre réseau national CNAMTS pour la régionalisation) ;
- le dispositif et l'organisation de l'information et soutiens aux tuteurs familiaux (Hauts-de-France, Bretagne) ;
- le DIPM unifié et intégré au rapport de diligence annuel (PACA) ;
- le groupe éthique régional (ex-Nord-Pas-de-Calais)...

3.2.2. Un État plate-forme qui horizontalise pour mieux créer et innover avec les acteurs

a) Un laboratoire d'innovation publique nationale interministérielle sur la protection juridique des majeurs

Les ministères sociaux sont lauréats de 2,2 millions d'euros dans le cadre de la première vague du FTAP pour moderniser les outils et la politique de la protection juridique des majeurs. L'application E-MJPM est aujourd'hui en cours de développement par l'incubateur des ministères sociaux, ce qui est aussi une opportunité pour la poursuite d'une dynamique interministérielle avec pour objectifs d'organiser la transformation publique et, dans les meilleures conditions possibles pour les personnes, la numérisation de la protection juridique des majeurs en disposant pleinement de ces moyens.

Avec l'appui de la DITP dans le cadre de son action de la transformation publique, l'objectif est de créer un

laboratoire d'innovation publique interministériel public-privé comprenant, a minima, le ministère de la Justice, les ministères sociaux, la DITP, les représentations nationales des mandataires judiciaires. Ce laboratoire serait directement connecté au niveau national avec :

- la DITP pour bénéficier de ses ressources et expertises sur l'animation créative et les sciences comportementales, la formation des acteurs, la communauté nationale de l'innovation futurs publics...
- avec l'incubateur Betagouv pour disposer de ses ressources techniques de design et de développement numérique et d'intégrer le travail de start-ups d'État qui développent des solutions utiles à connecter avec la protection juridique des majeurs tels par exemples : « mes-aides.gouv.fr » pour la simulation des droits afin de faciliter l'action des mandataires ; « démarches-simplifiées » pour mettre en œuvre la dématérialisation de toutes les procédures possibles sur le champ de la protection juridique des majeurs ; « France connect » pour que, dans leur rôle de protecteur et garant des droits, les mandataires judiciaires garantissent le droit numérique des personnes protégées en participant à la création de leur identité numérique ; « A+ », le service public renforcé pour tous pour que les mandataires judiciaires à la protection des majeurs soient aussi auxiliaires et à l'initiative de la résolution des problèmes administratifs complexes rencontrés par les majeurs protégés.

Le laboratoire d'innovation publique devra aussi être connecté avec les territoires, et en particulier avec les 12 laboratoires d'innovations publiques lauréats du Programme d'Investissement Avenir (PIA) comme : le SIILAB (Hauts-de-France), le TiLAB (Bretagne), Archipel (ARA), LABzéro (PACA), La Brasserie (Grand-Est), La Base (Nouvelle Aquitaine), LAB O (Occitanie), FABRH (Paris)... qui pourront co-développer, porter et expérimenter les dispositifs innovants sur la protection juridique des majeurs.

Le laboratoire d'innovation publique interministériel de la protection juridique des majeurs visera à créer dès 2019 des outils innovants et stimuler la création de start-up publiques ou privées sur des solutions utiles et efficaces pour la protection juridique des majeurs : simplification et numérique.

b) Simplifier et innover avec le numérique

Dans le cadre des projets de dématérialisation et du « dites-le en une fois »/« faites-le en une fois d'ici », de nombreux sujets sont déjà identifiés pour trouver des solutions innovantes avec les acteurs et les usagers de la protection des majeurs, notamment la simplification et la numérisation :

- tarification des services mandataires judiciaires à la protection des majeurs : développer un système simplifié et équitable réduisant considérablement le temps de gestion par les services mandataires et de la Cohé-

sion sociale dans le cadre de la campagne budgétaire ;

- facturation des mandataires individuels : dématérialisation totale et simplification/automatisation/contrôle intelligent (IA) des facturations pour décharger en temps administratif les mandataires et les agents de la cohésion sociale ;
- simplification des procédures d'autorisations (appel à projets et extensions pour les autorisations des services), d'agrément pour les mandataires individuels (commission de sélection), déclaration des préposés... pour viser à la dématérialisation totale et leur agilité pour en finir avec la lourdeur de leur organisation dont des instances qui ne sont pas agiles ;
- numérisation totale (automatisation du traitement et génération des rapports) des outils et procédures de contrôle de la cohésion sociale (référentiels de contrôle et gestion des risques mandataires) et des greffes sur les comptes de gestion, notamment.

c) Stimuler la protection juridique des majeurs pour mieux s'intégrer dans le champ de l'Économie Sociale et Solidaire (ESS)

Le secteur de la protection juridique des majeurs est propice à l'innovation sociale. Le délégué ministériel sera en lien direct avec le Haut-Commissaire à l'économie sociale et solidaire et à l'innovation sociale pour pouvoir positionner au mieux le secteur de la protection juridique dans l'ESS et la dynamique de la French Impact pour bénéficier de son soutien.

L'accélérateur du French Impact est, en effet, un nouvel outil pour soutenir et encourager les innovations sur tous les territoires, et qui permettra aux initiatives locales de changer d'échelle et de devenir des solu-

tions nationales. C'est ce qui est recherché par cette feuille de route nationale de l'action publique de la protection juridique des majeurs via le repérage des bonnes pratiques innovantes, leur stimulation et changement d'échelle...

L'action publique interministérielle et ses acteurs publics-privés de la protection juridique des majeurs chercheront donc à mieux identifier et qualifier les projets innovants de la protection juridique des majeurs pour financer la croissance des innovations sociales, qu'elle soit organique ou par essaimage (les acteurs associatifs de la protection juridique des majeurs étant tous concernés par l'économie sociale et solidaire et pour expérimenter l'innovation sociale en favorisant la simplification administrative et le droit à l'expérimentation, ce qui est très important au regard de la complexité du travail du secteur de la protection juridique des majeurs. Enfin, l'évaluation de l'impact social des innovations sera essentielle tout comme l'amélioration de l'orientation et de l'offre de services des accompagnateurs de projets.

d) Construire une politique ambitieuse de renforcement des groupes de recherche pluridisciplinaires

Notamment en lien avec le plan maladies neuro-dégénératives, les recherches médicales et scientifiques, en sciences humaines et sociales, économiques et en droit avec pour objectifs notamment de faire partager en permanence par tous les chercheurs un esprit d'innovation à partir d'une approche globale de la personne, y compris dans sa composante d'accompagnement dans l'expression et dans l'exercice des droits. Il faudra également mieux faire connaître les droits de la personne et veiller à toujours les faire reconnaître là où elle se trouve, ce qui oblige à l'implication de tous les professionnels et pas seulement des professionnels repérés de la protection juridique de la personne.

Propositions

- Poursuivre la dynamique interministérielle engagée en créant un Délégué Interministériel chargé de la structuration d'une politique publique de la protection juridique des majeurs.
- Créer un Conseil national de la Protection Juridique des Majeurs (CNPJM), structure opérationnelle présidée par le délégué interministériel et pluripartenaire, comprenant un laboratoire d'innovation publique national interministériel sur la protection juridique des majeurs et un observatoire national de la protection juridique des majeurs.
- Prévoir que, parmi ses missions, le Conseil sera chargé d'animer un groupe éthique national pour construire la réflexion éthique et déontologique des acteurs de la protection juridique. Il se réunira en deux types de formations : une formation transdisciplinaire pour échanger sur les grandes questions éthiques de la PJM et une formation plus administrative pour la formalisation des écrits et guides nationaux éthiques et de déontologie. Il mettra également en place une commission pluridisciplinaire de contrôle, destinée à assurer la régulation de la profession, à diffuser des formations et guides de bonne pratique mais aussi à imposer, lorsque cela est nécessaire, des mises en conformité au regard des obligations de la profession.
- Simplifier et innover avec le numérique sur de nombreux sujets déjà identifiés pour trouver des solutions innovantes avec les acteurs et les usagers de la protection juridique des majeurs.
- Prendre en compte les risques de la dématérialisation pour les personnes et leurs proches en conservant des lieux d'accueil physique sur l'ensemble du territoire et en veillant, à chaque fois qu'une procédure est dématérialisée à ce qu'une voie alternative – papier, téléphonique ou humaine – soit toujours proposée en parallèle ». Il est impératif de développer des outils adaptés aux capacités des personnes accompagnées, afin de prévenir les risques d'exclusion numérique de ces personnes et de ces familles.
- Redéployer une partie des économies réalisées par la dématérialisation des services publics ou privés pour financer l'accompagnement des personnes protégées.
- S'appuyer sur la CNSA, les conseils départementaux et les ARS pour mettre en place des orientations stratégiques et créer un cadre de coopération permettant une bonne articulation des différents acteurs, dont les acteurs judiciaires afin de déployer une politique de protection publique de soutien des droits et de protection des personnes et de prévention et de traitement de la maltraitance.

- Prévoir la présence systématique d'un représentant de l'administration des domaines dans toute succession d'un majeur protégé dans laquelle se présente, en l'absence d'héritiers, un légataire universel extérieur à la famille du défunt.

- Améliorer l'image et la confiance dans le dispositif en organisant une campagne nationale d'envergure portée par les ministères signataires de la lettre de mission pour améliorer l'information auprès du public sur la protection juridique, encourager le rôle des familles et objectiver celui des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

- Construire une politique ambitieuse de renforcement des groupes de recherche pluridisciplinaires, notamment en lien avec le Plan maladies neuro-dégénératives, les recherches médicales et scientifiques, en sciences humaines et sociales, économiques et en droit avec pour objectifs :

a) Faire partager en permanence par tous les chercheurs un esprit d'innovation

À partir d'une approche globale de la personne, y compris dans sa composante d'accompagnement dans l'expression et dans l'exercice des droits. Les collaborations internationales sont également à rechercher et à mobiliser en évitant de se centrer uniquement sur des recherches théoriques, sur des concepts, et en favorisant des recherches plus pragmatiques, à visée d'application concrète.

b) Veiller à toujours reconnaître les droits de la personne là où elle se trouve

Ce qui oblige à l'implication de tous les professionnels et pas seulement des professionnels repérés de la protection juridique de la personne.

c) Connaître le contenu de ces droits

- Mettre en œuvre la feuille de route avec pour objectif de construire une politique publique interministérielle (justice, ministères sociaux, travail, finances publiques...) et multipartenaire (départements, CNSA, sécurité sociale, caisses d'assurance maladie, mutuelles, notariat, barreau, secteur associatif...) appuyée sur deux dimensions complémentaires de l'État :

- 1° un État agile, qui pilote et met en place une vraie politique de la protection juridique au niveau national et sur les territoires grâce à une connaissance fine des territoires (DATA) et de l'engagement des acteurs. Il pourra décider et outiller les orientations politiques, techniques et financières pour permettre la meilleure adéquation des moyens de l'action publique-privée sur les territoires, la mutualisation et la diffusion des bonnes pratiques et la garantie de l'optimisation des ressources disponibles ;

- 2° un État plateforme qui horizontalise sur les territoires l'action publique et permet la créativité collaborative et la co-construction de l'innovation de cette politique publique en créant des actions et solutions numériques agiles par les usages et avec les usagers.

05

Les propositions

1. L'ambition d'une réelle politique publique de soutien et d'accompagnement des personnes les plus vulnérables s'appuyant sur les droits fondamentaux

1 - Créer un cadre juridique cohérent qui rende effective la reconnaissance de la capacité de la personne et l'expression de sa volonté, de ses choix et de ses préférences à chaque fois qu'elle est possible, sans l'enfermer ni la stigmatiser en :

- modifiant l'article 414 du code civil pour y ajouter un alinéa disposant que « La capacité du majeur est présumée jusqu'à preuve contraire. Elle peut, à titre exceptionnel et sur décision spécialement motivée du juge, être partiellement restreinte dans les conditions prévues au présent titre ».
- articulant notamment les codes civil, de l'action sociale et des familles et de la santé publique pour que le principe de capacité civile de la personne soit effectivement reconnu dans tous les champs et que la recherche de soutien à l'exercice des droits soit recherchée par priorité. Dans ce sens, la rédaction de plusieurs textes de ces deux derniers codes doit être adaptée dans un objectif de clarification et de simplification, en particulier en inscrivant une définition socle de la personne de confiance, en articulant les conditions de sa désignation en présence d'un mandataire désigné par le juge, en prévoyant les modalités d'accès au dossier médical et en modifiant l'article L1111-4-1 du code de la santé publique et l'article 459 alinéa 3 dans le sens suivant :

Article L 1111-4-1 du code de la santé publique

« Sauf en cas d'urgence, le consentement de la personne protégée doit être systématiquement recherché.

Conformément à l'article L. 1111-4, le médecin doit respecter la volonté de la personne protégée chaque fois qu'elle est apte à l'exprimer et à participer à la décision.

Sauf en cas d'urgence et dans les situations visées par le dernier alinéa du présent article, avant toute décision concernant la santé d'un majeur pour lequel le juge a pris à titre exceptionnel une décision de représentation dans les actes personnels, le médecin doit obtenir, par tout moyen, l'autorisation de la personne

chargée de la protection désignée expressément pour cette mission après l'avoir informé conformément aux dispositions de l'article L. 1111-2.

En cas d'opposition entre l'expression de la volonté de la personne ainsi représentée dans l'accomplissement de ses actes personnels et la personne chargée de cette protection spécifique, le juge statue. En tout état de cause, lorsque le refus d'autorisation d'un traitement par la personne chargée de la protection risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé de la personne représentée, le médecin délivre les soins indispensables.

Lorsque la personne protégée est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible d'entraîner son décès ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés ».

Article 459 alinéa 3 du code civil

« Toutefois, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée ».

Les articles L1122-2 (recherches biomédicales), L1131-1-2 (examen des caractéristiques génétiques ou identification par empreintes génétiques), L 1221-5 (prélèvements de sang ou de ses composants), L 1232-2 (prélèvement d'organes sur une personne décédée), L 2123-2 (stérilisation à visée contraceptive) et L 3211 (soins psychiatriques) du code de la santé devront tout particulièrement être adaptés.

2 - Faire évoluer la loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs en consolidant le bloc des droits fondamentaux de la personne protégée et en :

- affirmant clairement dans l'article 415 du code civil que la protection juridique favorise, autant qu'il est possible, l'autonomie de celle-ci « en la soutenant dans l'exercice de ses droits » ;

- ajoutant dans un article 415-2 que « l'expression de la volonté de la personne est favorisée et recherchée durant tout l'exercice de la mesure de protection ».

3 - Créer les conditions de l'expression de la volonté en faisant de l'obligation d'information de la personne chargée de la protection et des autres acteurs une obligation partagée au service du soutien effectif de la personne. Dans ce sens, l'article 457-1 du code civil figurera désormais dans les principes généraux de la protection juridique après l'article 415 (en 415-1 alinéa 1^{er}), tout comme l'alinéa 2 de l'article 496 (en 415-1 alinéa 2).

Article 415-1

« La personne en charge de la protection accompagne la personne dans l'exercice de ses droits dans le respect de sa volonté et de ses préférences. À cet effet, elle lui délivre toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part. Ce devoir général d'information s'exécute selon des modalités adaptées à l'état de la personne protégée, sans préjudice des informations ou conseils de tiers tenus par la loi à les leur dispenser ».

« La personne en charge de la protection est tenue d'apporter, dans l'accomplissement de sa mission, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée ».

4 - Lorsqu'une mesure de protection juridique devient nécessaire, rappeler que le soutien apporté à la personne dans l'exercice de ses droits doit se faire en lien avec tous les autres intervenants, le mandataire choisi par la personne elle-même ou désigné par le juge dans le cadre d'une mesure judiciaire exerçant le mandat qui lui est confié et un accompagnement de la personne défini comme visant « principalement à consolider certains actes juridiques, à vérifier l'existence d'un consentement et la manifestation de ce dernier, à aider la personne à faire valoir ses droits fondamentaux » (définition du Gesto).

5 - Reconnaître la pleine citoyenneté de la personne judiciairement protégée en supprimant l'article L 5 du code électoral et en faisant du droit de voter un acte strictement personnel au sens de l'article 458 du code civil et l'intégrer dans la liste non exhaustive de l'alinéa 2. Intégrer cet article 458 dans le bloc des droits fondamentaux de la personne protégée et le numéroté désormais en article 415-3.

6 - Reconnaître qu'en matière personnelle, la personne prend en principe seule les décisions pour ce qui la concerne si son état le permet, quel que soit le mode de protection et, dans un souci de clarification, intégrer l'article 459 du code civil dans une nouvelle numérotation

à l'article 415-4, en l'adaptant aux propositions supprimant la tutelle.

7 - Créer une catégorie d'actes protégés clairement identifiée dans les mesures de protection, tels le choix de la résidence et les relations personnelles de la personne protégée (C. civ., art. 459-2) pour lesquels la personne exerce sa capacité de choix, exprime sa volonté et ses préférences et, en cas de difficulté le juge statue. Intégrer cette catégorie dans une nouvelle numérotation à l'article 415-5. Prévoir l'articulation de l'article 426 avec l'article 459-2.

8 - Maintenir dans cette catégorie, les comptes bancaires de l'article 427 du code civil et les numéroté à l'article 415-6, en :

- limitant les interventions du juge à ce titre au contrôle des mesures gérées par les mandataires professionnels ;
- introduisant la possibilité d'y déroger dans le cadre du mandat de protection future comme cela est prévu pour l'habilitation familiale, dès lors que le mandat n'est pas confié à un mandataire professionnel ;
- en limitant les autorisations de clôture aux comptes déjà ouverts avant la mise en place de la mesure.

9 - Supprimer les autorisations préalables actuellement prévues pour le mariage ou la conclusion d'un pacte civil de solidarité et reconnaître le droit pour la personne protégée d'en décider seule, sauf à prévoir la possibilité pour la personne en charge de la mesure de protection, de s'opposer à un tel projet lorsqu'il apparaît que la personne protégée est, à cette occasion, victime d'un abus.

10 - Rendre obligatoire la conclusion d'un contrat de mariage soumis à la vérification du juge dans les cas où un dispositif de représentation a été décidé par lui.

11 - Maintenir le principe de suspension de la procédure de divorce jusqu'à l'intervention du jugement se prononçant sur la mise en place d'une mesure de protection lorsqu'une mesure provisoire a été instaurée pendant la durée de l'instance en protection (C. civ., art 249-3).

12 - Supprimer l'autorisation du juge ou du conseil de famille lorsqu'une personne représentée souhaite engager une procédure de divorce (C. civ., art. 249) quel que soit le type de divorce. En cas de procédure par consentement mutuel, l'homologation de la convention est obligatoirement soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales (C. civ., art 229-2) à tout le moins, supprimer l'interdiction du recours à la procédure d'acceptation du principe de la rupture dans laquelle les intérêts du majeur protégé peuvent être garantis.

Prévoir que, lorsque la demande en divorce est formée contre une personne protégée, la procédure est exercée

contre celle-ci, assistée ou représentée par la personne chargée de la protection suivant la mesure en cours.

Maintenir l'article 249-2 du code civil.

13 - Organiser la protection à partir de la personne et avec la garantie effective d'un recours au juge judiciaire en cas de difficulté et/ou d'atteinte aux droits et aux libertés.

14 - Supprimer la dénomination « juge des tutelles » et la remplacer par celle de « juge des libertés civiles et de la protection », fonction actuellement exercée par le juge d'instance. Cette fonction peut demeurer dans les attributions du juge d'instance si celui-ci demeure un juge statutaire (option 1), ou en être dissociée par la création d'une fonction spécialisée statutaire (option 2).

15 - Rendre obligatoire la représentation de la personne à protéger ou protégée par un avocat désigné par le Bâtonnier de l'Ordre des avocats lorsque le juge a fait application des dispositions de l'article 432 du code civil.

16 - Prévoir sauf urgence, lorsque la personne à protéger ou protégée le demande ou à l'initiative du juge, la suspension de la procédure d'instruction de la demande de protection, pour permettre la désignation d'un avocat choisi par elle ou désigné par le bâtonnier de l'Ordre des avocats.

17 - Supprimer le régime de la tutelle.

18 - Créer une mesure unique de protection, mesure d'assistance et de soutien à l'exercice des droits : la sauvegarde des droits.

19 - Maintenir la possibilité pour le juge, sur décision spécialement motivée, de décider de modalités renforcées de la mesure unique pouvant aller, à titre exceptionnel, jusqu'à la représentation.

20 - Organiser le nouveau dispositif sur les bases suivantes.

La mesure socle unique est équivalente à la curatelle simple actuelle (pour les biens) et à la rédaction actuelle de l'article 459 relatif à la protection de la personne. Le juge peut préciser dans sa décision initiale (par motivation spéciale), ou après une période d'observation permettant de confronter les données du certificat médical circonstancié avec une évaluation sociale de la situation et une mobilisation des soutiens s'il est possible, et toujours après audition de la personne dont la protection est demandée :

- si cette assistance doit être étendue à la perception des revenus et au paiement des dépenses (curatelle renforcée actuelle)

- si cette assistance doit être limitée à certains actes patrimoniaux et/ou personnels

- si cette assistance doit concerner aussi les questions relatives à la protection de la personne

- par exception spécialement motivée, et s'il apparaît que l'assistance est manifestement insuffisante pour garantir l'exercice des droits et la protection de la personne, de confier au mandataire désigné une mission de représentation en précisant à chaque fois si cette représentation doit :

- concerner seulement certains actes de gestion patrimoniale ou personnels ;

- s'étendre à l'ensemble des actes de gestion patrimoniale (sous la réserve des actes protégés) ;

- s'étendre à l'ensemble des actes relatifs à la protection de la personne (sous la réserve des actes protégés) ;

- s'étendre à l'ensemble des actes d'administration et de disposition et aux actes relatifs à la personne (sous la réserve des actes protégés).

21 - Conserver la division entre actes d'administration et actes de disposition telle que figurant à l'article 496 et au décret du 22 décembre 2008, tout en adaptant et simplifiant ce décret.

22 - Ajouter à la liste de l'annexe I les actes suivants :

- la délivrance d'une carte de paiement avec autorisation systématique (dans les actes d'administration) ;

- la délivrance d'une carte de paiement internationale à débit immédiat (dans les actes de disposition) ;

- la modification d'un mandat de gestion (dans les actes de disposition).

23 - Prévoir une articulation entre l'alinéa 4 de l'article L.163-2 du CMF et l'alinéa 7 de l'article 427 du code civil (qui permet au représentant légal d'une personne protégée interdite bancaire de disposer, après autorisation du juge, de tous les moyens de paiement habituels. Permettre à la banque de délivrer un chéquier au représentant légal d'un majeur protégé lorsque ce dernier est interdit bancaire

24 - Prévoir l'information de l'autorité judiciaire si le représentant légal est lui-même interdit bancaire ou le devient en cours de mandat.

25 - Prévoir expressément qu'il est mis fin aux procurations lorsque le mandat fait l'objet d'une habilitation familiale générale (C. civ., art. 2003) et sur décision du juge pour les autres formes d'habilitation. Préciser le régime des procurations dans le cadre de la future mesure unique.

2. La construction d'un accompagnement des personnes les plus vulnérables dans une logique de parcours individualisé

26 - Garantir un parcours respectueux du principe de capacité civile, des droits fondamentaux et de la dignité à toute personne souffrant d'altérations de ses facultés personnelles en s'appuyant notamment sur le cadre de la loi du 28 décembre 2015 et sur les solutions juridiques aujourd'hui offertes tant en termes de prestations et de soutiens.

27 - Faire connaître le contenu de ces droits par un guide d'appropriation tant au regard de la loi du 4 mars 2002, que des lois du 11 février 2005, du 5 mars 2007, du 5 juillet 2011, du 28 décembre 2015 et des 26 janvier et 2 février 2016 et en particulier le droit de s'exprimer, de préférer, de refuser, de demander à être assisté ou à être accompagné et le droit à une information délivrée selon les modalités adaptées.

28 - Mieux éclairer les besoins des personnes présentant des altérations de leurs facultés personnelles, et en particulier psychiques ou cognitives, par une évaluation médico-sociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle intégrant la dimension juridique de soutien à la capacité pour favoriser une appréciation complète et permettre, si elle est souhaitée et possible, l'organisation des soutiens à l'exercice des droits.

29 - Proposer des réponses médico-sociales adaptées, efficaces et accompagnées dans une logique de parcours.

30 - Intégrer la proposition du projet de soins dans l'évaluation dans une visée de soutien et de rétablissement de la personne.

31 - S'appuyer sur la CNSA, les conseils départementaux et les ARS pour mettre en place des orientations stratégiques de la COG 2016-2019 entre l'État et la CNSA et des objectifs de création d'un cadre de coopération permettant une bonne articulation des différents acteurs.

32 - Dans le cadre du déploiement de la « réponse accompagnée pour tous » et de l'harmonisation des pratiques destinées à assurer une meilleure équité de traitement des situations des personnes, s'appuyer au niveau départemental notamment sur les MDPH et les propositions faites dans le cadre du rapport Taquet-Serres, les Maïa et les outils de la loi d'adaptation de la société au vieillissement pour :

- renforcer la dynamique de réseau ;
- soutenir le renforcement de l'accompagnement effectif des personnes et de leurs aidants dans l'accès aux droits et de suivi des orientations ;

- élaborer un projet individualisé pour chaque personne, partant de sa demande ou celle de ses soutiens de proximité, prenant en compte sa volonté et ses préférences et les informations médicales et sociales (par exemple des CLIC, des équipes APA, des services sociaux (CCAS, départements), des SSIAD et des SPA-SAD, des réseaux gérontologiques, des plateformes de soins) ;

- créer un espace identifié d'évaluation pluridisciplinaire et multidimensionnel et un service référent de coordination associant le secteur sanitaire et médico-social ayant une porte d'entrée unique sur un territoire départemental pour faire des propositions concrètes d'aides et de soutien, au moins pour les situations les plus complexes.

33 - Intégrer l'outil MASP comme moyen de soutien pour les personnes percevant des prestations sociales et l'étendre aux petits revenus

34 - Lorsqu'une mesure de protection judiciaire est envisagée par la saisine du procureur de la République, transmettre obligatoirement une évaluation médico-sociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle s'appuyant sur les ressources des MDPH telles que décrites plus haut et un bilan des actions menées pour soutenir les capacités de la personne.

35 - Lorsque le juge est saisi par l'une des personnes habilitées de l'article 430 du code civil, lui transmettre obligatoirement d'initiative ou à sa demande l'évaluation médico-sociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle s'appuyant sur les ressources des MDPH telles que décrites plus haut, et le bilan des actions menées, si ces évaluation et bilan ont été faits.

36 - Instaurer des liens pérennes permettant le partage des informations strictement nécessaires entre les acteurs de la protection juridique des majeurs, dont les mandataires judiciaires désignés par le juge, dans un objectif de soutien effectif et de rétablissement de la personne dans son autonomie.

37 - Instaurer et développer la formation des médecins inscrits sur la liste du procureur de la République.

38 - Unifier et renforcer le contenu des certificats médicaux circonstanciés.

3. La consolidation des dispositifs d'anticipation choisis par la personne elle-même

39 - Favoriser effectivement la subsidiarité de la mesure judiciaire par le développement des mesures alternatives dont l'ordre est précisé par l'article 428.

40 - Créer un répertoire civil unique, national et dématérialisé assurant la publicité de toutes les mesures de protection judiciaires et des dispositions anticipées, accessibles aux juridictions, aux notaires et aux avocats.

41 - Assouplir les conditions de conclusion et de mise en œuvre du mandat de protection future et l'étendre à l'assistance.

42 - Introduire des modes de gestion patrimoniale permettant de mieux organiser le risque de dépendance, et en particulier la fiducie tout en prévoyant des garanties précises, en particulier pour les personnes protégées :

- soumettre la fiducie à l'autorisation préalable du juge de la protection et obligatoirement à la forme notariée ;
- soumettre la fiducie à un encadrement renforcé lorsqu'un majeur protégé est le constituant (choix et la désignation du fiduciaire, la durée de la fiducie, approbation des comptes du fiduciaire par un tiers protecteur obligatoirement désigné dans le contrat) ;
- soumettre l'apport du logement de la personne protégée en fiducie aux dispositions de l'article 426 du code civil ;
- prévoir la saisine du juge par tout tiers intéressé en cas d'actes contraires aux intérêts du constituant et la possibilité pour le juge de révoquer la fiducie.

43 - Étendre le champ de l'habilitation familiale à l'assistance.

44 - Préciser que la personne habilitée est soumise aux dispositions générales applicables à la protection juridique des majeurs et aux obligations liées aux actes protégés, dont l'article 426 du code civil relatif à la protection sur le logement.

45 - Prévoir la possibilité de subrogation ou de subrogation ad-hoc dans la rédaction de l'actuel article 494-6 du code civil.

46 - Unifier les modalités de saisine du juge « par tout intéressé », sur le modèle de celles qui existent pour le mandat de protection de future en cas de difficultés dans l'exercice d'une habilitation familiale.

4. L'amélioration de la réponse judiciaire par une meilleure individualisation des mesures et la priorité donnée au soutien effectif des droits

47 - Créer une requête unique de saisine du juge.

48 - Ouvrir des passerelles permettant au juge d'exercer son plein office et d'utiliser l'intégralité de l'éventail

des mesures de protection des personnes (principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité)

49 - Simplifier la terminologie en supprimant la sauvegarde de justice pour la durée de l'instance pour la remplacer par la « sauvegarde provisoire ».

50 - Créer, à côté du mandat spécial de l'article 437-2 du code civil, et le cas échéant en complément à l'appréciation souveraine du juge, une mesure temporaire d'observation appelée « mandat d'observation » pendant l'instruction de la demande de protection. Cette mesure facultative peut être décidée par le juge, après audition obligatoire de la personne par le juge sauf les cas de l'article 432 du code civil.

Dans ce cas, le délai d'instruction de l'article 1227 du code de procédure civile est fixé à 18 mois.

51 - Simplifier le traitement des requêtes en cours d'exercice de mesure par un allègement du régime des autorisations actuellement prévues, sous la réserve de maintenir un contrôle effectif des comptes de gestion et de l'exercice de la mesure. Prévoir la suppression de nombre d'entre elles, sauf la possibilité pour le juge au cas par cas de conserver l'obligation d'autorisation, telles que celles portant sur l'ouverture d'un compte dans la banque habituelle du majeur, la clôture d'un compte, le placement ou le retrait de sommes d'argent, l'ouverture d'une assurance vie avec une clause bénéficiaire standard, la conclusion d'un contrat obsèques préalablement réglémenté, l'acceptation d'une succession dont le notaire atteste qu'elle est bénéficiaire.

52 - Maintenir l'autorisation préalable du juge des tutelles, après instruction de la demande, en cas de requête en donation ou en cas de désaccord ou de conflit d'intérêt entre la personne protégée et celle qui exerce la mesure.

53 - Structurer le partage des informations, en particulier avec les personnes désignées par la personne elle-même et/ou par le juge.

5. La sécurisation des contrôles et le renforcement de la professionnalisation des mandataires professionnels

Les outils des contrôles

L'inventaire : modification des articles 503 du code civil et 1253 du code de procédure civile + article 463 du code civil + des articles L 471-8 et D 471-8 et D 471-8-V du casf.

54 - Obligation de faire établir par un officier public ou ministériel, dans le délai de 3 mois de l'ouverture de

la mesure de protection, un inventaire provisoire des meubles meublants dans des conditions, notamment de coût, fixées par décret.

55 - Obligation pour le mandataire désigné par le juge de procéder ou de faire procéder à un inventaire dans un délai maximal de 6 mois, en présence du subrogé ou des autres organes de la mesure s'il en a été nommé, des biens autres que les meubles meublants dans des conditions, notamment de coût, fixées par décret.

56 - Prévoir que cet inventaire des biens autres que les meubles meublants pourra figurer dans le document individuel de protection ou lui être annexé.

57 - Prévoir que le DIPM devra comprendre l'établissement du budget prévisionnel par le mandataire et la personne protégée.

58 - Fixer à 6 mois maximum à compter de la notification de la décision du juge ordonnant la protection le délai de remise du DIPM par le mandataire professionnel.

59 - Établir un document individuel unique de protection lorsque la personne est usager de plusieurs ESMS.

60 - Unifier le DIPM et l'intégrer au rapport de diligences de l'article 463 du code civil afin de rendre obligatoire sa transmission et ses actualisations annuelles au juge.

61 - Supprimer la mention relative à la présence de deux témoins majeurs dans l'alinéa 1^{er} de l'article 1253 du code de procédure civile.

62 - Soutenir les familles dans l'établissement de l'inventaire et de leurs comptes-rendus au juge en prévoyant un financement pérenne de l'ISTF.

Le contrôle des comptes et de l'exercice de la mesure

63 - Vérifier systématiquement le casier judiciaire de tout candidat à l'exercice d'une mesure de protection.

64 - Instaurer un contrôle obligatoire par une personne qualifiée, dont la liste est fixée par décret, désignée par le juge pour vérifier et approuver les comptes chaque fois qu'un subrogé n'a pas été désigné ou qu'un co-exercice de la mesure n'a pas été prévu et chaque fois que d'une part le patrimoine de la personne protégée le justifie et que, d'autre part, ses ressources lui permettent d'en régler le coût. Un barème fixant le coût de cette procédure de vérification devra être alors fixé.

65 - Maintenir un contrôle judiciaire des comptes pour les personnes protégées n'ayant que de faibles ressources et peu de patrimoine, sur la base de seuils définis par décret, chaque fois qu'il n'aura été possible ni de dispenser la famille de rendre des comptes ni de trouver dans l'entourage proche une personne susceptible d'exercer cette mission de contrôle. Celle-ci pourrait alors être exercée par le greffe à charge pour ce dernier de soumettre au juge des tutelles les situations problématiques (option 1) ou par le juge (option 2).

66 - Prévoir la transmission au greffe d'informations par voie dématérialisée par les banques et les assurances.

67 - Établir des documents unifiés de présentation des comptes (format Cerfa), avec une liste de justificatifs clairs, précis et identiques pour toutes les juridictions.

68 - Engager le processus de dématérialisation des documents et réactiver le portail des majeurs protégés engagé en 2007 avec le concours de la Caisse des dépôts et consignations.

Le contrôle de l'activité des MJPM

69 - Capitaliser les initiatives de contrôles entre pairs mis en place par les MJPM (FNMJI en particulier).

70 - Coordonner les contrôles d'ordre judiciaire et d'ordre administratif.

71 - Former les contrôleurs aux spécificités du secteur de la PJM et organiser les échanges en amont de chaque contrôle avec les juges concernés.

72 - Intégrer la logique constructive des schémas régionaux dans les plans de contrôle et impliquer le(s) magistrat(s) délégué(s) à la cour d'appel pour que l'enjeu du contrôle se situe non seulement dans une dynamique de repérage des risques ou des dysfonctionnements, mais aussi des bonnes pratiques à promouvoir.

La formation des MJPM et la rémunération des MJPM salariés

73 - Créer un diplôme (sur la nomenclature européenne LMD) de mandataire judiciaire à la protection des majeurs pour permettre une véritable reconnaissance de la spécificité de ce métier, assurer un enregistrement de droit dans le Répertoire National des Certifications Professionnelles (RNCP) et entraîner une reconnaissance spécifique au sein des conventions collectives.

74 - Réformer les contenus du certificat national de compétences ou d'un diplôme spécifique aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs qui doivent impérativement comporter un socle juridique ainsi que des volets de gestion et relatif à l'intervention sociale.

75 - Renforcer la formation continue en la rendant obligatoire.

76 - Ancrer la participation des personnes protégées elles-mêmes dans la formation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, dans la poursuite de l'esprit de la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

77 - Revoir les habilitations des établissements habilités à délivrer le CNC ou diplôme.

78 - Soutenir le processus de négociation des accords à intervenir sur la question de leur rémunération des mandataires judiciaires salariés de service mandataires, notamment dans le cadre de la renégociation de la CC66.

79 - Soutenir la formation des familles et des aidants.

Le statut du MJPM

80 - Reconnaître la spécificité du métier de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, qui requiert des compétences juridiques, de gestion et dans le champ de l'action sociale, et l'enregistrer au répertoire national des certifications professionnelles (RNCP).

81 - Donner aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs, certifiés, agréés et assermentés, la possibilité de se substituer un tiers sous leur propre responsabilité civile en cas d'indisponibilité, sous la réserve expresse qu'il soit lui-même mandataire judiciaire à la protection des majeurs inscrit dans le même ressort (C. civ., art. 452 al.3).

82 - Créer un statut spécifique de mandataire judiciaire à la protection des majeurs dans la fonction publique hospitalière et territoriale, garant d'une parfaite identification de cette fonction et de l'indépendance prévue par les textes.

83 - Supprimer l'obligation de soumission aux règles de la comptabilité publique pour les mandataires judiciaires à la protection des majeurs préposés d'établissement en subordonnant leur gestion à l'ouverture de comptes à la CDC (C. civ., art. 427 al 3 et 5).

84 - Inclure expressément le financement codifié de l'activité des mandataires judiciaires à la protection des

majeurs préposés dans le code de l'action sociale et des familles, afin d'améliorer la lisibilité et le contrôle du dispositif.

85 - Renforcer l'obligation pesant sur les établissements de santé ou médico-sociaux (de plus de 80 lits) de désigner en leur sein un mandataire judiciaire à la protection des personnes afin d'éviter que certains d'entre eux, de plus en plus nombreux, se dispensent du respect de cette obligation. Celle-ci pourrait être étendue à toutes les structures hébergeant des personnes âgées, quitte à ce qu'elle puisse y satisfaire au travers d'une mutualisation avec d'autres établissements proches.

86 - Rendre obligatoire la constitution de régies dans les établissements de santé ou médico-sociaux en s'appuyant sur une délégation du comptable du Trésor, afin de faciliter la remise de l'argent aux personnes protégées y résidant.

87 - Prévoir des règles précises pour neutraliser et interdire clairement les cas d'opposition d'intérêts.

88 - Faire émerger une déontologie et/ou une éthique commune à tous les professionnels MJPM.

6. La question persistante des personnes protégées en Belgique

89 - Modifier les conditions d'attribution de l'AAH et de la couverture sociale qui restent problématiques,

90 - Simplifier l'accès aux démarches administratives, aujourd'hui impossibles ou complexes (ex. : prise en charge du forfait hospitalier par la CPAM, avis d'imposition),

91 - Répondre aux nombreuses interrogations relatives à l'articulation entre le droit belge et le droit français en matière de fin de vie, d'euthanasie et de refus des soins notamment.

92 - Lever les difficultés à souscrire un contrat d'assurance responsabilité civile, obligatoire.

7. Le pilotage et l'articulation de la politique publique de protection juridique des majeurs

93 - Poursuivre la dynamique interministérielle engagée en créant un délégué interministériel chargé de la

structuration d'une politique publique de la protection juridique des majeurs.

94 - Créer un Conseil national de la Protection Juridique des Majeurs (CNPJM), structure opérationnelle présidée par le délégué interministériel et pluripartenariale, comprenant un laboratoire d'innovation publique national interministériel sur la protection juridique des majeurs et un observatoire national de la protection juridique des majeurs.

95 - Prévoir que, parmi ses missions, le conseil sera chargé d'animer un groupe éthique national pour construire la réflexion éthique et déontologique des acteurs de la protection juridique. Il se réunira en deux types de formations : une formation transdisciplinaire pour échanger sur les grandes questions éthiques de la PJM et une formation plus administrative pour la formalisation des écrits et guides nationaux éthiques et de déontologie. Il mettra également en place une commission pluridisciplinaire de contrôle, destinée à assurer la régulation de la profession, à diffuser des formations et guides de bonne pratique mais aussi à imposer, lorsque cela est nécessaire, des mises en conformité au regard des obligations de la profession.

96 - Simplifier et innover avec le numérique sur de nombreux sujets déjà identifiés pour trouver des solutions innovantes avec les acteurs et les usagers de la protection juridique des majeurs (tarification des services MJPM, facturation des MJPM individuels, simplification des procédures d'autorisations tels les appels à projets et extensions pour les autorisations des services, d'agréments pour les MJPM individuels, de déclaration des préposés, procédures de contrôle tels les référentiels de contrôle et de gestion des risques MJPM les comptes de gestion adressés aux greffes).

97 - Prendre en compte les risques de la dématérialisation pour les personnes et leurs proches en conservant des lieux d'accueil physique sur l'ensemble du territoire et en veillant, à chaque fois qu'une procédure est dématérialisée à ce qu'une voie alternative — papier, téléphonique ou humaine — soit toujours proposée en parallèle ». Il est impératif de développer des outils adaptés aux capacités des personnes accompagnées, afin de prévenir les risques d'exclusion numérique de ces personnes et de ces familles.

98 - Redéployer une partie des économies réalisées par la dématérialisation des services publics ou privés pour financer l'accompagnement des personnes protégées.

99 - S'appuyer sur la CNSA, les conseils départementaux et les ARS pour mettre en place des orientations stratégiques et créer un cadre de coopération permettant une bonne articulation des différents acteurs, dont les acteurs judiciaires afin de déployer une politique de

protection publique de soutien des droits et de protection des personnes et de prévention et de traitement de la maltraitance.

100 - Prévoir la présence systématique d'un représentant de l'administration des domaines dans toute succession d'un majeur protégé dans laquelle se présente, en l'absence d'héritiers, un légataire universel extérieur à la famille du défunt.

101 - Renforcer le rôle de coordination et d'impulsion du magistrat délégué à la protection des majeurs des cours d'appel pour qu'il soit plus opérationnel et reconnu (modification du Coj, art. L 312-6-1 et R 312-13-3 à créer).

102 - Améliorer l'image et la confiance dans le dispositif en organisant une campagne nationale d'envergure portée par les ministères signataires de la lettre de mission pour améliorer l'information auprès du public sur la protection juridique, encourager le rôle des familles et objectiver celui des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

103 - Construire une politique ambitieuse de renforcement des groupes de recherche pluridisciplinaires, notamment en lien avec le plan maladies neuro-dégénératives, les recherches médicales et scientifiques, en sciences humaines et sociales, économiques et en droit avec pour objectifs :

- faire partager en permanence par tous les chercheurs un esprit d'innovation à partir d'une approche globale de la personne, y compris dans sa composante d'accompagnement dans l'expression et dans l'exercice des droits. Les collaborations internationales sont également à rechercher et à mobiliser en évitant de se centrer uniquement sur des recherches théoriques, sur des concepts, et en favorisant des recherches plus pragmatiques, à visée d'application concrète ;

- veiller à toujours reconnaître les droits de la personne là où elle se trouve, ce qui oblige à l'implication de tous les professionnels et pas seulement des professionnels repérés de la protection juridique de la personne ;

- connaître le contenu de ces droits.

104 - Mettre en œuvre la feuille de route avec pour objectif de construire une politique publique interministérielle (justice, ministères sociaux, travail, finances publiques...) et multipartenariale (départements, CNSA, sécurité sociale, caisses d'assurance maladie, mutuelles, notariat, barreau, secteur associatif...) appuyée sur deux dimensions complémentaires de l'État :

- 1° un État agile, qui pilote et met en place une vraie politique de la protection juridique au niveau national et sur les territoires grâce à une connaissance fine des territoires (DATA) et de l'engagement des acteurs. Il

pourra décider et outiller les orientations politiques, techniques et financières pour permettre la meilleure adéquation des moyens de l'action publique-privée sur les territoires, la mutualisation et la diffusion des bonnes pratiques et la garantie de l'optimisation des ressources disponibles ;

- 2° un État plateforme qui horizontalise sur les territoires l'action publique et permet la créativité collaborative et la co-construction de l'innovation de cette politique publique en créant des actions et solutions numériques agiles par les usages et avec les usagers.

06

La feuille de route

Le secteur du soutien, de l'accompagnement et de la protection des personnes particulièrement vulnérables ne peut être réduit au seul domaine de la décision judiciaire de protection. Il interpelle l'ensemble des professionnels intervenant auprès des personnes présentant des altérations de leurs facultés personnelles, et leurs aidants, et rencontrant, au-delà du droit, toutes sortes de difficultés sociales, médico-sociales et sanitaires. C'est donc une politique publique qui doit être affirmée en ce qu'elle constitue un maillon essentiel du contrat social dans une société inclusive. Il est essentiel d'organiser une gouvernance globale et territorialisée la plus agile possible pour co-construire cette politique publique au vu de ses enjeux juridiques, éthiques et budgétaires.

L'enjeu du numérique est aussi très fort pour la mise en œuvre d'une vraie politique publique co-construite entre les acteurs. Elle permettra véritablement de dégager des marges de manœuvre très importantes sur le temps et les moyens pour les professionnels qui pourront en contrepartie renforcer l'accompagnement sur les droits et le social des personnes protégées.

L'ambition de cette feuille de route est de permettre, de manière pragmatique, de s'appuyer, sur un existant et de viser à la création d'une vraie organisation innovante de la protection juridique des personnes qui réponde aux enjeux majeurs rencontrés dans notre société par les nombreuses personnes souffrant d'altération(s) physiques et psychiques médicalement constatée(s) les empêchant de pourvoir seules à leurs intérêts, quelles qu'en soient les causes.

L'objectif est donc de construire une politique publique interministérielle (justice, ministères sociaux, travail, finances publiques...) et multipartenariale (départements, CNSA, sécurité sociale, caisses d'assurance maladie, mutuelles, notariat, barreau, secteur associatif...) incarnée par un délégué interministériel et appuyée sur deux dimensions complémentaires de l'État :

- 1° un État agile, qui pilote et met en place une vraie politique de la protection juridique au niveau national et sur les territoires grâce à une connaissance fine des territoires (DATA) et de l'engagement des acteurs. Il pourra décider et outiller les orientations politiques, techniques et financières pour permettre la meilleure adéquation des moyens de l'action publique-privée

sur les territoires, la mutualisation et la diffusion des bonnes pratiques et la garantie de l'optimisation des ressources disponibles ;

- 2° un État plateforme qui horizontalise sur les territoires l'action publique et permet la créativité collaborative et la co-construction de l'innovation de cette politique publique en créant des actions et solutions numériques agiles par les usages et avec les usagers.

Un important travail de concertation avec les acteurs devra être entrepris, en particulier avec les départements et la CNSA.

1. Un État agile et pilote

Une gouvernance nationale organisée autour de 3 piliers : gouvernance partagée, éthique et de l'innovation publique

La création d'un Conseil national de la Protection Juridique des Majeurs (CNPJM), présidé par le délégué interministériel et instance stratégique pourrait permettre de contribuer à la définition des orientations annuelles sur les territoires et à la mise en œuvre de la feuille de route nationale en ses différentes actions. Ce conseil serait composé notamment des représentants nationaux professionnels de la protection juridique et des différents acteurs (notaires, avocats, représentants des médecins inscrits...). Les ministères concernés et leurs représentants déconcentrés sur les territoires seraient également membres de ce Conseil.

Ce conseil, qui devra intégrer la mission d'observatoire, utilisera les données d'un nouveau Système d'Information (SI) interministériel sur la protection juridique des majeurs pour analyser au mieux les réalités et besoins territoriaux et définir les priorités nationales et ses enjeux financiers. Ce système d'information nationale capitalisera sur l'expérience réussie du RI-MJPM qui avait été déployée en ex-Nord-Pas-de-Calais et les possibilités maintenant offertes par le développement de l'application E-MJPM dans le cadre des intra-entrepreneurs des ministères Sociaux, application qui pourra évoluer pour construire le SI national interministériel dynamique tant attendu des acteurs et fiable sur les territoires.

Ce conseil aura aussi comme mission de capitaliser sur les bonnes pratiques sur les territoires et de les amplifier sur le territoire national. Il repérera, stimulera et valorisera les innovations sociales repérées sur le champ de la protection juridique des majeurs et participera en ce sens au Carrefour des Innovations Sociales (CIS) appuyé par le CGET.

Ce conseil permettra par ailleurs de réunir le groupe ressource national, en lien avec la DACS et le SGMCAS, sur l'inspection contrôle des mandataires judiciaires à la protection des majeurs qui existe aujourd'hui dans le cadre du groupe de travail national sur la gestion des risques mandataires. Ce dernier est composé d'inspecteurs de l'action sociale et de juges de tutelles pour organiser l'action, les doctrines et la méthodologie des contrôles sur les territoires ainsi que la bonne mise en œuvre de l'outil de gestion des risques mandataires. Ce dernier outil permet de cibler les mandataires judiciaires à risques potentiels pour les programmations annuelles des contrôles de l'État et permet donc une simplification et une autonomisation des services de cohésion sociale pour définir les niveaux et volumétrie de contrôle sur les territoires.

Le conseil pourra aussi s'appuyer sur d'éventuelles commissions organisées au vu de sujets critiques et prioritaires ou sensibles mais surtout développera une réflexion avec deux autres piliers de cette gouvernance nationale : un groupe éthique national de la protection juridique des majeurs et un laboratoire d'innovation publique-privée interministériel :

- le groupe éthique national devra construire la réflexion éthique et déontologique des acteurs de la protection juridique. Il pourra se réunir en deux types de formations : une formation transdisciplinaire pour échanger sur les grandes questions éthiques de la protection juridique des majeurs et une formation plus administrative pour la formalisation des écrits et guides nationaux éthiques et de déontologie.

Ce groupe éthique national devra être connecté aux groupes éthiques régionaux portés par les régions dans le cadre des schémas régionaux et capitalisera sur leurs remontées au national des sujets et situations traitées et en formalisera des guides et rendus nationaux pour en faire la promotion sur l'ensemble des territoires.

Sa composition en formation transdisciplinaire pourra s'inspirer de celle du groupe éthique de l'ex Nord-Pas-de-Calais qui réunit des représentants des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, des agents de la direction de la cohésion sociale, des juges des tutelles, des médecins inscrits et des universitaires, pour échanger sur des questions et tensions éthiques sur des situations à froid.

- Un laboratoire d'innovation publique de la protection juridique des majeurs.

Une gouvernance déconcentrée en régions portée par des schémas régionaux nouvelle génération

Après deux à trois générations, les schémas régionaux sont encore trop hétérogènes sur les territoires. Les pratiques sont trop différentes et les bonnes pratiques n'ont pas été catalysées et amplifiées dans les différentes régions. Des nouveaux schémas 2019-22 seront lancés en région et pourront intégrer au local la déclinaison de la feuille de route nationale. Ils disposeront d'un tronc commun capitalisant sur les bonnes pratiques identifiées depuis plusieurs années dans différentes régions et par les rapports nationaux (IGAS 2014, CNBD 2015, Cour des comptes et défenseur des droits 2016) pour harmoniser les pratiques dans les régions, par exemple :

- la gouvernance locale du schéma (Hauts-de-France) ;
- l'accès aux droits et à la santé dans le cadre du « aller vers » de l'assurance maladie (CPAM du Hainaut – lettre réseau national CNAMTS pour la régionalisation) ;
- le dispositif et l'organisation de l'information et soutiens aux tuteurs familiaux (Hauts-de-France, Bretagne) ;
- le DIPM unifié et intégré au rapport de diligence annuel (PACA) ;
- le groupe éthique régional (ex-Nord-Pas-de-Calais)...

2. Un État plate-forme qui horizontalise pour mieux créer et innover avec les acteurs

Un laboratoire d'innovation publique nationale interministérielle sur la protection juridique des majeurs

Les ministères sociaux sont lauréats de 2,2 millions d'euros dans le cadre de la première vague du FTAP pour moderniser les outils et la politique de la protection juridique des majeurs. L'application E-MJPM est aujourd'hui en cours de développement par l'incubateur des ministères sociaux, ce qui est aussi une opportunité pour la poursuite d'une dynamique interministérielle avec pour objectifs d'organiser la transformation publique et, dans les meilleures conditions possibles pour les personnes, la numérisation de la protection juridique des majeurs en disposant pleinement de ces moyens.

Avec l'appui de la DITP dans le cadre de son action de la transformation publique, l'objectif est de créer un laboratoire d'innovation publique interministériel public-privé comprenant, a minima, le ministère de la justice, les ministères sociaux, la DITP, les représentations nationales des mandataires judiciaires. Ce laboratoire serait directement connecté au niveau national avec :

- la DITP pour bénéficier de ses ressources et expertises sur l'animation créative et les sciences comportementales, la formation des acteurs, la communauté nationale de l'innovation futurs publics... ;
- avec l'incubateur BETAGOUV pour disposer de ses ressources techniques de design et de développement numérique et d'intégrer le travail de start-ups d'État qui développent des solutions utiles à connecter avec la protection juridique des majeurs tels par exemples : « mes-aides.gouv.fr » pour la simulation des droits afin de faciliter l'action des mandataires ; « démarches-simplifiées » pour mettre en œuvre la dématérialisation de toutes les procédures possibles sur le champ de la protection juridique des majeurs ; « France connect » pour que, dans leur rôle de protecteur et garant des droits, les mandataires judiciaires garantissent le droit numérique des personnes protégées en participant à la création de leur identité numérique ; « A+ », le service public renforcé pour tous pour que les mandataires judiciaires à la protection des majeurs soient aussi auxiliaires et à l'initiative de la résolution des problèmes administratifs complexes rencontrés par les majeurs protégés.

Le laboratoire d'innovation publique devra aussi être connecté avec les territoires, et en particulier avec les 12 laboratoires d'innovations publiques lauréats du Programme d'Investissement Avenir (PIA) comme : le SILLAB (Hauts-de-France), le TILAB (Bretagne), Archipel (ARA), LABzéro (PACA), La Brasserie (Grand-Est), La Base (Nouvelle Aquitaine), LAB O (Occitanie), FABRH (Paris)... qui pourront co-développer, porter et expérimenter les dispositifs innovants sur la protection juridique des majeurs.

Le laboratoire d'innovation publique interministériel de la protection juridique des majeurs visera à créer dès 2019 des outils innovants et stimuler la création de start-up publiques ou privées sur des solutions utiles et efficaces pour la protection juridique des majeurs : simplification et numérique.

Simplifier et innover avec le numérique

Dans le cadre des projets de dématérialisation et du « dites-le en une fois »/« faites-le en une fois d'ici », de nombreux sujets sont déjà identifiés pour trouver des solutions innovantes avec les acteurs et les usagers de la protection des majeurs, notamment la simplification et la numérisation :

- tarification des services mandataires judiciaires à la protection des majeurs : développer un système simplifié et équitable réduisant considérablement le temps de gestion par les services mandataires et de la Cohésion sociale dans le cadre de la campagne budgétaire ;
- facturation des mandataires individuels : dématérialisation totale et simplification/automatisation/contrôle intelligent (IA) des facturations pour décharger en

temps administratif les mandataires et les agents de la cohésion sociale ;

- simplification des procédures d'autorisations (appel à projets et extensions pour les autorisations des services), d'agrément pour les mandataires individuels (commission de sélection), déclaration des préposés... pour viser à la dématérialisation totale et leur agilité pour en finir avec la lourdeur de leur organisation dont des instances qui ne sont pas agiles ;
- numérisation totale (automatisation du traitement et génération des rapports) des outils et procédures de contrôle de la cohésion sociale (référentiels de contrôle et gestion des risques mandataires) et des greffes sur les comptes de gestion, notamment.

Stimuler la protection juridique des majeurs pour mieux s'intégrer dans le champ de l'Économie Sociale et Solidaire (ESS)

Le secteur de la protection juridique des majeurs est propice à l'innovation sociale. Le délégué ministériel sera en lien direct avec le haut-commissaire à l'économie sociale et solidaire et à l'innovation sociale pour pouvoir positionner au mieux le secteur de la protection juridique dans l'ESS et la dynamique de la French impact pour bénéficier de son soutien.

L'accélérateur du French impact est, en effet, un nouvel outil pour soutenir et encourager les innovations sur tous les territoires, et qui permettra aux initiatives locales de changer d'échelle et de devenir des solutions nationales. C'est ce qui est recherché par cette feuille de route nationale de l'action publique de la protection juridique des majeurs via le repérage des bonnes pratiques innovantes, leur stimulation et changement d'échelle...

L'action publique interministérielle et ses acteurs publics-privés de la protection juridique des majeurs chercheront donc à mieux identifier et qualifier les projets innovants de la protection juridique des majeurs pour financer la croissance des innovations sociales, qu'elle soit organique ou par essaimage (les acteurs associatifs de la protection juridique des majeurs étant tous concernés par l'économie sociale et solidaire et pour expérimenter l'innovation sociale en favorisant la simplification administrative et le droit à l'expérimentation, ce qui est très important au regard de la complexité du travail du secteur de la protection juridique des majeurs. Enfin, l'évaluation de l'impact social des innovations sera essentielle tout comme l'amélioration de l'orientation et de l'offre de services des accompagnateurs de projets.

Construire une politique ambitieuse de renforcement des groupes de recherche pluridisciplinaires, notamment en lien avec le plan maladies neuro-dégénéra-

tives, les recherches médicales et scientifiques, en sciences humaines et sociales, économiques et en droit avec pour objectifs notamment de faire partager en permanence par tous les chercheurs un esprit d'innovation à partir d'une approche globale de la personne, y compris dans sa composante d'accompagne-

ment dans l'expression et dans l'exercice des droits. Il faudra également mieux faire connaître les droits de la personne et veiller à toujours les faire reconnaître là où elle se trouve, ce qui oblige à l'implication de tous les professionnels et pas seulement des professionnels repérés de la protection juridique de la personne.

Annexes au rapport de mission interministérielle

**L'ÉVOLUTION DE LA PROTECTION
JURIDIQUE DES PERSONNES**

**Reconnaître, soutenir
et protéger les personnes les plus vulnérables**

Anne Caron Déglise
Avocate générale à la Cour de cassation



MINISTÈRE
DE LA JUSTICE

MINISTÈRE
DES SOLIDARITÉS
ET DE LA SANTÉ

SECRETARIAT D'ÉTAT
AUX PERSONNES
HANDICAPÉES

Sommaire

Annexes

01 La composition du groupe de travail	2
02 Le calendrier	3
03 Les auditions	5
04 Les contributions	6

Annexe 01

Composition du groupe de travail

DACS

- Guillaume Meunier
- Marie Charlotte Dalle
- Virginie Brot
- Mélanie Bessaud

DGCS

- Isabelle Grimault
- Daniel Anghelou
- Séverine Péchard
- Isabelle Piel
- Antoine Mielle

ANDP

- Agnès Francis
- Maud Schindele

ANJI

- Paul Barincou
- Violette Baty

ANM JPM

- Philippe Ehouarne
- Laure Courteaudon

CIH

- Etienne Petitmengin
- Sophie Rattaire

CNB

- Maître Robbe
- Maître Carine Denoit-Benteux

CNMJPM

- Anne Gozard

CNCPH

- Albert Prévos
- Bérengère Chatellier
- Maître Guillerrou
- Maître Philippe Karim Felissi

CONF-CAP

- Benoît Eyraud

Cour de cassation

- Rachel Le Cotty

CSN

- Maître Damien Brac de la Perrière
- Maître Nathalie Baillon-Wirtz
- Maître Philippe Potentier
- Maître Gilles Bonnet
- Maître Jean-François Sagaut

Défenseur des droits

- Claudine Jacob
- Fabienne Jégu
- Rachel Moutier
- Stéphanie Renson

FNAT

- Ange Finistrosa
- Hadeel Chamson

FNMJI

- David Matile
- Séverine Roy
- Sandrine Schwob

UNAF

- Agnès Brousse
- Lauriane Sochon
- Michel Fohrenbach

UNAPEI

- François Richir
- Anne Lebas-Lacour

Procureur de la République adjoint

- Brigitte Franceschini

Greffier des tutelles

- Marie-Hélène Véry

Universitaires

- Nathalie Péterka, professeur des Universités, Paris XII
- Jean-Marie Plazy, professeur des Universités, Bordeaux IV
- Gilles Raoul-Cormeil, professeur des Universités, Brest
- Marie Mercat-Bruns, maître de conférences, CNAM, Sciences-Po Paris

Annexe 02

Le calendrier

séances et auditions – mars à juillet 2018

14/03	<p>Audition</p> <p>Mme Dagmar Brosey, professeur de droit à l'Université des sciences appliquées de Cologne – spécialiste des personnes vulnérables et de la loi applicable à la représentation et protection de l'adulte en Allemagne, en présence d'Ulrike-Kjestina JANZEN, magistrate de liaison d'Allemagne en France</p>
15/03	<p>1^{er} séance : mise en place du groupe de travail et droits fondamentaux des personnes protégées</p> <ul style="list-style-type: none">- Introduction et présentation des missions du groupe de travail- Retour sur les rapports de la Cour des comptes et du Défenseur des droits- Détermination des thèmes à aborder- Calendrier prévisionnel des prochaines réunions plénières- Droit de vote- La critique des mesures dites « substitutives »- Assistance obligatoire par avocat- Recommandations du Défenseur des droits dans son rapport de septembre 2016 et la Convention internationale des Nations-Unies sur les droits des personnes handicapées
27/03	<p>2^e séance : la santé du majeur protégé et son accompagnement social et médico-social</p> <ul style="list-style-type: none">- Harmonisation des dispositions relatives à la personne de confiance prévues par le CASF et le CSP lorsque l'usager des secteurs sanitaire, médico-social ou social est sous protection juridique ;- Réflexion sur les droits du majeur protégé en matière de santé (don du sang) et l'expression de son consentement (en cas de représentation)- Bioéthique- Données sensibles en matière de santé
12/04	<p>3^e séance : le périmètre d'intervention du juge</p> <ul style="list-style-type: none">- Définition des actes strictement personnels- Déjudiciarisation relative (supprimer certaines autorisations du juge des tutelles)- Amélioration de la connaissance des mesures de protection par les partenaires institutionnels (banque, assurance-vie, notaires, professionnels et institutions des secteurs sanitaire, médico-social ou social...)- Dénomination et spécialisation du juge des tutelles- Développement de la MASP : identification des freins et des difficultés de mise en place ; propositions d'amélioration, notamment l'opportunité d'une extension de la mesure à tous les revenus- La fiducie-gestion pour les majeurs protégés- Responsabilité des différents intervenants et prescription pour les mesures juridiques ou familiales organisation des funérailles – contrats obsèques- Gestion de la succession du majeur protégé- Mainlevée de la mesure du majeur protégé dangereux ou installé à l'étranger

02/05	<p>Audition du syndicat de la magistrature</p>
16 et 17/05	<p>Auditions</p> <ul style="list-style-type: none"> - Stéphane Corbin, directeur de la compensation de la CNSA - Chambre nationale des huissiers de justice, Chambre nationale des commissaires priseurs judiciaires
18/05	<p>4^e séance : l'amélioration des conditions de saisine du juge</p> <ul style="list-style-type: none"> - Développer le soutien et l'information aux tuteurs familiaux sur les directives anticipées et l'habilitation familiale - La formation des médecins rédacteurs de certificats médicaux - L'évaluation pluridisciplinaire avant saisine du juge ou du procureur de la République
22/05	<p>5^e séance : l'architecture générale de la protection juridique des majeurs</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sur une mesure unique - Sur la redéfinition de l'accompagnement - Sur le développement des mesures anticipées et du mandat de protection future
30/05	<p>Auditions</p> <ul style="list-style-type: none"> - FO Unité magistrats - Audition du préfet M. Régnier et M. Bottineau
12/06	<p>Audition</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cristina Guilarte, professeur de droit civil à l'université de Valladolid, en présence de Maria-Felisa Herrero-Pinilla, magistrate de liaison espagnole à Paris - USM - André Bitton CRPA (cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie) - Unsa sj
15/06	<p>La fédération bancaire française et la fédération française des assurances en présence du Défenseur des droits et de la direction générale du trésor</p>
20/06	<p>6^e séance : la surveillance et le contrôle de la protection juridique des majeurs</p> <ul style="list-style-type: none"> - Étanchéité des contrôles judiciaires, sociaux et médicaux - Question du secret professionnel - Statut et professionnalisation des MJPM - Sur la création d'une mission ou fonction de coordination interministérielle ou d'un observatoire de la protection juridique des majeurs - Création d'un service public
26/06	<p>Auditions</p> <ul style="list-style-type: none"> - M. Jean-Michel Rapinat, Directeur délégué politiques sociales, Assemblée des Départements de France - Ordre National des Médecins - Maître Florence Fresnel, Avocat - Maître Marie-Hélène Isern-Réal, Avocat - Mme Nathalie Péterka, M. Gilles Raoul-Cormeil, Universitaires
05/07	<p>Séance de restitution des travaux</p>

Annexe 03 Les auditions

Pascale Pin et Cyriaque Bayle	ministère de l'intérieur :
Paolo Giambiasi	direction des services judiciaires du ministère de la justice
Isabelle Erny, Sandrine Perrot, Mathilde Formet	ministère des solidarités et de la santé
Françoise Avram	vice-présidente en charge du service des tutelles au Tribunal d'instance de Paris 18 ^e
Yael Frydman et André Bitton	président du CRPA
Sandrine Bourdin	vice-présidente en charge du service des tutelles au Tribunal d'instance de Paris 16 ^e
Dagmar Brosey	professeur des Universités, Cologne (All)
Dr. Valérie Cérèse	gériatre, La Timone, Marseille, InterRaï France
André Deseur, Jean-Marie Faroudja, Caroline Héron	conseil national de l'Ordre des médecins
Stéphane Corbin	directeur de la compensation (CNSA)
Sophie Coupet	vice-présidente en charge du service des tutelles au Tribunal d'instance de Juvisy-sur-Orge
Pierre Crocq	professeur des universités, Paris II
Dr. Olivier Drunat	gériatre
Maître Florence Fresnel	avocat
Françoise Georgin	direction générale du trésor
Cristina Guilarte Martin-Calero	professeur des Universités, Valladolid (Esp)
Fabrice Gzil	philosophe, Fondation Médéric Alzheimer
Maître Marie-Hélène Isern-Réal	avocate
Julien Kounowski	inspecteur principal de la cohésion sociale
Dr. Véronique Lefebvre des Noëttes	psychiatre de la personne âgée APHP
Karine Lefeuvre	professeur à l'EHESP, membre du CCNE
Sylvie Moisdon-Chataigner	maître de conférences, Université de Rennes
David Noguéro	professeur des Universités, Paris Descartes
Emilie Pecqueur	conseillère à la cour d'appel de Douai
Christine Peyrache	conseillère à la cour d'appel d'Aix-en-Provence, magistrat déléguée à la protection des majeurs
Jean-Michel Rapinat	directeur délégué politiques sociales, ADF
Alain Régnier et Sylvain Bottineau	préfet vice-président du Tribunal d'instance de Lagny-sur-Marne
Stéphanie Woolley	membre de santé mentale europe (excusée)
Nicolas Moreton	chambre nationale des huissiers de justice
Jérôme Pedrizetti, Judith Azevedo, Joséphine Protopapa-Cisek	chambre nationale des commissaires-priseurs judiciaires
Jérôme Pedrizetti, Judith Azevedo, Joséphine Protopapa-Cisek	fédération française des banques
Sylvie Gautherin, Abigaël Antoine	fédération nationale des assurances
C. Parisot et Mme Ody	USM
Gilles Sainati et Mathilde Zylberberg	SM
Michel Dutrus et Souad Yadini	Unité Magistrats SNM FO
Franck Le Guern et Maryline Grandjean	union nationale des syndicats autonomes des services judiciaires
Syndicat C. Justice	n'a pas répondu
CGT des chancelleries et services judiciaires	n'a pas répondu
Syndicat national CFDT des cours et tribunaux	n'a pas répondu
Syndicat des greffiers de France — FO	n'a pas répondu

Annexe 04

Les contributions

ANDP	
ANJI	
ANMJPM	
Association avocats droit et psychiatrie	
Chambre nationale des commissaires-priseurs judiciaires	
Chambre nationale des huissiers de Justice	
Chambre des mandataires judiciaires à la protection des majeurs	
CNB	
CNCPH	
Conseil national de l'ordre des médecins	
CSN	
Fédération bancaire française	
FNAT	
FNMJ	
InterRaï France	
SM	
UNAF	
UNAPEI	
Unité Magistrats	
UNSA sj greffiers	
USM	
Marie-Hélène Bielle	service MJPM IEHP 33
André Bitton	président du CRPA
Pierre Crocq	professeur des Universités, Paris II
Maître Florence Fresnel	avocat
Christina Guilarte,	professeur des Universités
Maître Marie-Hélène Isern-Réal	avocat
Dr. Véronique Lefebvre-des-Noëttes et Dr. Olivier Drunat	
Marie Mercat-Bruns	
Maître Valéry Montourcy	avocat
Nathalie Péterka	professeur des Universités, Paris XII,
Gilles Raoul-Cormeil	professeur des Universités, Caen
Préfet Régnier et Sylvain Bottineau	

Paris, le 13 juin 2018

CONTRIBUTIONS DANS LE CADRE DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS VULNERABLES

Introduction

Les travaux menés en 2018 autour de la protection juridique des majeurs vulnérables ont été l'occasion de revisiter les grands mécanismes de la loi du 5 mars 2007, à l'aune d'une décennie d'existence.

Et de rappeler ainsi le contexte actuel dans lequel ils s'inscrivent :

1. Méconnaissance du cadre du mandat de protection juridique

Proches, acteurs du champ social ou médico-social, acteurs du champ médical, professionnels du droit, organismes sociaux...réservent une définition particulière aux finalités assignées à la protection juridique des majeurs et partant, aux pouvoirs supposés de ceux chargés de l'exercer.

Ces représentations parfois très éloignées du droit, tendent à faire du MJPM un individu substitué à la personne pour agir à sa place et lui attribuent de manière erronée, un pouvoir plénier d'action pour autrui ; elles entrent en contradiction manifeste avec l'esprit de la loi de 2007, lequel n'envisage le recours aux prises de décision substitutives qu'en dernier ressort et pour des situations limitativement prévues, précisément définies et circonscrites.

Ici le principe demeure toujours celui de la liberté de choix et d'action de la personne.

Ces représentations incitent également et de manière très répandue, à un transfert de charge administrative des services sociaux et d'accompagnement vers le MJPM.

Cette fictionnalisation de l'action tutélaire par les tiers entame donc le sens même des missions assignées aux MJPM et place ces derniers dans la nécessité constante de rappeler le champ de leur intervention et ses limites, sans certitude de la prise en compte effective de ces éléments et partant, sans certitude sur le respect de la sphère autonome des personnes en protection.

Elle les assigne en outre à l'accomplissement de tâches administratives pourtant situées hors du champ d'action juridique prévu par le mandat judiciaire.

Les professionnels peinent en conséquence à répondre de leurs obligations légales originelles (remise de l'inventaire à 3 mois, envoi du CRG s, DIPM, assistance sur les actes juridiques), celles fondant l'exercice même du mandat de protection juridique confié.

2. Dématérialisation généralisée des démarches administratives

Promouvoir les droits et les libertés des plus vulnérables dans une société du tout-numérique relève de la gageure pour les professionnels de la sphère tutélaire, pourtant désignés par l'article 415 du CC

comme participant de l'autonomie de la personne qu'ils doivent "*favoriser dans la mesure du possible*".

Le recours généralisé à la dématérialisation des accès et des contenus, parfois sans qu'une alternative "papier" soit proposée (ex : la déclaration d'un RSA ne peut s'effectuer que via le site de la CAF) entrave voire obère la possibilité pour la personne d'agir seule, alors que le droit de la protection juridique des majeurs énonce un présupposé capacitaire en matière d'actes courants ou usuels ; alors qu'est sans cesse mis en exergue l'impératif d'inclusion sociale.

Ici le maintien de l'hypothèse de l'autonomie de la personne et le respect du principe de subsidiarité, centraux dans l'exercice tutélaire, n'en sont rendus que plus délicats.

Le MJPM agit en fonction des données en présence, à proportion des capacités de la personne et en veillant à une mise en œuvre rigoureuse du mandat dans le strict respect de la règle de droit. Ce faisant, il ne lui revient pas d'opérer ou de porter les reconfigurations sociales substantielles que ces différents constats appellent.

3. Diversité des publics bénéficiaires d'une mesure de protection juridique

La part du vulnérable en protection juridique des majeurs est spécifique. Elle prend la forme d'une altération des facultés psychiques, le plus souvent, ou des facultés physiques, parfois, de nature à empêcher l'expression de la volonté et plaçant dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts.

Le mandat de protection juridique s'inscrit donc dans une multiplicité de situations biographiques, économiques, professionnelles (désaffiliation, vieillissement, refus de soins, endettement chronique...) et dans un contexte psychopathologique éminemment mouvant.

Il est essentiel de rappeler le caractère volatile de la volonté en présence de troubles psychiques souvent très prégnants, parfois non traités, entraînant une discontinuité de la capacité des personnes à consentir ou faisant peser un aléa sur sa possible mise en œuvre.

Il appartient au MJPM d'individualiser la mesure de protection juridique, de l'inscrire dans une temporalité adaptée aux besoins de la personne, et ce dans un environnement par définition changeant et incertain.

Or l'impératif de performativité traversant toutes les modalités de soutien ou suppléance à la vulnérabilité s'accommode peu de ceux-ci.

4. La multiplication des obligations légales mises à la charge des services

Les MJPM connaissent une inflation de leurs obligations légales en raison de leur insertion dans le champ de la loi 2002-2 sans tenir compte de la spécificité de leurs missions et de leurs contraintes d'exercice.

Ces derniers s'astreignent au rendu-compte de leur action mais aussi à l'élaboration de procédures visant davantage à garantir la conformité aux obligations légales, au détriment de procédures visant à un exercice des mesures plus respectueux de l'autonomie juridique des personnes.

En exemple, les processus d'évaluation interne et externe invitent les MJPM à appréhender leurs pratiques professionnelles sous un angle réflexif. Pour autant, leur contenu est peu exploité par manque de temps et par manque de moyens.

I. Contrôle de l'activité des Mandataires Judiciaires à la Protection des Majeurs

Rendre compte est une obligation essentielle propre à tout mandat, d'autant plus cruciale lorsque le mandat est judiciaire et que la personne concernée, vulnérabilisée et atteinte d'une altération de ses facultés, a des capacités amoindries pour exercer elle-même ce contrôle.

Les MJPM affirment leur volonté de se soumettre à tout contrôle permettant de garantir tant l'exercice des droits et libertés des personnes protégées et la transparence et la loyauté absolue de leur activité de gestion, dans le respect de la stricte obligation de confidentialité et de non-divulgateion à laquelle ils sont tenus.

Le mouvement de déjudiciarisation engagé ne doit nullement remettre en cause la mission d'intérêt générale exercée en qualité d'auxiliaires de justice.

Il est nécessaire d'adresser un message fort tant aux personnes protégées qu'à leur entourage quant à la stricte probité et au professionnalisme déployés dans l'exercice des mesures.

Les MJPM s'engagent à être en capacité, n'importe quand, de rendre compte sur les plans qualitatif et quantitatif, de leur action. Toutefois, il appartient à l'État de prévoir les conditions du contrôle de la reddition de comptes.

Les personnes protégées doivent être les premières destinataires des documents produits, ainsi que de leurs relevés de comptes mensuels, budget, factures significatives, situation fiscale, etc. au titre de la transparence qui leur est due ainsi que de la reconnaissance de leur propre capacité.

A. Sur les dispositions contenues dans le projet de loi de programmation de la justice

• **Nouvel article 512(projet)**

- Discussion : nous relevons plusieurs conséquences à ce régime, qui incite à la désignation d'un subrogé tuteur/curateur :

- Si cette disposition s'accompagne d'une modification des pratiques des juges des tutelles, qui multiplieront la désignation des subrogés ou co-tuteurs/curateurs par les juges des tutelles, le financement des contrôles :
- Sera « gratuit » si les deux organes de protection désignés ne sont pas des MJPM
- Relèvera de la DGF si un des organes de protection désigné est un MJPM, et nécessitera par conséquent de déployer des moyens pour cette nouvelle mission
- Si juges des tutelles ne modifient pas leurs pratiques, les comptes des personnes protégées avec peu de patrimoine et isolées seront contrôlés par une personne qualifiée. Il nous paraît alors essentiel que dans ces situations le financement de la personne qualifiée ne pèse sur la personne protégée.

- Remarque plus large : Ce type de mesures partagées sont de plus en plus prononcées par les juges (même si elles représentent une petite proportion des mesures prononcées).

Dans les faits il s'agit souvent de situations dans lesquelles les juges ne souhaitent pas confier l'exercice du mandat uniquement à la famille, pour diverses raisons, et optent par conséquent pour une mesure conjointe pour « satisfaire » les proches et/ou la personne protégée.

Ce sont en pratique des mesures qui peuvent être extrêmement difficile à exercer (exemple : co tuteur parlant très peu français et ne sachant pas lire et écrire le français).

Même lorsque la collaboration est possible l'exercice reste complexe, par manque de précisions des missions de chacun dans la loi.

- **Nouvel article 513 : distinction entre l'obligation d'établir le compte et l'obligation de le soumettre à approbation (projet)**

- Le juge peut dispenser le tuteur (professionnel ou familial) de soumettre le compte à approbation.
 - Question : Sur quel(s) critère(s) le juge dispense l'organe de protection de faire approuver les comptes ?
 - Préconisation : prévoir dans ces hypothèses a minima un contrôle entre pairs (cf. infra)
- Le juge peut dispenser le tuteur familial d'établir le compte de gestion
 - Question : Sur quel(s) critère(s) le juge dispense l'organe de protection de faire approuver les comptes ? Disparition des critères de la modicité des revenus et du patrimoine.
 - Discussion : les risques de gestion défaillante et/ou négligente de l'organe de protection non professionnel sont réels. Les MJPM sont souvent désignés dans ce cadre et découvrent des situations avec des impayés de plusieurs mois/années (établissement non payé, non versement des ressources à l'aide sociale), des droits non ouverts...
- Remarque générale : le choix entre les différentes options prévues par les articles 512 et 513 pour le contrôle des comptes de gestion repose sur le juge des tutelles et nécessite une très bonne connaissance de la situation de la personne, du temps pour auditionner les proches... or nous sommes dans un mouvement de déjudiciarisation.

L'ANDP reformule sa position d'impliquer, à défaut des services de la justice, un contrôle étatique spécialisé du chiffre (administration fiscale) pour les contrôles de gestion.

B. La proposition de l'ANDP : le contrôle entre pairs

Cette proposition avait déjà formulée auprès du CNBD et lors d'auditions par l'ANDP, depuis 2014. Un dispositif voisin est mis en œuvre depuis 2017 par la FNMJI à destination de ses adhérents, sur le principe du volontariat. L'ANDP soutient sans réserve cette initiative et souhaiterait la généraliser comme une obligation propre à l'exercice de MJPM, quel que soit le mode d'exercice, en appui sur trois principes intangibles :

- Le contrôle entre pairs ne saurait se substituer au contrôle de la puissance publique mais pourrait idéalement le compléter, contrôle essentiel dans une mission de service public et au regard du message délivré à l'opinion, en d'autres termes ne pas se contenter de l'entre-soi.
- En revanche, la profession doit pouvoir acter sa capacité d'auto-régulation, d'autant plus que la connaissance fine des contextes et des modalités de mise en œuvre des mandats par les professionnels apporterait une plus-value certaine aux compétences de contrôleurs professionnels du chiffre ;
- Cette nouvelle mission ne peut se déployer et prospérer sans financement dédié

Propositions :

- Chaque institution et chaque MJPM serait à la fois contrôlé et contrôleur annuellement selon les modalités suivantes :
 - L'identité du service MJPM ou du MJPM à contrôler changerait chaque année et ferait l'objet d'un tirage au sort. Ainsi les risques de collusion ou de manque de rigueur s'en trouveraient écartés.
 - L'échelon de l'organisation et l'attribution des contrôles pourrait être régional et ainsi corrélés à l'activité des comités régionaux d'éthique et de régulation envisagés.
 - Le contrôle serait effectué par les MJPM satisfaisant aux conditions de formation et prestation de serment et en exercice, avec éventuellement un renfort d'autres professionnels compétents dans certains domaines (administratifs, comptables, juristes, encadrement...)
- Ce contrôle entre pairs permettrait une acuité et une compétence des regards portés. L'implication de la profession contre les possibles dérives ou actes délictueux et leur prévention constituerait un message fort et pourrait participer de la revalorisation de la profession.

- Ce nouveau dispositif permettrait des échanges entre professionnels, un décloisonnement des pratiques, contribuant à la constitution d'un véritable corps de métier et d'une culture commune.
- Le document final de l'opération de contrôle serait déposé auprès des autorités judiciaires et administratives afin de privilégier l'interaction entre les différentes régulations de l'activité du MJPM.
- La DGF prévoirait une ligne budgétaire permettant la prise en considération de cette mission nouvelle

II. Individualisation des mesures et perspectives quant à une mesure unique

L'ANDP s'inscrit dans le mouvement de promotion de l'article 12 de la CIDPH de l'ONU visant à garantir l'égalité de tous dans l'exercice de la capacité juridique, avec les précautions déjà exprimées par ailleurs, notamment au regard de l'impossibilité de supprimer tout système de représentation à l'égard de nos concitoyens qui sont dans l'incapacité pratique de s'exprimer et d'agir.

L'ANDP prône une individualisation renforcée des mesures, gouvernée par le primat de la capacité et de l'autonomie, toute restriction de la capacité d'exercice étant subsidiaire à la reconnaissance de la capacité naturelle des personnes concernées et à l'action des solidarités de droit commun (proches, professionnels).

Il est réaffirmé que le MJPM ne peut évaluer à lui seul les capacités concrètes de la personne à traduire en capacités juridiques, même si des compétences propres en la matière sont évidentes. Cette évaluation doit s'effectuer à travers le réseau de droit commun de la personne protégée.

A. Discussion sur la perspective d'une mesure unique détaillant acte par acte le régime applicable

L'ANDP exprime une réticence à modifier en profondeur le droit positif cadré par la Loi 2007-308 du 5 mars 2007. L'instabilité législative risque d'ébranler l'évolution nécessaire des pratiques encore trop disparates et balbutiantes au regard des principes posés et le Droit nous semble devoir être éprouvé sur du très long terme. A trop le modifier, il s'ensuit une insécurité juridique très préjudiciable.

Il nous semble que l'édifice législatif existant serait conforme sur bien des points aux préconisations de l'article 12 de la CIDPH pour peu que sa mise en œuvre suive l'esprit des textes.

Des évolutions de principe se révèlent nécessaires :

- Supprimer les références à la tutelle dans les textes relatifs à la curatelle (les articles 467 et 472 y renvoient explicitement) afin que la mesure de représentation n'apparaisse plus comme la mesure de référence
- Expliciter la notion d'intérêt (canonique dans les articles 415, 426, 427, 448 et suivants) comme indissociable de la volonté de la personne protégée, sauf circonstances exceptionnelles et objectivables commandant de ne pas la respecter, afin de conforter le principe d'autonomie de la volonté.
- Favoriser l'accès aux « régulations par l'aval » (remise en cause des actes passés par la personne protégée par les voies de l'annulation, la rescision et la réduction) afin que le principe de capacité puisse se déployer non sans une sécurisation de l'autonomie et un avertissement délivré aux possibles manœuvres de tiers contre la personne vulnérable. Le risque toutefois reste une déstabilisation des contrats et l'appel des cocontractants à l'autorité présumée du curateur ou du tuteur, restreignant ainsi les capacités d'initiative de la personne protégée.

- Réformer le principe d'autorisation (articles 460, 476, du code civil, articles 1111-6 et 1111-11 du CSP, etc.) en le transformant en une « non opposition » de l'autorité compétente afin d'affirmer la subsidiarité de la contrainte légale et la réserver aux circonstances exceptionnelles
- Mettre en conformité l'article 42 du code de déontologie médicale (valeur réglementaire) avec les articles 1111-4 du CSP et 459 du code civil (valeur législative)
- Supprimer toute notion de représentant légal dans le CSP et le CASF puisque le régime de représentation n'est jamais systématique ni général y compris en tutelle et afin d'éviter toute analogie avec le statut des mineurs

En cas de mesure unique, le mandat ne pourra être exercé que si le régime prévu dans le jugement est conforme aux aptitudes réelles de la personne. Un renvoi à la nécessité d'une période d'observation permettant un rapport détaillé pour individualiser la mesure apparaît indispensable (cf. B.)

A défaut :

- Les jugements vont être standardisés et il s'agira d'une réforme de façade : on va donner l'illusion que le système a changé alors qu'en pratique il y aura des jugements type non adaptés aux capacités des personnes.
- Le mandat ne sera pas adapté aux aptitudes de la personne donc l'organe de protection devra régulièrement saisir le juge pour l'adapter, ou agira hors mandat (problèmes de responsabilité, de sécurité juridique, de validité de l'acte).

Un risque majeur est que toute l'analyse de la situation ne repose que sur le MJPM. Celui-ci peut fournir une épaisseur biographique, indiquer l'observable et les éléments de contexte objectivables et inscrire ses analyses dans un réseau autour de la personne. La tendance actuelle est à la désertion des acteurs de la situation présents à l'ouverture de la mesure et leur refuge derrière une omnipotence présumée du mandataire.

Par ailleurs, il nous faut prendre garde aux conséquences de déqualification des actes juridiques avec la requalification des capacités, acte par acte. Le décret 2008-1484 n'aurait alors plus lieu d'être, alors ses manquements actuels posent déjà des difficultés de lisibilité de l'édifice juridique. Nous prendrons comme exemple son caractère à la fois trop détaillé (difficilement accessible et lisible) et paradoxalement non exhaustif. Soulignons également le changement de nature d'un acte selon la mesure (l'action en justice en matière patrimoniale, acte d'administration en tutelle et de disposition en curatelle) qui met à mal la cohérence de la qualification des actes, ainsi que les dispositions des articles 426 et 427 indûment classées en actes de disposition (le cas échéant, l'assistance en curatelle suffirait).

Néanmoins, une mesure unique aurait l'avantage d'écarter la prééminence sémantique et symbolique de la tutelle. Nous demandons à poursuivre la réflexion, convaincus que la priorité est l'individualisation effective de la mesure et que les moyens d'y parvenir restent ouverts au débat.

B. Généralisation de la sauvegarde de justice pour la durée de l'instance

L'ANDP prône une obligation de prononcé d'une sauvegarde de justice avant tout jugement de mesure pérenne, avec désignation d'un mandataire spécial ayant notamment pour mission de rendre un rapport de situation après un délai de 6 à 9 mois. Le but est que le juge dispose d'une évaluation précise de la situation et des aptitudes de la personne, lui permettant de prononcer une mesure adaptée et individualisée. Cette obligation ne concernerait que les primo-mesures en non les cas de révision ou renouvellement d'une mesure préexistante.

Les MJPM ont parmi leurs missions, et donc comme compétence, l'évaluation globale de la situation de la personne dans le périmètre de leur mandat. Cette fonction est en effet permanente pour individualiser son exercice. Ils seraient parfaitement qualifiés pour évaluer la condition sociale du principe de nécessité de l'article 425 (pouvoir seul à ses propres intérêts).

En effet les principes de nécessité, proportionnalité et subsidiarité de la mesure de protection sont mis à mal par les difficultés des juges à adapter la mesure – voire à en apprécier le bien-fondé – au regard des capacités concrètes de la personne.

Le certificat médical circonstancié et la requête traduisent souvent mal la nécessité juridique de la mesure (c'est-à-dire l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts entraînant la nécessité d'être assisté ou représenté dans les actes de la vie civile), notamment du fait de la méconnaissance de la richesse du dispositif par les médecins, familles ou travailleurs sociaux demandant la mesure. Les articles 471 et 473 du code civil procurent des possibilités d'aménagement trop peu utilisés.

Il en résulte des mesures standardisées, mal adaptées, dont l'exercice se révèle complexe voire incapacitant pour les personnes.

La généralisation de ce mandat spécial doit pouvoir permettre, outre la qualification de « l'impossibilité de pourvoir seul à ses propres intérêts » :

- Une investigation large auprès de l'entourage et des tiers
- Une remobilisation de la personne autour de ses aptitudes et des appuis possibles dans son environnement proche et professionnel.
- Une action conservatoire en termes de gestion, de droits, d'inventaire, de suspension de procédures ou de prescriptions, avec la mention « si nécessaire » accolée aux actes énumérés, laissant certes une grande latitude d'appréciation au MJPM, mais dont la limitation sur un temps court et l'obligation d'en tracer et d'en répondre en limiterait les effets pervers ;
- Une préparation des familles à l'exercice de la mesure par leurs soins si cela s'avère possible
- Une redynamisation de l'ensemble des intervenants autour du principe que leur désertion ne saurait impacter la restriction de la capacité d'exercice

C. Commentaire sur la nécessaire clarification en termes de qualification des actes juridiques et de la répartition des pouvoirs entre personne protégée et curateur, discussion empirique autour de la perspective de mesure unique

Support : questionnement autour de l'arrêt la 1ère chambre civile de la Cour de Cassation, 8 mars 2017, n°16-13186, la qualification des actes et les compétences des organes de la mesure de protection

En allant à l'essentiel, la Cour d'Appel de Rennes, par un arrêt du 2 décembre 2015 n°14/02131, a condamné un SMJPM pour n'avoir pas vérifié l'octroi de l'aide sociale pour une personne en curatelle renforcée qui avait intégré un établissement, ou au besoin ne pas l'avoir sollicitée pour l'assister aux fins de faire valoir ce droit. La Cour de Cassation ne tranche pas sur la qualification des actes, quoique cassant l'arrêt attaqué.

Nous observons à titre liminaire que de très nombreux dossiers d'aide sociale sont déposés par les mandataires en curatelle renforcée, régulièrement même en seule représentation (sans la moindre implication du curatelaire), ces pratiques étant certes répandues, mais totalement au mépris de la répartition des pouvoirs entre curateur et curatelaire consacrée notamment par les articles 467, 469 et 472 du code civil. Ces pratiques récurrentes doivent être fortement interrogées.

Il apparaît d'emblée et de manière très empirique que, en l'état du droit civil de la protection des majeurs, la marche est très haute entre une curatelle renforcée et une tutelle, qui se succèdent pourtant dans la gradation des mesures en vertu du principe de proportionnalité :

- La combinaison des articles 465 (nullité des actes) et 467 à 472 laisse au curatelaire une quasi pleine capacité à l'exception des seuls actes de disposition qui pourraient lui être dommageables et des actes personnels qui pourraient nécessiter assistance avec toutes les exceptions et précautions prévues à la sous-section IV (articles 458 à 459-2 notamment)
- En curatelle renforcée, le curateur agit en représentation en sus pour les seuls actes de gestion, perception des ressources et acquittement des charges dettes et dépenses significatives ; en revanche le régime de quasi pleine capacité hors les actes de disposition préjudiciables s'applique pleinement

- En revanche, en tutelle c'est bien une très large incapacité de principe qui se déploie, ne réservant comme sphère de capacité exclusive au tuteur que la sphère des actes personnels lorsqu'elle en a la capacité de prendre une décision, notamment les actes liés au soins (art. 1111-4 du CSP), les actes strictement personnels (art. 458 du code civil), ceux qualifiés par la doctrine d'éminemment personnels (article 459-2 du code civil) ainsi que les actes usuels (très courants) en matière patrimoniale.

La combinaison des principes de nécessité, proportionnalité et subsidiarité a pour effet que bien des curatelles renforcées sont prononcées à l'égard de personnes qui sont très en difficulté, parfois en incapacité concrète d'exercer le large éventail de capacités juridiques qui leur sont légalement reconnues.

Les discussions autour d'une mesure unique nous semblent l'occasion d'une individualisation réelle et opérationnelle des mesures prononcées, et donc de gommer les effets indésirables de ces cadres rigides des mesures qui, en l'absence de pratiques généralisées d'aménagement (articles 471 et 473 du code civil) qui ne sauraient de toutes façons pas tout résoudre, se traduisent en un vaste déséquilibre entre capacités concrètes et capacités juridiques.

Ces deux arrêts (CA Rennes, 2/12/2015 et Civ1 8/03/2017) nous semblent emblématiques des zones grises à clarifier en termes de capacités et de qualifications des actes.

L'assistance invoquée par la Cour d'Appel dans le cas d'espèce nous paraît à exclure :

- L'établissement et le dépôt d'un dossier d'aide sociale semblent caractéristiques des actes d'administration en ce qu'ils viennent équilibrer le budget courant et procurer des aides courantes.
- En curatelle, même renforcée, l'assistance du curateur n'est requise que pour les actes de disposition.
- En l'espèce, il n'appartenait nullement au curateur d'assister le curatélaire à cette fin, sauf à requalifier l'acte concerné en acte de disposition (ce qui paraît improbable au regard des définitions et répartitions consacrées par le décret 2008-1484 et par une doctrine déjà ancienne)

Dès lors appartenait-il plutôt au curateur d'agir en représentation ?

- La représentation est exclue de manière habituelle en curatelle (article 469 du code civil)
- Elle n'existe en curatelle renforcée que pour les actes d'encaissement et de paiement dans les limites fixées par l'article 472 et la circulaire DACS du 2/01/2009
- Certaines interprétations que nous ne rejoignons pas à ce jour prétendraient inclure dans la « perception des ressources » de l'article 472 l'accès aux droits et notamment la constitution de dossiers de demande de revenus ou d'aides. Cette interprétation extensive dénie le principe de capacité reconnue à toute personne en curatelle et ne peut avoir pour effet que d'encourager les pratiques substitutives qui voient trop de curatelles renforcées exercées comme des tutelles ; elle va à l'encontre des évolutions souhaitées, dans le sens d'une conformité aux principes défendus par la CDPH notamment en son article 12
- Cette interprétation fait de surcroît peser sur le seul curateur la responsabilité de l'accès aux droits alors qu'un curatélaire devrait pouvoir bénéficier des accompagnements et soutiens de droit commun reconnus à tout citoyen ; c'est d'ailleurs dans un esprit analogue, quoique juridique, que la Haute Juridiction a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel de Rennes, convoquant la responsabilité de l'établissement qui ne pouvait lui-même ignorer ce droit qui faisait défaut à la personne protégée.
- Enfin, la Cour aurait pu faire peser une telle responsabilité d'agir en représentation sur le SMJPM en requalifiant cet acte en acte conservatoire, du moment qu'en était établie la nécessité et l'urgence ; toutefois, la catégorie des actes conservatoires apparaît difficilement extensible d'une part, sa convocation trop fréquente risquerait d'encourager le recours à la représentation en curatelle d'autre part ; cela ne nous semble ni dans l'esprit des textes ni de leur possible évolution.

Pour autant, un curateur peut-il négliger ou ignorer l'absence de recours au droit par les personnes protégées ?

- En curatelle renforcée, le curateur ne peut se désintéresser du déséquilibre budgétaire engendré par un tel non-recours, en ayant parfaitement connaissance de par l'établissement de l'inventaire (article 503) et la tenue du budget (consécutive de l'article 472)
- Dès lors, mais avec beaucoup de précautions, nous pouvons ouvrir le débat quant à une possible qualification non pas d'une obligation d'agir à charge du curateur mais bien d'une obligation de veille et de vigilance assortie d'un devoir d'alerte (de la personne protégée, qui peut, alors agir, du Juge, des tiers)

Une telle obligation de vigilance a déjà été modélisée par la doctrine (V. N. Peterka, A. Caron-Deglise et F. Arbellot, Droit des tutelles protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs, Dalloz référence, 2012 ; G. Raoul-Cormeil commentaire recueil Dalloz 2013 p.1320) en matière personnelle. Elle nous semble extensible à la sphère patrimoniale avec des réserves quant à la liste des types d'accès au droit (un dossier de retraite ou d'invalidité n'est pas un dossier de reconnaissance de handicap, un dossier de CMU ou d'ACS ne se qualifie pas de la même manière qu'une demande d'aide extra-légale, etc.), tant l'éventail des possibles est large

Cette obligation de vigilance ne peut qu'être subsidiaire au comportement actif du curatelaire et à l'exercice de ses capacités ; toute intrusion dans la sphère de son intimité n'est possible que dans le strict cadre du mandat confié

Si une extension ou un prolongement de la théorie des actes conservatoires était envisagée afin que le curateur puisse (le plus rarement possible) agir en représentation dans des circonstances exceptionnelles, il conviendrait d'affirmer des conditions rigoureuses :

- Que toutes les possibilités de droit commun et relevant de la sphère de capacité reconnue à la personne soient inopérantes (nécessité)
- Que l'acte de représentation accompli au nom d'un très strict principe de subsidiarité n'aille pas à l'encontre d'une volonté ou de préférences antérieures exprimées (capacité et autonomie de la volonté)
- Que les conséquences en cas d'abstention d'agir soient graves et présentes (nécessité, urgence)

III. Pistes de réflexion autour de la poursuite du mouvement de professionnalisation des MJPM

Nous rappelons à titre liminaire la nécessité absolue d'un pilotage national de la Protection Juridique des Majeurs articulant les missions de la Justice et de la Cohésion Sociale. Nous avons porté avec l'interfédération élargie une revendication pour la désignation d'un Délégué Interministériel il y a quelques mois et profitons de l'occasion pour rappeler non sans humour que la poursuite de la professionnalisation du secteur ne peut se faire... sans celle des autorités de tutelle.

Le MJPM est un auxiliaire de justice qui utilise les références du travail social dans son travail de terrain, notamment du fait de sa mission essentielle d'information de la personne protégée. Cette notion d'information marque la neutralité du MJPM dans ses interactions avec cette dernière, afin de privilégier l'expression d'une volonté propre. A ce titre, il convient d'écarter la notion de conseil qui comporte une dimension d'expertise : seule la personne protégée est experte d'elle-même.

Dans un service, le MJPM est scindé entre la personne morale (autorisée et désignée pour l'exercice des mesures) et les personnes physiques les exerçant (désignés comme mandataires, délégués mandataires, qui répondent aux conditions personnelles de pré-requis, âge, moralité, formations initiale et obligatoire). C'est l'articulation et la régulation entre professionnalité et lien de subordination qui marque la singularité de ce mode d'exercice.

Plusieurs propositions sont portées depuis des années par l'ANDP :

- Avènement du CNC en diplôme professionnel ou universitaire de niveau Master I, prohibant toute dispense ou allègement d'enseignements, impliquant les professionnels dans l'élaboration et le contrôle des contenus de formation
- Développement de la formation continue pour les MJPM en exercice et obligation annuelle d'y satisfaire
- Élaboration de référentiels communs et opposables (code de déontologie...) avec réflexions à engager sur une autorité de régulation disposant d'un pouvoir disciplinaire
- Création d'instances de régulation éthique de la profession au niveau régional
- Épaisseur donnée à la prestation de serment : capacité à attester de droits, valeurs, ressources, charges et dettes gérés dans le strict cadre du mandat sans avoir à fournir de justificatif -sauf au Juge des Tutelles à qui toute reddition de compte est due ; opposabilité réfragable de la parole et des préférences de la personne protégée rapportées par le MJPM

Afin de garantir les droits de la personne protégée et de prévenir les risques de conflit d'intérêt :

- Élargir certaines dispositions de l'article 509 (actes interdits) à la curatelle
- Réserver au sein des services la signature des actes aux titulaires du CNC ayant prêté serment afin de prévenir le risque de déplacement de la professionnalité par des délégations confiées à des administratifs ou des administrateurs trop éloignés de la connaissance du mandat et du terrain
- Garantir le désintéressement des MJPM et l'étanchéité de leurs intérêts propres avec ceux de la personne : Signature d'une déclaration par les MJPM, administrateurs et salariés des services visant à prévenir tout risque de conflit d'intérêt par rapport à la fonction occupée dans les Services MJPM :
 - Attestant ses autres activités bénévoles, commerciales ou professionnelles propres
 - Attestant les activités de son conjoint, ascendants ou descendants
 - L'ANDP propose l'obligation de déclarer à l'embauche ou lors de l'élection au Conseil d'Administration les activités annexes du conjoint, ascendants ou descendants susceptibles de place l'administrateur ou le salarié en situation de promouvoir un autre intérêt que celui d'une personne protégée suivie par le SMJPM ou l'autonomie de la volonté de celle-ci.

L'objectif est de garantir une étanchéité totale entre les intérêts de chaque acteur du SMJPM et ceux de chaque personne protégée en médiatisant toute situation présentant un risque d'opposition d'intérêt.

IV. Définition de l'accompagnement dans la Protection Juridique des Majeurs (PJM)

Contribution rédigée conjointement par la FNMJI et l'ANDP, validée par la FNAT, l'UNAF, l'UNAPEI et l'ANMJPM

La notion d'accompagnement est évidemment au centre de nos discussions dans le groupe national d'éthique et de déontologie des MJPM puisqu'elle traduit une volonté forte d'ancrer l'idée que le MJPM "est aux côtés de la personne", qu'il "se joint à elle" dans son parcours de vie et qu'il en partage les vicissitudes ; ce qui est indéniable du fait même de la relation interpersonnelle s'établissant entre personne protégée et MJPM.

Cette notion d'accompagnement prête cependant à controverse et ambiguïté dans le cadre de l'exercice professionnel de la Protection Juridique des Majeurs, au regard de sa référence à l'accompagnement social développé dans les SAVS, SAMSAH, CCAS, ESSMS...

Nous avons donc souhaité en définir les contours car, quelle que soit l'ampleur de la réforme de la PJM envisagée ou préconisée (maintien des mesures actuelles ou mesure unique), la notion d'accompagnement est intimement liée à notre posture professionnelle.

L'ensemble des acteurs et services (auxiliaires de vie, éducateurs, MJPM, SAMSAH, SAVS, etc.) concourt à la même finalité, celle d'aider les personnes en situation de vulnérabilité. Ils partagent ainsi certains outils,

certains réseaux professionnels et répondent des grands principes constitutifs de l'action sociale et médico-sociale (a. L. 116-1 et L. 311-1 du CASF).

Mais alors même qu'ils concourent aux missions d'intérêt général et d'utilité sociale énoncées par le législateur, les professionnels que nous sommes exercent **une protection juridique** au profit de personnes placées sous **mandat judiciaire**.

Une protection juridique et un mandat judiciaire qui sont ainsi imposés à la personne vulnérable de sorte que la relation interpersonnelle s'établissant entre MJPM et personne protégée n'est pas contractuelle mais judiciairement instaurée.

Il n'y a donc pas de réciprocité d'engagement et bien que le consentement de la personne à l'ouverture de la mesure de protection soit recherché, celle-ci s'impose à elle dès lors qu'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles est de nature à empêcher l'expression de sa volonté et nécessite qu'elle soit assistée ou représentée dans les actes de la vie civile.

La fonction originelle du MJPM est donc l'exercice d'une contrainte. Les processus de protection (contrainte dans un but de sauvegarde, mouvement défensif, verticalité de la relation entre protecteur et protégé...) et d'accompagnement (libre adhésion, contractualisation, mouvement projectif, horizontalité relationnelle entre accompagnant et accompagné...) sont ainsi antinomiques.

Accompagner dans une mesure de protection constitue bien souvent une injonction paradoxale et l'accompagnement tutélaire ne va pas de soi dans l'exercice des mesures, car l'accompagnement suppose une démarche positive d'adhésion en tant qu'acteur de la relation¹.

Une protection juridique et un mandat judiciaire qui contraignent également le MJPM.

Ce dernier doit composer avec la volonté d'un être incertain et tenir le mandat quel que soit le degré de coopération possible avec celui-ci. Il ne peut se défaire de ses missions sur demande de la personne ou du fait des difficultés qu'il rencontrerait à les exercer. Et une mesure pourra perdurer y compris dans un contexte d'opposition et de conflictualité, du moment que les principes de nécessité, proportionnalité et subsidiarité sont satisfaits.

Pour autant la protection juridique et le mandat judiciaire, sauf exception, ne portent pas atteinte à la capacité de jouissance des personnes et ont notamment pour vocation d'organiser la capacité d'exercice de la personne vulnérable de manière graduée et personnalisée.

Le processus d'individualisation mis en place par le MJPM permet ainsi bien souvent des processus d'adhésion et de collaboration de la personne vulnérable, que le DIPM permet par exemple de valoriser.

Nous constatons donc que l'action du MJPM a régulièrement pour conséquence des gains d'autonomie chez les personnes protégées :

- Gestion plus régulée de l'argent, plus grande projection temporelle dans les dépenses
- Remobilisation autour de démarches à accomplir, reprise de confiance
- Meilleure connaissance des contraintes de l'environnement et de la situation, et de leurs potentialités, acquisition de certains principes de réalité

Et c'est ainsi que l'action du MJPM peut produire des **effets comparables** à ceux recherchés en matière d'accompagnement social.

¹ H. FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes majeurs vulnérables : entre nécessité juridique et exigence éthique (Séminaire de travail organisé à l'Université de Lyon III, le 18 mai 2016) », *Dr. famille*, Dossier 17, p. 15 à 17, spéc. p. 16.

Par exemple :

- La personne protégée aura pu décider d'orienter différemment son processus décisionnel au regard des informations qui lui auront été communiquées. Elle se sera alors construit de nouvelles références pour affiner ses prises de décisions ultérieures.
- Ou bien sa situation financière aura pu s'assainir en raison de la mise en place de mesures d'apurement négociées avec ses créanciers.

Pour produire ces effets le MJPM emploie souvent des techniques empruntées au travail social pour exécuter ses missions : l'écoute active, l'analyse systémique, l'élaboration méthodique d'un diagnostic social.....

Au regard de ces éléments **l'accompagnement dans la PJM est une modalité d'exercice des mesures de protection**, tandis que dans l'action sociale il est l'objet même de la mission.

C'est ainsi que M. Millerioux² précise que la fonction de l'accompagnement en droit civil est **un outil** qui permet l'exercice de la capacité juridique, un outil pour préserver l'autonomie et les volontés alors que qu'en droit social il s'agit de mettre en œuvre des politiques sociales pour lutter contre l'exclusion et pour préserver l'autonomie sociale.

De la même manière en matière d'actes personnels Mme Bidaud-Garon³ rappelle que l'accompagnement **ne doit pas être confondu avec la notion d'assistance et de représentation, car il s'agit d'un autre système** qui permet aux personnes vulnérables de comprendre les enjeux des actes qu'elles peuvent faire.

L'analyse est poussée jusqu'au bout lors de ce même séminaire par M. Raoul-Cormeil⁴ qui considère que la notion d'accompagnement en PJM est en réalité une norme de comportement qui guide le MJPM. Dans l'ombre du régime d'autorisation, d'assistance ou de représentation il existe ce pouvoir matériel par lequel le MJPM va contribuer à la réalisation par la personne protégée de sa volonté et son intérêt.

En ce sens, l'accompagnement, s'il doit être ainsi nommé, est alors **un moyen** et non une finalité de l'activité tutélaire.

Un moyen qui se développe dans le périmètre du mandat (donc autour principalement du processus décisionnel et de l'expression de la volonté de la personne, ainsi que de la sécurisation des actes juridiques)

Un moyen qui a pour ressort principal l'information de la personne et le rendre compte qui lui est dû (C.civ., articles 457-1 et 510) et qui prend son sens :

- Dans la sphère d'autonomie de la personne afin de lui permettre d'agir et d'exercer au mieux ses capacités

² G. Millerioux, « L'accompagnement social des personnes majeures vulnérables », in H. Fulchiron (dir.), « L'accompagnement des personnes majeures vulnérables : entre nécessité juridique et exigence éthique (Séminaire de travail organisé à l'Université de Lyon III, le 18 mai 2016) », *Dr. famille*, Dossier 20, p. 27 à 31.

³ Ch. Bidaud-Garon, « Accompagnement et actes personnels », in H. Fulchiron (dir.), « L'accompagnement des personnes majeures vulnérables : entre nécessité juridique et exigence éthique (Séminaire de travail organisé à l'Université de Lyon III, le 18 mai 2016) », *Dr. famille*, Dossier 21, p. 32 à 33.

⁴ G. Raoul-Cormeil, « Accompagnement et protection des intérêts patrimoniaux », in H. Fulchiron (dir.), « L'accompagnement des personnes majeures vulnérables : entre nécessité juridique et exigence éthique (Séminaire de travail organisé à l'Université de Lyon III, le 18 mai 2016) », *Dr. famille*, Dossier 24, p. 38 à 42.

- Dans le cadre de l'assistance, soutenir la personne pour qu'elle s'engage avec le plus grand discernement possible
- Dans le cadre de la représentation, permettre au tuteur d'accomplir un acte le plus conforme à ce que souhaite l'intéressé.

Un moyen qui soutient le processus décisionnel et compense la perte ou l'absence de capacité d'exercice.

L'ensemble de ces préalables étant posés, nous pouvons souscrire à une définition de l'accompagnement mise en œuvre par le MJPM telle que celle apportée par le GESTO (in La protection juridique des majeurs, c'est pas automatique, livret en commande sur tutelles-gesto.com depuis fin 2017) :

« L'accompagnement de la personne dans le cadre de la protection juridique vise principalement

- **à consolider certains actes juridiques,**
- **à vérifier l'existence d'un consentement et la manifestation de ce dernier,**
- **à aider la personne à faire valoir ses droits fondamentaux ».**

En conclusion

Le MJPM porte la volonté discernée ou exprimée dès lors qu'elle est éclairée et libre ; en cas contraire, il alerte, et à titre tout à fait exceptionnel en curatelle, se substitue à la personne lorsque, notamment, son inaction lui fait encourir un péril grave.

En tutelle, il l'associe autant que possible aux actes la concernant et se décide en référence à ce qu'elle souhaiterait ou ferait si elle était en mesure d'agir pour elle-même.

Le MJPM n'a donc d'autre intérêt que celui de la personne, défaite d'une partie de sa capacité civile ; il promeut et concourt à la prise en compte effective de ses droits fondamentaux et de ses choix, en prenant soin de se départir de tout penchant projectif.

L'action du MJPM est non-directive et n'a pas vocation à normer a priori les choix de la personne protégée en influant sur le processus décisionnel cette dernière ; elle en organise les conditions de mise en œuvre en s'assurant que la personne dispose des informations et ressources lui permettant de délibérer et d'atteindre le résultat voulu.

Il n'est donc pas question de travailler à l'intériorisation par la personne protégée des règles, sociales ou juridiques, organisant les collectifs humains.

L'acte pensé et exprimé librement pourra s'accomplir s'il est conforme au plan juridique et réalisable au plan matériel. Peu importe qu'il réponde ou non de la norme sociale définie et acceptée.

L'action du MJPM n'a pas, non plus vocation à normaliser les choix de la personne protégée en corrigeant ces derniers.

Tout au plus, le droit offre-t-il au MJPM la possibilité de réduire la portée d'un acte excessif ou de faire annuler un acte pour lequel le consentement (traduction juridique de la notion de volonté) de la personne était absent ou vicié.

*Et d'opérer ainsi une régulation a posteriori au titre de la sécurité juridique, essentielle **aux rapports de droit s'établissant entre les individus.***

V. Sur les autres dispositions contenues dans le projet de loi de programmation de la justice

A. L'allègement des autorisations du juge des tutelles

- Sur le nouvel article 507-1 : l'acceptation pure et simple d'une succession

- En tutelle

Si la succession n'est pas réglée par un notaire le tuteur ne pourra pas obtenir d'attestation notariée. Faut-il déduire de ce nouvel article que toute succession dans laquelle un des héritiers serait sous mesure de protection devrait obligatoirement être réglée par un notaire, peu importe l'actif de succession ?

Il s'agirait d'une solution discriminatoire et difficile à mettre en œuvre.

Préconisation : prévoir que l'attestation notariée permet de faire exception au principe : l'acceptation pure et simple de la succession reste soumise à acceptation du juge des tutelles, sauf attestation notariée.

L'utilisation du verbe « peut » dans le texte ouvrirait une alternative.

- En curatelle

Les textes sont inchangés donc l'acceptation pure et simple d'une succession par une personne en curatelle resterait soumise à assistance du curateur.

Le régime de l'acte serait pas conséquent différent selon la mesure de protection : l'acceptation pure et simple d'une succession serait un acte de disposition en curatelle et un acte d'administration en tutelle.

Le système actuel comporte déjà cette différence de régime par exemple pour l'action en justice en matière patrimoniale, qui est un acte d'administration en tutelle et un acte de disposition en curatelle.

Or nous constatons en pratique que cette différence de régime brouille l'exercice du mandat sans être vraiment opérationnel. En effet le régime des actes en protection juridique majeurs est actuellement fondé d'une part sur la classification des actes entre actes d'administration et de disposition, et d'autre part sur un parallélisme dans le régime applicable: lorsque l'autorisation du juge des tutelles est requise pour un acte en tutelle alors l'assistance du curateur est requise en curatelle.

Le fait d'apporter des exceptions à ces principes complexifie les règles et entache par conséquent le bon exercice du mandat.

- Remarques générales sur la déjudiciarisation

- Si l'objectif est de limiter le recours au juge dans l'exercice quotidien des mesures, venir modifier les règles en matière de succession ne sera pas d'une grande efficacité car ces requêtes ne sont pas les plus fréquentes.

- Les magistrats sont en revanche beaucoup plus accaparés par les deux protections spécifiques des articles 426 et 427 du code civil. Ces dispositions ont été instaurées par la loi de 2007 pour protéger la personne en curatelle des initiatives de son curateur dans ces domaines. Nous constatons néanmoins dans les faits que :

- Ces dispositions ont une efficacité relative : nous constatons en pratique que le contrôle du juge n'empêche pas l'ouverture de comptes bancaires dans des banques autres que celles du majeur protégé.

Ces dispositions ont surtout pour conséquence d'entraver l'autonomie décisionnelle de la personne en curatelle qui souhaite changer de logement ou de banque.

Si la protection de l'article 426 doit être maintenue, prévoir qu'elle ne concerne en curatelle que les hypothèses dans lesquelles la personne dispose de sa résidence principale pour intégrer un établissement social ou médico-social. Ce afin d'exclure les déménagements d'un logement autonome à un autre, et la disposition des résidences secondaires (dont la notion est ignorée ou interprétée par les notaires dans son sens fiscal).

- Le rôle du juge des tutelles est essentiel dans les mesures prévoyant un mécanisme de représentation : il est garant de la protection, exerce le rôle de tiers objectif dans la décision. L'allègement du contrôle a priori des actes par le juge est dangereux. D'autant que si la mesure d'habilitation familiale a le succès escompté, la mesure de tutelle devrait concerner essentiellement des personnes particulièrement isolées ou évoluant dans un contexte complexe ou conflictuel, situations dans lesquelles le rôle du juge est d'autant plus important.

B. L'inventaire

Le projet de Loi de programmation de la justice 2018-2022 retient notre attention inquiète au regard des perspectives de révision de l'article 503 du code civil.

Seules deux dispositions viennent enrichir le texte existant.

Nous souscrivons à la nouvelle obligation de joindre à l'inventaire le budget prévisionnel, à laquelle s'astreignent déjà spontanément de nombreux MJPM. Le budget, élément essentiel d'une mesure avec gestion des ressources et des dépenses, outil de diagnostic, d'information, de médiation et de projection partagé avec la personne protégée fait pleinement partie de la dynamique d'ouverture de la mesure. Qu'il fasse l'objet de traçabilité formelle nous paraît pleinement cohérent.

En revanche, le nouvel alinéa prévoyant la mise à charge du MJPM de l'établissement de l'inventaire par un technicien en cas de retard nous paraît tout à fait déconnecté des réalités pratiques. Il évoque de surcroît une suspicion à l'égard des professionnels en charge de l'exercice des mesures de protection juridique. Le message (volontaire ou non) qui sous-tend cette disposition est que le non-établissement de l'inventaire est de la seule responsabilité du mandataire.

Discussion :

Il n'y a pas un inventaire mais quatre inventaires distincts réalisés en début de mesure, chacun présentant des difficultés particulières :

- L'inventaire des biens immeubles : il nécessite la consultation de la personne protégée et de son environnement quant leur possible existence (proches, consultation du dossier au tribunal, relevés de compte faisant apparaître le paiement d'une taxe foncière...). Il s'établit par le recueil des éléments cadastraux auprès de la commune ou de l'interrogation du service des hypothèques concernés - ce qui par ailleurs représente un coût. Il est possible également d'interroger le(s) notaire(s) identifiés pour obtenir copie du titre de propriété.
La difficulté principale est de savoir où chercher l'information et localiser la commune et le bien identifiés, des manœuvres de dissimulation par des tiers n'étant pas si rare.
Il nécessite par ailleurs une estimation du ou des biens par un professionnel qualifié, ce qui, selon les régions, peut être délicat à organiser, et coûteux.
- L'inventaire des biens meubles immatériels (valeurs bancaires, comptes, titres, assurances vie...) qui s'opère après recueil d'attestations des établissements bancaires, dépositaires agréés, compagnies d'assurance et de mutuelle, identifiées elles aussi. La liste des comptes et livrets détenus par la personne sont obtenus auprès du FICOBA (et FICOVIE pour les assurances vie). La limite est que ce fichier ne peut être aidant s'agissant de comptes ouverts en ligne ou détenus auprès d'établissements étrangers. En pratique nous rencontrons des difficultés avec certaines banques pour recevoir les informations, allant jusqu'à des saisines du médiateur de la banque pour pouvoir faire respecter le mandat.
- L'inventaire des créances et des dettes, qui ne peut que s'établir qu'après obtention des documents probatoires auprès de la personne protégée ou des tiers. A noter que la perception effective des créances ou des ressources peut prendre plusieurs mois selon les caisses et organismes débiteurs, nonobstant le caractère opposable du mandat fourni.

- L'inventaire des biens meubles matériels notamment garnissant le(s) logement(s) de la personne protégée, les véhicules, meubles précieux etc. Il se réalise sur place et en tenant compte des aléas et des obstacles rencontrés : refus d'accès de la personne protégée ou de son entourage, éloignement de certains lieux de résidence, etc.
Nous rappelons à cet égard que l'intrusion de tiers dans le logement de la personne protégée, en sus d'un « protecteur » qui est train d'ouvrir une mesure de protection avec toute la difficulté que cela représente pour l'intéressée, n'est pas un acte anodin.

Chacune de ces quatre composantes de l'inventaire obéissent à des logiques différentes et dépendent du bon-vouloir et de la collaboration d'un ou plusieurs tiers et non pas des seuls curateurs ou tuteurs.

Un « technicien » sera confronté exactement aux mêmes difficultés que le curateur ou le tuteur désigné, donc son recours ne nous semble pas être une solution.

Préconisations :

- Que le nouvel article 503 énonce succinctement mais précisément les quatre composantes de l'inventaire ainsi que le budget prévisionnel en sus afin que nulle équivoque ne perdure quant à son périmètre.
- Que les dispositions relatives à l'intervention de témoins ou d'un officier public ou ministériel soient réservées aux seules opérations d'inventaire des meubles meublants et objets précieux (article 1253 du code de procédure civile).
En effet, il paraît très inopportun, pour des raisons de dignité, d'intimité et de confidentialité, de droits fondamentaux déjà fragilisés par l'intrusion légale de tiers dans le lieux de résidence, que ce formalisme soit élargi aux valeurs immobilières et mobilières immatérielles. De surcroît, il n'est pas concrètement possible pour un officier public ou ministériel d'attester de l'inventaire réalisé (hors biens meubles). Un officier public ministériel peut éventuellement certifier des copies conformes d'originaux (que le tuteur ou le curateur peut produire en tout état de cause dans l'inventaire) ou encore accomplir les mêmes démarches que la personne chargée de la protection (recueil auprès des tiers détenteurs) afin de pouvoir authentifier la composition patrimoniale, pas davantage.
- Permettre une dérogation à la présence de deux témoins ou d'un officier public ou ministériel lorsque la précarité de la situation, la réticence ou l'état de fortune de la personne la rendent inopportun au regard des valeurs à protéger.
Prévoir dans ces hypothèses que le MJPM puisse attester seul de la consistance du mobilier et de son absence de valeur, sous sa propre responsabilité.
Le MJPM prête serment et devrait à ce titre pouvoir attester certaines informations telles que celle-ci. Il tracera et rendra bien entendu compte du choix opéré et de ses fondements.
- Suppression du projet de nouvel alinéa de l'article 503 du code civil.
En cas de maintien, prévoir a minima :
 - Qu'« en cas de retard dans le dépôt de l'inventaire le juge peut, après injonction prise sur le fondement de l'article 417 non suivie de réponse de l'organe de protection dans un délai d'un mois, désigner un technicien pour y procéder. » C'est-à-dire que soit le dépôt d'un inventaire conservatoire soit l'envoi d'un courrier justifiant des difficultés rencontrées doivent suffire à exclure la sanction (situations notamment de patrimoine à dimension internationale, de biens immobiliers situés dans des secteurs géographiques éloignés, coffres de banque à inventorier...)
 - Un encadrement de la rémunération du « technicien » à la charge du tuteur « en cas d'envoi tardif ».
 - Que « toute personne publique ou privée » désignée à l'alinéa 2 de l'actuel article 503 du code civil faisant obstacle ou preuve de négligence quant à la demande d'informations relative aux

valeurs détenues ou connues pour l'établissement de l'inventaire puisse être appelée en responsabilité pour d'éventuels dommages en découlant.

La co-présidence de l'ANDP,

Aude GAUTHIER



Agnès FRANCIS



Maud SCHINDELE



Pierre BOUTTIER





Association Nationale des Juges d'Instance

Projet de réforme de la protection des majeurs

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs est entrée en vigueur, pour l'essentiel, le 1^{er} janvier 2009, soit depuis moins de 10 ans. La mise en œuvre de cette loi, l'introduction de l'habilitation familiale, l'échec relatif de l'objectif de réduction du nombre de mesures et le développement de débats sur l'exercice des droits fondamentaux des majeurs protégés conduisent à envisager dès à présent des aménagements voire une refondation des procédures existantes ainsi qu'à repenser le rôle des différents organes de la protection.

L'ANJI considère que les principes de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité ou encore de priorité familiale, énoncés par la loi du 5 mars 2007, doivent continuer à régir la matière, une éventuelle réforme n'étant destinée qu'à favoriser leur meilleure mise en œuvre. De la même manière, l'architecture actuelle du système paraît devoir être conservée mais, de manière à assurer une meilleure application du principe de subsidiarité, en codifiant les diverses mesures de la moins contraignante à la plus limitative des libertés :

- Une mesure de protection purement contractuelle par la mise en place d'un *mandat de protection future*, activé lorsqu'un médecin a constaté que les conditions en sont réunies ;
- A défaut, une protection assurée par la famille chaque fois que l'absence de conflit permet au juge d'instaurer, après avis médical, une *habilitation familiale* ;
- A défaut encore, lorsque les conditions pour prononcer une habilitation familiale ne sont pas réunies (famille absente, situation conflictuelle ...), une *mesure de protection judiciaire* confiée par le juge à un professionnel ou à un des membres de la famille.

Dans cette perspective, dès lors que l'intervention du juge est requise, il convient de prévoir une requête unique pour la saisine du juge afin que soit prononcée, en fonction des intérêts à protéger et du contexte familial ressortant de l'instruction de l'affaire, soit une habilitation soit, à défaut, une mesure « classique ». Le système actuel, qui ne permet pas au juge de basculer simplement d'une requête en mesure de protection vers une habilitation ou réciproquement, n'assure aucune garantie complémentaire pour la préservation des droits des personnes concernées et complexifie inutilement la procédure.

Il convient aussi, comme l'envisage le projet de loi de programmation pour la justice, de créer une possibilité d'assistance dans le cadre des mesures d'habilitation.

Ceci suppose toutefois de prévoir des modalités de saisine du juge, identiques à celles qui existent pour le mandat de protection de future, en cas de difficultés dans l'exercice d'une habilitation familiale, en élargissant la qualité à agir à tout intéressé : l'effacement de l'intervention du juge par la limitation des autorisations préalables rend effectivement indispensable un accès particulièrement simplifié au juge en cas de difficulté.

Enfin, chaque fois que cela est possible et compatible avec la nature des différentes mesures, il convient de prévoir une harmonisation des pouvoirs et devoirs des personnes auxquelles est confié l'exercice d'un mandat de protection future, d'une habilitation familiale ou d'une mesure de

protection judiciaire notamment en ce qui concerne la protection de la personne. Ceci concerne notamment la question du consentement aux soins ou celle de l'information à apporter aux personnes bénéficiant d'une mesure de protection, conformément aux dispositions de l'article 457-1 du code civil qui devrait être étendues à l'ensemble des mesures.

Des critiques ont pu être apportées, notamment par la doctrine, sur le caractère incomplet de la protection par l'habilitation familiale. L'ANJI tient à rappeler que cette dernière n'a pas vocation à remplacer les mesures classiques, soumises au contrôle du juge, mais doit être limitée aux situations d'entente familiale et relativement simple.

L'ANJI estime par ailleurs qu'il ne faut pas étendre les qualités des personnes pouvant être habilitées plus largement que le cercle familial déjà prévu par le texte : en l'absence de tout contrôle systématique sur l'exercice de la mesure, il importe de garder à l'esprit que le risque de spoliation grandit à mesure que les liens de sang s'amenuisent et que l'obligation alimentaire disparaît.

Le dispositif actuel est critiqué en ce qu'il aboutirait à instaurer de manière trop systématique un régime d'incapacité (la tutelle)

La loi actuelle prévoit déjà que le principe selon lequel les mesures de protection doivent être proportionnées et adaptées à la situation de chaque personne concernée et elle offre un large éventail de mesures de protection allant de la curatelle simple à la tutelle à la personne et aux biens en passant par la curatelle aménagée, la curatelle renforcée ou la tutelle allégée sans compter le dispositif particulier de la sauvegarde de justice.

Il importe de garder à l'esprit que la mesure de tutelle instaurant une représentation du majeur protégé est bien adaptée à la situation des personnes qui, en raison d'un lourd handicap, d'une pathologie liée à leur âge ou d'un épisode de décompensation massive, ne sont plus du tout en capacité d'exprimer leur volonté et ont besoin qu'une autorité indépendante garantisse l'exercice de leurs droits et la protection de leurs intérêts. Un tel dispositif doit rester possible chaque fois qu'aucune autre solution ne peut être envisagée.

Les juges des tutelles ne se sont sans doute pas suffisamment emparés de la possibilité de graduer la mesure en fonction de la situation concrète du majeur à protéger, en raison notamment d'un manque de moyens des juridictions et des mandataires judiciaires à la protection des majeurs mais aussi d'habitudes professionnelles difficiles à faire évoluer.

L'ANJI est donc favorable à une modification de la loi pour prévoir, lorsque les conditions posées par l'article 425 du code civil sont réunies, l'instauration d'une mesure de protection judiciaire unique, équivalente à la curatelle simple actuelle, avec faculté pour le juge d'adapter cette décision à chaque situation individuelle.

A cette fin, le juge des tutelles pourra préciser dans sa décision initiale, selon ce qui ressort de l'instruction du dossier et notamment de l'audition de la personne concernée et du certificat médical, si cette assistance doit :

- être étendue à la perception des revenus et au paiement des dépenses (comme dans la curatelle renforcée actuelle) ;
- concerner aussi les questions relatives à la personne du majeur protégé ;
- être, au contraire, limitée seulement à certains actes énumérés par le juge.

S'il apparaît que cette assistance est insuffisante pour garantir les intérêts de la personne protégée, le juge des tutelles pourra confier à la personne en charge de la mesure une mission de représentation en précisant à chaque fois si cette représentation doit :

- s'étendre aux questions relatives à la personne du majeur protégé ;
- concerner seulement certains actes énumérés par le juge ;
- au contraire, s'étendre à l'ensemble des actes d'administration et de gestion (éventuellement à l'exception de ceux énumérés par la décision).

Il paraît difficile d'aller beaucoup plus loin dans la personnalisation de la mesure sans que soit, au préalable, mis en place un dispositif d'évaluation de la situation médico-sociale de la personne plus développé que celui qui existe actuellement lequel se limite, d'une part, aux renseignements fournis spontanément par la famille ou un service social, d'autre part, aux éléments figurant dans le certificat médical, souvent établi sur les mêmes bases.

L'ANJI estime que, si elle est bien comprise et appliquée, l'architecture de la protection de la personne, telle qu'elle est actuellement prévue par le code civil, est adaptée à la garantie des droits et de l'autonomie des personnes handicapées au sens de la CIDPH. L'ANJI n'est pas favorable à la mise en place d'un système, tel que celui qui existe en Belgique, détaillant plusieurs dizaines d'actes différents sur lesquels le juge doit se prononcer. Ce système risque, notamment pour les troubles évolutifs, d'inciter le juge à prononcer systématiquement une mesure de représentation afin d'éviter de voir revenir les situations trop souvent en raison de l'aggravation de l'état de santé de la personne protégée.

En matière de protection de la personne, l'ANJI considère qu'il convient de maintenir un socle d'actes spécifiquement protégés : le logement de la personne et le maintien des comptes bancaires. Concernant ces comptes, les textes sont trop souvent mal compris et font l'objet d'interprétation différentes ; il conviendrait de limiter les interventions du magistrat à ce titre en limitant le contrôle aux mesures gérées par les MJPM professionnels, en introduisant la possibilité d'y déroger dans le cadre du mandat de protection future comme cela est prévu pour l'habilitation familiale (dès lors que le mandat n'est pas confié à un MPJM) et en limitant les autorisations de clôture aux comptes déjà ouverts avant la mise en place de la mesure.

Dès à présent, l'ANJI est favorable à la mise en place d'une formation obligatoire pour les médecins inscrits sur la liste du procureur de la République, laquelle pourrait d'ailleurs être arrêtée par le conseiller de la cour d'appel en charge de la protection des majeurs, sur propositions des magistrats coordonnateurs des tribunaux d'instance (ou leur équivalent en cas de disparition effective de ces juridictions). Ce magistrat pourrait alors se voir confier la tâche d'organiser la formation des médecins inscrits sur cette liste.

En ce qui concerne l'instruction des mesures, l'ANJI n'est pas favorable à l'instauration du caractère obligatoire de l'audition de la personne pour laquelle une mesure de protection est envisagée, en dehors du seul cas où cette audition présenterait un risque pour sa santé. En effet, dans de nombreuses situations, la personne concernée n'est en rien perturbée par la rencontre avec le juge des tutelles mais celle-ci n'est pas contributive dès lors que cette même personne ne peut plus comprendre ce qui lui est dit ni s'exprimer ou, en tout cas, le faire de manière intelligible. Ceci allongerait considérablement la durée d'instruction de la mesure de protection faite pour le juge de disposer d'un temps suffisant pour organiser les déplacements très souvent indispensables dans ces situations. La formation des médecins inscrits pourrait être l'occasion de mieux leur préciser ce qu'il faut entendre par « hors d'état d'exprimer sa volonté » afin de bien limiter aux seuls cas voulus par la loi les ordonnances de non-audition.

L'ANJI n'est pas favorable à l'instauration d'une assistance obligatoire par avocat dès lors que nombre de situation ne sont pas conflictuelles. Un tel caractère obligatoire pourrait être envisagé lorsque la personne à protéger ne peut pas être entendue et que le juge s'oriente vers une mesure de protection judiciaire, à l'exclusion d'une mesure d'habilitation familiale. Il conviendrait alors de préciser que l'avocat qui intervient au soutien des intérêts de la personne à protéger ne peut pas intervenir pour un autre membre de la famille, notamment en cas de conflit intrafamilial.

Le dispositif actuel est spécialement critiqué en ce qu'il ne garantirait pas aux majeurs protégés l'exercice de droits fondamentaux garantis par la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

L'ANJI tient à souligner qu'il n'existe que très peu de contentieux au sujet de l'exercice du *droit de vote* des majeurs placés sous tutelle. Elle rappelle que la législation actuelle prévoit que ce droit est maintenu sauf décision contraire du juge des tutelles et qu'il est généralement admis qu'un tel retrait ne doit pas être prononcé lorsque la personne exprime le souhait de voter ou manifeste, de quelque manière que ce soit, son intérêt pour les questions politiques.

Toutefois, compte tenu de la forte revendication émanant notamment des associations de parents et de la dimension symbolique de cette question, l'ANJI est favorable au maintien systématique du droit de vote à toutes les personnes placées sous une mesure de protection. Ceci permettra en outre d'harmoniser, comme le préconise l'ANJI, le régime des protections judiciaires avec celui du mandat de protection future ou de l'habilitation familiale.

Dans cette hypothèse, afin de limiter les risques d'abus, l'ANJI considère que la loi doit affirmer que le droit de vote est un acte strictement personnel de sorte qu'un vote assisté, au sens d'une aide à la décision au moment du vote, est interdit.

Par ailleurs, l'ANJI est favorable à la suppression des autorisations préalables actuellement prévues pour le *mariage* ou la conclusion d'un pacte civil de solidarité. Elle préconise de les remplacer par une faculté, pour la personne en charge de la mesure de protection, de s'opposer à un tel projet lorsqu'il apparaît que la personne protégée est, à cette occasion, victime d'un abus. Par ailleurs, dès lors que la personne protégée dispose d'un certain patrimoine, l'éventuelle conclusion d'un contrat de mariage devrait être obligatoirement envisagé avec la personne en charge de la mesure de protection. Ceci suppose de mettre en place un mécanisme d'information préalable du protecteur afin qu'il puisse utilement exercer sa faculté d'opposition et envisager, avec la personne protégée, la mise en place d'un tel contrat de mariage.

Concernant les procédures de divorce, les règles actuelles pourraient être maintenues en supprimant simplement l'autorisation du juge lorsqu'un majeur sous tutelle souhaite engager une procédure de divorce voire en supprimant aussi l'interdiction du recours à la procédure d'acceptation du principe de la rupture dans laquelle les intérêts du majeur protégé peuvent être garantis. Par ailleurs, une éventuelle procédure de divorce doit continuer à être suspendue, jusqu'à l'intervention du jugement se prononçant sur la mise en place d'une mesure de protection, lorsqu'une sauvegarde de justice a été instaurée.

Cette même réforme pourrait être l'occasion de recentrer les juridictions sur leur rôle relatif à la mise en œuvre des mesures de protection et à la garantie du respect des droits fondamentaux des personnes ainsi protégées.

La réflexion sur l'office du juge conduit à repenser les modalités de son intervention. En effet, les multiples autorisations qu'il est amené à délivrer en cours de mesure conduisent à éloigner le juge des tutelles de son rôle qui est double :

- assurer le respect des droits des personnes protégées, que ce soit au travers du prononcé des mesures ou du contrôle du mandat qu'il a confié dans le cadre d'une mesure classique ;
- trancher les conflits.

L'ANJI est donc favorable à une simplification du régime des autorisations actuellement prévues en prévoyant la suppression de nombre d'entre elles, telles que celles portant sur l'ouverture d'un compte dans la banque habituelle du majeur, la clôture d'un compte, le placement ou le retrait de sommes d'argent, l'ouverture d'une assurance vie avec une clause bénéficiaire standard, la conclusion d'un contrat obsèques préalablement réglé, l'acceptation d'une succession dont le notaire atteste qu'elle est bénéficiaire, la vente d'un immeuble (en dehors du logement de la personne).

Le juge des tutelles continuerait à intervenir, de manière systématique et après avoir instruit la demande, pour autoriser une donation ou en cas de désaccord ou de conflit d'intérêt entre le majeur protégé et la personne qui exerce la mesure. Il pourrait aussi prévoir, lors du jugement instaurant la mesure de protection et en fonction des particularités de la situation, que certains actes nécessiteront une autorisation préalable de sa part.

La simplification de la gestion des mesures suppose que le contrôle des comptes de gestion soit effectif alors que, dans bien des cas, il n'est actuellement pas assuré ou alors de manière insatisfaisante.

Pour remédier à cette difficulté, le projet de loi de programmation envisage tout d'abord un mécanisme intrafamilial dans lequel le contrôle serait assuré par le subrogé tuteur ou par les cotuteurs entre eux. Ce même projet de loi envisage par ailleurs la désignation par le juge des tutelles d'une personne qualifiée chargée de la vérification et de l'approbation des comptes et prévoit que cette désignation sera obligatoire chaque fois qu'un subrogé tuteur ou cotuteur n'aura pas été désigné. L'ANJI est favorable à l'instauration d'un tel contrôle par une personne qualifiée chaque fois que le patrimoine de la personne protégée le justifie et que ses ressources lui permettent d'en régler le coût. Un barème fixant le coût de cette procédure de vérification devra être alors envisagé.

A l'inverse, l'ANJI souhaite que le tribunal reste en charge du contrôle des comptes pour les personnes protégées n'ayant que de faibles ressources et peu de patrimoine, avec des seuils qui pourraient être définis par décret, chaque fois qu'il n'aura été possible ni de dispenser la famille de rendre des comptes ni de trouver dans l'entourage proche une personne susceptible d'exercer cette mission de contrôle. L'approbation de ces comptes pourrait être confiée au greffier, après avoir évalué la charge de travail et pourvu les effectifs nécessaires, lequel transmettrait au juge les dossiers qu'il estimerait ne pas pouvoir approuver. Il paraît inenvisageable, même pour des petits patrimoines, d'envisager la suppression de tout contrôle lorsque la mesure est exercée par un tiers, professionnel ou non, ou lorsque la situation familiale n'a pas permis d'envisager une habilitation.

Une éventuelle réforme doit encore être l'occasion d'harmoniser les règles du code civil et du code de la santé publique.

Consultée à ce sujet par la DACS en 2017, l'ANJI avait formulé des propositions en vue d'une meilleure articulation des dispositions du code civil et du code de la santé publique relatives aux conditions dans lesquelles peut s'exprimer la volonté des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique.

Elle est favorable à une simplification des textes prévoyant, pour l'essentiel, que toute personne protégée doit consentir elle-même aux soins qui la concernent, après avoir personnellement reçu du médecin une information adaptée à ses facultés. Pour les personnes placées sous tutelle, ce consentement devrait être complété par l'autorisation du tuteur après que celui-ci a, lui aussi, reçu l'information du médecin due à tout patient. En cas d'impossibilité absolue de la personne sous tutelle d'exprimer un consentement, c'est le tuteur qui consentira aux soins.

Il appartiendrait au juge des tutelles de statuer uniquement en cas d'opposition entre la volonté exprimée par la personne sous tutelle et le tuteur.

Lorsqu'une personne protégée est en fin de vie et hors d'état d'exprimer sa volonté, l'ANJI est favorable à l'application du droit commun : la limitation ou l'arrêt d'un traitement susceptible d'entraîner le décès ne pourrait être envisagée que dans le respect de la procédure collégiale prévue par le code de la santé publique et après consultation des directives anticipées, de la personne de confiance, de la famille ou, à défaut, d'un proche sans qu'il paraisse nécessaire de prévoir l'intervention du tuteur en cette qualité.

Toute réforme devra enfin s'accompagner d'un meilleur accompagnement des mandataires familiaux, d'une définition d'un statut du mandataire judiciaire professionnel et d'un financement des mesures à la hauteur du service attendu

Afin de donner tout son sens au principe selon lequel le protecteur doit d'abord être choisi au sein de la famille et de permettre un meilleur exercice des mesures ainsi confiées aux familles, l'ANJI est favorable au développement des services de soutien et d'assistance aux tuteurs familiaux, ce qui suppose un financement à la hauteur de cet enjeu.

La démarche tendant à une plus grande professionnalisation de la fonction de mandataire judiciaire à la protection des personnes majeures doit être poursuivie. Des moyens suffisants doivent être dégagés pour permettre à ces mandataires de développer de nouvelles pratiques en matière d'aménagement des mesures, de contribuer à la mise en œuvre de pratiques d'accompagnement vers l'autonomie, en vue notamment d'un allègement ou d'une levée de la mesure chaque fois que cela est envisageable. La protection de la personne suppose des contacts suffisamment réguliers avec les personnes concernées, notamment lorsqu'elles sont prises en charge en établissement.

Il a été relevé, dans de nombreux ressorts, une inadéquation criante entre les capacités des mandataires et les besoins des juridictions qui se voient opposées des fins de non-recevoir de mandataires déjà débordés alors que la situation requiert l'ouverture rapide d'une mesure de protection, voire même une intervention en urgence toujours chronophage.

Il est notamment nécessaire de revoir, en associant plus étroitement l'institution judiciaire, l'élaboration des schémas directeurs concernant l'implantation des structures collectives (exemple : associations tutélaires souhaitant créer de nouvelles antennes locales), mais aussi de penser la création de modalités d'exercice en commun de mandataires personnes physiques (organisation des remplacements, accueil sécurisé du public dans des locaux adaptés).

L'ANJI préconise par ailleurs de renforcer l'obligation pesant sur les établissements de santé ou médico-sociaux (de plus de 80 lits) de désigner en leur sein un mandataire judiciaire à la protection

des personnes afin d'éviter que certains d'entre eux, de plus en plus nombreux, se dispensent du respect de cette obligation. Celle-ci pourrait être étendue à toutes les structures hébergeant des personnes âgées, quitte à ce qu'elle puisse y satisfaire au travers d'une mutualisation avec d'autres établissements proches.

Ce mode d'exercice des mesures est peu coûteux, (voire même rentable lorsqu'il permet une sortie plus rapide d'hospitalisation vers une structure mieux adaptée à la personne), permet d'assurer un suivi proche des personnes en établissement et participe au développement de la bientraitance des personnes hébergées.

Il conviendrait dans le même temps d'éclaircir précisément les obligations des préposés d'établissement public, qui se voit parfois opposer, par exemple lorsqu'ils envisagent l'ouverture d'un livret ou d'un compte pour la personne protégée, les « règles de la comptabilité publique », ce qui limite l'autonomisation des personnes protégées.

Enfin, il paraît indispensable d'envisager la mise en place de commissions pluridisciplinaires de contrôle, destinées à assurer la régulation de la profession, à diffuser des formations et guides de bonne pratique mais aussi à imposer, lorsque cela est nécessaire, des mises en conformité au regard des obligations de la profession. Ceci sera d'autant plus nécessaire que les contrôles en cours de mesures auront été allégés.

Il est également nécessaire d'être attentif au « marché » en développement de l'aide à la personne, sur le terrain administratif et financier : des entreprises, sous la forme de sociétés ou autoentreprises, prétendent exercer, sans contrat clair s'agissant de la facturation de leurs prestations et sans formation, une activité non déclarée de mandataire, certains intervenants de ce secteur n'hésitant pas en outre à se présenter comme régulièrement mandatés par les associations tutélaires pour intervenir à domicile.

D'une manière générale, et comme la Cour des comptes l'a souligné dans son rapport de septembre 2016, l'organisation générale de la protection des majeurs souffre d'un manque de pilotage. Au niveau national, il paraît indispensable qu'une structure interministérielle coordonne et anime l'action des services du ministère de la justice et de celui en charge des affaires sociales. Au niveau local, une telle coordination doit aussi se décliner, au-delà des seules initiatives individuelles, entre les magistrats en charge de la protection des majeurs et les directions de la cohésion sociale.

L'ANJI souligne enfin que la protection des majeurs doit rester de la compétence d'un juge spécialisé, géographiquement proche des publics concernés et des services intervenant auprès d'eux, facilement accessible et identifié, spécialement formé à l'approche d'un public vulnérable et habitué au travail avec les partenaires locaux.

A cette fin notamment, l'ANJI propose de modifier le projet de loi de programmation pour la justice actuellement en discussion de manière à maintenir un juge spécialisé, nommé par décret, compétent pour traiter des matières mettant en jeu l'ordre public de protection en faveur des personnes majeures : en matière contentieuse, les litiges opposant un consommateur à un professionnel, en ce compris le surendettement, ceux opposant un locataire à un bailleur ainsi que ceux nés de l'exécution forcée d'un titre exécutoire, en matière gracieuse, le droit des majeurs protégés.

Ces matières entretiennent entre elles des relations étroites et la connaissance de l'une d'elles favorise le traitement des autres, au sein d'un bloc de compétence cohérent :

Compte tenu du développement prévisible du mandat de protection future et des mesures d'habilitation familiales, les mesures de protection judiciaires concerneront principalement les

situations conflictuelles mais aussi les situations d'isolement marquées par la précarité laquelle caractérise aussi, par exemple, les situations de surendettement ou les expulsions locatives.

Le traitement de telles matières suppose une formation spécialisée, aussi bien pratique que théorique dès lors que le juge doit appliquer d'office la règle de droit (souvent très technique) même si les parties ne le lui demandent pas expressément. Enfin, ce même traitement nécessite que l'exercice des fonctions du juge s'exerce dans la durée : en matière de protection des majeurs, le magistrat ne clôture pas son dossier par la décision qu'il rend mais doit suivre l'évolution des situations individuelles, à l'occasion de la gestion de la mesure ou de ses révisions périodiques, et un tel travail ne peut se faire qu'en lien étroit avec les différents partenaires du ressort (mandataires judiciaires mais aussi médecins, établissements, services sociaux ...).



Secteur sanitaire et social

Contribution ANMJPM groupe de travail justice Mme Anne Caron d'Eglise

La mise en place du groupe de travail justice sur la protection juridique des majeurs est l'occasion pour l'ANMJPM de rappeler la place singulière des préposés mandataires judiciaires dans les établissements de santé sociaux et médico-sociaux.

Si la loi du 5 mars 2007 a rendu obligatoire, sous certaines conditions, la désignation d'un préposé d'établissement en qualité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM) et a garanti le respect de son indépendance, il n'en demeure pas moins que cette obligation légale n'est pas respectée sur tout le territoire. De plus, pour l'exercice des préposés, l'absence de financement fléché et connu des directeurs d'établissements sanitaires sociaux et médico-sociaux voire même des Agences Régionales de Santé (ARS), fragilise le maintien de cette activité de protection au sein des établissements. En outre, l'inexistence d'un statut spécifique altère l'attractivité de cette fonction essentielle dans les établissements.

Les derniers rapports des IGAS et du défenseur des droits ont pointé les incohérences du système dont celles-ci, que la réforme en cours doit corriger.

L'ANMJPM est favorable à l'instauration d'une mesure unique à certaines conditions et est particulièrement vigilante à la garantie apportée par le juge dans l'exercice des mesures.

Le positionnement singulier du préposé mandataire judiciaire

Le mandataire judiciaire en établissement sanitaire ou médico-social a pour spécificité d'exercer à proximité immédiate des résidents dont il a en charge la protection. Véritable défenseur des droits au sein de l'établissement pour la personne protégée, son indépendance est garantie par la loi.

Cette proximité lui permet de mettre en avant sa connaissance des problématiques spécifiques des publics accueillis (pathologies du vieillissement, pathologie psychiatriques...). Elle favorise la prise en charge pluridisciplinaire de la situation de la personne protégée et permet une grande réactivité aux demandes et besoins des personnes protégées.

Récemment une enquête lancée par l'ANMJPM et la FHF auprès des établissements révèle que l'exercice des mesures de protection par un préposé d'établissement est une plus-value pour l'établissement .

En psychiatrie ,elle constitue un « prolongement » du soin permettant une véritable resocialisation de la personne vulnérable.

Une obligation légale non respectée sur le territoire

L'existence d'une obligation de disposer d'un préposé ou d'un service de protection juridique des majeurs pour les établissements publics n'est pas respectée également sur tout le territoire.

Malgré les recommandations des rapports des IGAS en 2014 , du défenseur des droits en 2016 et les dispositions des derniers schémas régionaux de la protection juridique, cette situation n'a pas évolué, à la fois en raison de la méconnaissance par la majorité des acteurs des mécanismes de financement et des contraintes budgétaires impactant les établissements.

Non seulement cette obligation légale n'est pas respectée mais on constate au fil des mois la suppression de postes de préposés dans les établissements. L'absence de sanction favorise ce processus.

Le seuil à partir duquel l'obligation s'applique est fixé à 80 places pour les établissements sociaux et médico-sociaux.

Pour les établissements de santé, si l'obligation est posée par la loi, le décret fixant un seuil et pourtant prévu n'a jamais été publié laissant place à une interprétation erronée de certaines DDSC autorisant la suppression de postes de préposés sous prétexte de l'absence de publication du décret fixant le seuil.

Pourtant malgré ces freins, les établissements soumis à obligation ont su innover et se regrouper afin de proposer une prestation de qualité. Ceci en adoptant un système de conventions inter-établissements où par le biais de groupements de coopération sociale et médico-sociale.

La difficile application des règles de la comptabilité publique

Particularité imposée aux préposés d'établissement, l'application des règles de la comptabilité publique est source d'interrogations.

Cette obligation entraîne une lourdeur de gestion pour le mandataire judiciaire . Ainsi les personnes protégées peuvent bénéficier du système de prélèvements ou accéder à certains moyens de paiements qu'après que les fonds aient transités par le trésor public avant de revenir sur leur compte ! Cette lourdeur paraît un peu archaïque dans le monde « connecté » d'aujourd'hui et les préposés pourraient tout à fait être relevés de cette obligation pour fonctionner comme leurs collègues MJPM/ personnes physiques.

La suppression de cette obligation qui rendrait le travail des préposés/mandataires plus fluide dans l'intérêt de la personne protégée pourrait être subordonnée à une gestion soit à partir de comptes à la CDC (article 427 a3) soit des comptes bancaires des personnes protégées.

Cette solution permettrait également de soulager les trésoreries puisqu'au moment du décret du 4/05/2012 il était estimé que 410 agents du trésor étaient affectés à cette mission. Les moyens dégagés pourraient alors être consacrés aux contrôles des comptes.

Un financement de l'activité invisible et inéquitable

Cette situation s'explique par l'absence de sanction au respect de l'obligation mais aussi et surtout par l'opacité, pour cette activité, des financements .

Le financement de cette activité devraient être basés sur des indicateurs comme les autres catégories de professionnels (associations tutélaires et mandataires individuels). Ce qui permettrait une véritable « convergence tarifaire ».

Par ailleurs l'absence de statut spécifique pour les préposés/mandataires des établissements limite l'attractivité de cette fonction qui ne dispose d'aucune légitimité officielle. Ce manque de reconnaissance est ressenti comme particulièrement injuste compte tenu de la lourdeur des responsabilités mises en œuvre et de l'implication professionnelle nécessaire.

A titre d'exemple, certains MJPM sont employés en catégorie C au même titre que les agents chargés de l'entretien des locaux. Pourtant une fiche métier intégrée dans le répertoire de la Fonction publique hospitalière existe, constituant un premier pas vers un statut, mais les directeurs d'établissements indiquent qu'ils ne peuvent l'utiliser car il manque un décret prévoyant l'entrée dans cette filière par le biais d'un concours sur titre (CNC ou diplôme envisagé pour le futur).

Dans les EHPAD, le financement de l'activité impacte le tarif hébergement de l'ensemble des résidents ce qui est particulièrement injuste pour eux .Il faut souligner que peu de conseils départementaux ont adopté un tarif spécifique pour financer l'activité.

Pourtant le transfert des 27 000 mesures exercées par les préposés/mandataires vers les autres opérateurs tutélaires entrainerait un surcoût important pour l'Etat puisque différentes études ont démontré le coût moindre de l'exercice des mesures par les préposés.

Il appartient au législateur de profiter de la réforme en cours pour réparer cette iniquité de traitement et d'inclure expressément le financement codifié de l'activité des préposés dans le code de l'action sociale et des familles . ceci afin d'améliorer la lisibilité et le contrôle du dispositif

La mesure unique pour une meilleure individualisation de la protection

L'ANMJPM adhère à la proposition de création d'une mesure unique qui permettrait de mieux respecter les capacités et potentialités de la personne protégée. Elle est d'ailleurs favorable à tous ce qui peut améliorer à la fois la prise en considération du majeur et de ses difficultés et la bienveillance à l'accompagner au quotidien.

Cela suppose au préalable une évaluation pluridisciplinaire des capacités et potentialités des personnes selon un processus proche de l'évaluation de la prestation de compensation du handicap.

Par ailleurs, le recours accru à des mandats spéciaux permettrait de respecter les recommandations de la cour européenne des droits de l'homme et favoriserait une délimitation du champ d'intervention du mandataire et donc du champ de sa responsabilité.

La question du recueil du consentement et de l'expression de la volonté est primordiale. La réalisation d'outils garantissant le respect de la volonté de la personne protégée est nécessaire. La proximité que nous revendiquons garantit la qualité de ce recueil.

Le juge garant du respect des droits des personnes protégées

S'il paraît pragmatique de décharger le juge du régime d'autorisation de certains actes compte tenu de la mission d'auxiliaire de justice confiée au mandataire judiciaire, il apparaît indispensable que le juge demeure le pivot et le garant du bon exercice de la mesure.

En corollaire, le transfert de responsabilités vers le mandataire devra aboutir à une meilleure reconnaissance de sa fonction via un véritable statut.

Le nécessaire lancement d'une campagne d'information grand public et d'envergure sur la fonction de MJPM

Le MJPM défenseur des droits et accompagnant des prises de décision n'a pas vocation à se substituer aux autres acteurs du champ social et sanitaire. Si le MJPM a pu pallier au désengagement de certains acteurs, il apparaît important que la réforme en cours repositionne les choses : la personne protégée demeure un citoyen à part entière et doit accéder à toutes les prestations de droit commun. « Les droits de la personne ne s'arrêtent pas là où commence la protection juridique – R.Poilroux »

Une campagne nationale d'information grand public lancée à l'issue de la réforme en cours doit avoir pour objectif de rendre clairement lisible par tous, le périmètre d'intervention des mandataires judiciaires à la protection des majeurs .



Secteur sanitaire et social

Contribution ANMJPM N°2 groupe de travail justice

à Mme Anne CARON DEGLISE

I - Statut et contrôle du MJPM

A - Statut du dépositaire mandataire judiciaire à la protection des majeurs

Compte tenu des exigences de connaissances et compétences nécessaires à l'obtention du certificat national de compétence (CNC) ainsi qu'à l'exercice de la fonction de mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM) nous demandons la création d'un statut spécifique de MJPM dans la fonction publique hospitalière et territoriale, garant d'une parfaite identification de cette fonction et de l'indépendance prévue par les textes.

Le statut de MJPM, qui pourrait s'appuyer sur la fiche métier existante dans le répertoire national de la fonction publique hospitalière, devra impérativement prévoir :

- un accès à ce statut par concours sur titre (titre requis le CNC) sur un grade minimum de catégorie B (3ème grille supérieure) pour les MJPM chargés de l'exercice des mesures de protection où mieux de catégorie A à l'instar des autres professions paramédicales (psychologues, ergothérapeutes, infirmiers, personnels socio-éducatif, assistante sociale, etc.). Le premier échelon de la grille d'attaché d'administration catégorie permet une rémunération brute de 1600 € BRUT en début de carrière ce qui nous paraît pas excessif au regard des fonctions et responsabilités engagées.
- un déroulement de carrière basé sur des grilles de correspondance en catégorie B ou en catégorie A à l'instar des professions paramédicales citées précédemment ainsi que le régime indemnitaire.
- les éléments classiques de tout statut (congrés, régime indemnitaire, liaisons fonctionnelles et hiérarchiques étant ici précisé que la garantie d'indépendance devra être rappelée, etc.)

B - Contrôle du préposé mandataire judiciaire à la protection des majeurs

L'ANMJPM est favorable au renforcement du contrôle de l'activité des préposés/MJPM et plus généralement des MJPM de toutes catégories permettant l'amélioration des pratiques professionnelles.

En ce qui concerne le contrôle des comptes de gestion, elle n'est pas opposée au contrôle par des techniciens du chiffre à la charge de la personne protégée à trois conditions :

- Que contrôle soit effectué par des opérateurs agréés au niveau national sur la base d'un cahier des charges établi au moyen d'un référentiel élaboré et validé par les fédérations et associations nationales de mandataires.
- Que le contrôle à charge de la personne ne soit effectué qu'en l'absence d'intervention dans l'exercice de la mesure d'un professionnel de la gestion du patrimoine qui engage déjà sa responsabilité professionnelle dans sa mission d'assistance et de conseil du mandataire
- Que cette délégation de contrôle ne soit effectuée que pour les patrimoines importants (seuil de l'ISF)

II - Modifications législatives ou règlementaires issues des contributions de l'ANMJPM

A - Obligation légale pour les établissements publics

Il nous paraît important pour les établissements de santé, **de rédiger le décret** prévu par la loi, en alignant le seuil de ces établissements sur celui existant pour les établissements sociaux et médicaux sociaux, soit 80 lits ou places d'hébergement

Cette obligation devra être contrôlée et sanctionnée pour en assurer l'effectivité.

B - Les règles de la comptabilité publique

La suppression de l'obligation pour les préposés de recourir aux règles de la comptabilité publique qui entrainerait une **modification de l'article 427 al 5 du code civil** :

« les opérations bancaires d'encaissement, de paiement et de gestion patrimoniale effectuées au nom et pour le compte de la personne protégée sont réalisées exclusivement au moyen des comptes ouverts au nom de celle-ci »

Rappelons ici que l'alinéa 3 permet l'ouverture de compte à la Caisse des dépôts et consignations.

La délivrance de l'argent aux personnes protégées dans les établissements de santé et les EHPAD est une véritable difficulté et prive les résidents de ces établissements d'un droit essentiel. L'instauration systématique de régie dans les établissements publics permet la délivrance d'espèces aux résidents qui ne peuvent se déplacer hors établissement. Il convient de rendre obligatoire la constitution de régie dans les établissements en s'appuyant sur une délégation du comptable du Trésor.

C - L'intégration pleine et entière de l'activité des préposés d'établissement et de son financement dans le code de l'action sociale et des familles

- L'article R472-23 du code de l'action sociale et des familles prévoit la **parution d'un arrêté du ministre chargé de la famille fixant les indicateurs, liés notamment à la charge de travail, permettant de déterminer le budget alloué au financement de l'activité de MJPM** dans les établissements publics.
Or, cet arrêté n'est toujours pas paru. Un tel texte participerait à l'idée de "modalités communes de financement" prévues par l'art. 419 du code civil et permettrait une convergence tarifaire au niveau des schémas régionaux et départementaux de la protection judiciaire.

- Parmi les modalités de mise en œuvre de l'activité de MJPM rendue obligatoire, la loi du 5 mars 2007 préconise la **création de services médico-sociaux dédiés à la protection juridique des majeurs** (au sens de l'art. L 312-1 14 ° du code de l'action sociale et des familles) dans les établissements ou dans le cadre de structure de coopération entre établissements.

La DGOS oppose un obstacle réglementaire lié à un problème comptable puisque la création d'un budget annexe spécifique à un tel service médico-social nécessite des ressources propres que n'assurent pas les modalités de financement actuelles (versement en DAF).

Dans le même temps, la DGCS persiste dans son injonction. Pour preuve l'imprimé CERFA de déclaration au représentant de l'Etat dans le département par les établissements publics (en cours de rédaction) qui ne prévoit qu'un seul préposé/MJPM. A partir du 2^{ème}, la création d'un service est formellement conseillée par la DGCS, interrogée sur ce point. Tout au plus, sera-t-il possible de déclarer un titulaire et un suppléant pour assurer la continuité de service public.

Compte-tenu de cette impossibilité réglementaire, il n'existe donc que des MJPM personnes physiques au sein des établissements publics hospitaliers ou médico-sociaux. Les directeurs sont tenus de les désigner nominativement en vue leur inscription personnelle sur la liste établie par le Préfet. La désignation de plusieurs MJPM, légalement possible et en pratique indispensable pour une meilleure adéquation avec le nombre de mesures à exercer, compliquent néanmoins la

tâche du juge des tutelles appelé à les nommer "intuitu personae" pour exercer des tutelles ou curatelles (désignation aléatoire ou anonyme).

La possibilité de créer de véritables « services de MJPM » au sens du code de l'action sociale et des familles offrirait des gages en termes d'organisation et de continuité dans l'exercice de cette fonction de proximité.

(Code de l'action sociale et des familles - Article L312-1

I.-Sont des établissements et services sociaux et médico-sociaux, au sens du présent code, les établissements et les services, dotés ou non d'une personnalité morale propre, énumérés ci-après :

14° Les établissements et services mettant en œuvre les mesures de protection des majeurs ordonnées par l'autorité judiciaire au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire ;)

*Contribution de l'Association Avocats, Droits et Psychiatrie
aux travaux de la Commission interministérielle en charge de la préparation d'une réforme du droit et
de la procédure en faveur de la protection des majeurs vulnérables.*

Créée le 15 janvier 2013, l'Association Avocats, Droits et Psychiatrie est une association nationale qui regroupe des avocats sensibilisés à la fragilité des droits des personnes hospitalisées en psychiatrie sans leur consentement, conscients de la nécessité d'une vigilance constante en même temps qu'un haut niveau de compétences afin d'assurer utilement la défense de leurs droits (p.j. : statuts).

L'association assure la mutualisation des compétences, la publication des jurisprudences (anonymisées) de ses membres et assure la diffusion des connaissances par l'organisation de formations professionnelles ; elle favorise également les échanges interdisciplinaires afin de promouvoir l'exercice effectif et efficace des droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement, un partage des expériences et faire ainsi avancer le droit en ce domaine.

L'un de ses membres a ainsi obtenu, l'arrêt rendu le 16 mars 2016 par la Cour de cassation (Civ1ère 16.03.2016 n°15-13745, en p.j.) qui impose, à tous les stades de la procédure judiciaire, la convocation du curateur ou du tuteur aux audiences afin de contrôle de la mesure d'hospitalisation, qu'elles soient obligatoires ou introduites sur requête facultative.

En premier lieu, tout avocat pratiquant, depuis la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011, la défense des personnes hospitalisées sans leur consentement, a vécu l'introduction, par la loi n°2013-869 du 27 septembre 2013, de l'avocat obligatoire lors du contrôle à douze jours de la mesure par le juge ou ce dernier statuant sur requête facultative.

Dès avant cette réforme, mais encore davantage depuis, tous les Ordres des Avocats des Barreaux français ont immédiatement mis en place un réseau de formation intensive afin de mettre en place un système de permanences listant les avocats spécialement formés, appelés de façon régulière à assurer les audiences, tant devant le Juge des libertés et de la détention que devant la Cour d'appel.

En second lieu, l'ordonnance 2018-20 du 17 janvier 2018 a ainsi modifié l'article L3211-6 du Code de la santé publique qui dispose désormais ;

« Le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425 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.

Lorsqu'une personne est soignée dans un établissement de santé ou un hôpital des armées ou hébergée dans un établissement social ou médico-social, le médecin est tenu, s'il constate que cette personne se trouve dans la situation prévue à l'alinéa précédent, d'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. Le représentant de l'État dans le département doit être informé par le procureur de la mise sous sauvegarde. »

Qu'elle soit encore maintenue en hospitalisation complète continue ou qu'elle soit libre et sous programme de soins, la personne vulnérable qui a rencontré son avocat lors du contrôle obligatoire à douze jours de la mesure fera, de nouveau et tout naturellement, appel à ce Conseil pour assurer sa défense et l'assister au cours de la procédure d'ouverture en sa faveur d'une mesure de protection judiciaire.

L'avocat investi dans la défense des personnes hospitalisées sans leur consentement ne peut ignorer la loi relative aux mesures de protections judiciaires des majeurs vulnérables car il est ainsi devenu l'interlocuteur privilégié de son client qu'il a déjà rencontré dans des conditions particulièrement difficiles ; pour la procédure de contrôle, il a appris à communiquer avec lui et à créer un lien de confiance d'une qualité exceptionnelle.

Au dernier état, délibération du mardi 15 mai 2018, le Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Paris a voté la création d'une **Antenne des majeurs** en charge de regrouper, former et lister tous les avocats investis dans ces deux types de procédure, hospitalisation psychiatrique sans consentement et ouverture d'une mesure de protection.

L'Association Avocats Droits et Psychiatrie estime donc de son devoir de participer à la présente Commission interministérielle afin de lui faire retour de ses travaux, son expérience et ses prospectives.

* * *

L'article 6 de La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales a créé le concept de procès équitable lequel inclut la faculté pour tout défendeur de se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office lorsque les intérêts de la justice l'exigent.

L'article 13 de La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées stipule, de façon encore plus nette :

« Accès à la justice

Les États Parties assurent l'accès effectif des personnes handicapées à la justice, sur la base de l'égalité avec les autres, y compris par le biais d'aménagements procéduraux et d'aménagements en fonction de l'âge, afin de faciliter leur participation effective, directe ou indirecte, notamment en tant que témoins, à toutes les procédures judiciaires, y compris au stade de l'enquête et aux autres stades préliminaires.

Afin d'aider à assurer l'accès effectif des personnes handicapées à la justice, les États Parties favorisent une formation appropriée des personnels concourant à l'administration de la justice, y compris les personnels de police et les personnels pénitentiaires. »

Enfin, Le Défenseur des Droits a écrit, dans son rapport « Protection juridique des personnes vulnérables » déposé au mois de septembre 2016 :

« Compte tenu des conséquences résultant d'une mesure de protection juridique à l'égard des libertés fondamentales du majeur concerné, il paraît légitime de s'interroger sur l'opportunité de rendre obligatoire la présence de l'avocat aux côtés du majeur afin de le représenter, s'il n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté, ou de l'assister lors de son audition et tout au long de l'instruction de la mesure. »

Deux hypothèses se dégagent donc selon que le majeur est ou non auditionnable au cours de la procédure, autrement dit, selon que le justiciable est, ou non, en mesure d'y participer de façon personnelle et autonome

1 / Le cas du majeur vulnérable déclaré non auditionnable par le médecin certificateur

Afin de se rendre conforme au *Droit International Conventionnel*, la loi française applicable aux mesures de protection des majeurs vulnérables **doit impérativement introduire dans son droit la présence obligatoire de l'avocat** au cours de toutes les instances judiciaires, en ouverture de la mesure, son renouvellement, son aggravation ou sa levée, lorsque la personne concernée par la mesure ne peut défendre elle-même ni ses intérêts ni son opinion.

Pour mémoire, en matière de défense des personnes hospitalisées sans consentement, la loi de 2011, prévoyait déjà la représentation obligatoire des personnes déclarées non-auditionnables par le Juge des libertés et de la détention. Depuis, la loi de 2013 a rendu la présence de l'avocat obligatoire dans tous les cas.

Eu égard aux risques sévères de conflit d'intérêts, avec les membres de la famille notamment, et afin d'assurer sa totale indépendance, cet avocat ne peut être que celui que la personne avait désigné pour sa défense au moment où elle pouvait s'exprimer librement ou commis d'office par le Bâtonnier sans que cette commission n'entraîne nécessairement une rémunération au titre de l'aide juridictionnelle si le patrimoine de la personne vulnérable lui permet d'en assurer le paiement des honoraires.

2/ Le cas du majeur vulnérable déclaré auditionnable par le médecin certificateur

La présence de l'avocat devrait également être reconnue obligatoire dans ce cas et, ce, à tous les stades de la procédure en tant que l'œil *du droit*, le juriste *facilitateur* du choix de la mesure et l'intermédiaire privilégié pour la faire admettre de son client et participer à sa meilleure acceptation.

Pour ce faire, les dispositions actuelles de l'article 1214 du Code de procédure civile doivent être corrigées et étendues :

A ce jour, le majeur protégé ou à protéger peut avoir fait choix d'un avocat, à défaut, il peut demander au Juge des tutelles ou au Président de la Cour d'appel qu'il lui en fasse commettre un par le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats.

Cette situation exclut aujourd'hui toutes les personnes qui ne sont pas en mesure de demander cette désignation soit qu'elles soient non auditionnables, soit que leur situation personnelle les en empêche.

Il serait donc bienvenu pour préserver les droits des majeurs vulnérables que d'autres personnes puissent demander cette désignation d'un avocat :

- Le Président de la juridiction d'office,
- Le protecteur déjà désigné,
- Une membre de sa famille (...) ou toute personne proche qui entretient avec lui des relations personnelles et stables.

* * *

Le financement de l'introduction systématique de l'avocat auprès de la personne vulnérable au cours des procédures le concernant ne doit pas constituer un frein à la présence, en droit français, de cette garantie unanimement reconnue comme essentielle à une bonne administration de la justice.

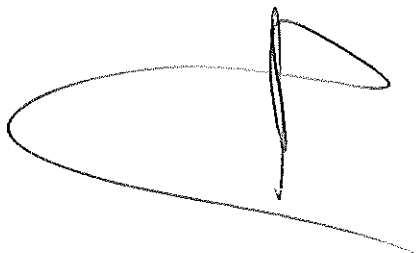
En effet, la commission d'office d'un avocat par son Bâtonnier n'implique pas nécessairement qu'il intervienne au titre de l'aide juridictionnelle et ce mode de rémunération de l'avocat peut et doit être réservé aux plus démunis et, ce, en fonction des barèmes applicables à l'aide juridictionnelle partielle ou totale.

Hors ces cas, les honoraires de l'avocat seront déterminés librement, d'accord entre l'avocat et son client, en application la plus stricte des règles déontologiques de l'avocat et sous le contrôle de son Bâtonnier, voire même, dans le courant de la mesure, l'agrément du Juge des tutelles pour une convention d'honoraires *au temps passé* assimilable, au terme de la jurisprudence, à un acte d'administration.

* * *

De tout ce qui précède, L'Association Avocats, Droits et Psychiatrie a l'honneur de conclure, Mesdames et Messieurs de la Commission Interministérielle, qu'il vous plaise de tenir compte de cet avis, étant entendu que ses membres se tiennent à votre entière disposition pour être auditionnés et répondre à toute interrogation que le présent acte pourrait susciter de votre part.

Corinne VAILLANT
Avocate au Barreau de Paris
Présidente d'Avocats, Droits et Psychiatrie



TEXTE ACTUEL

Article 503

Dans les trois mois de l'ouverture de la tutelle, le tuteur fait procéder, en présence du subrogé tuteur s'il a été désigné, à un inventaire des biens de la personne protégée et le transmet au juge. Il en assure l'actualisation au cours de la mesure.

Il peut obtenir communication de tous renseignements et documents nécessaires à l'établissement de l'inventaire auprès de toute personne publique ou privée, sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou le secret bancaire.

Si l'inventaire n'a pas été établi ou se révèle incomplet ou inexact, la personne protégée et, après son décès, ses héritiers peuvent faire la preuve de la valeur et de la consistance de ses biens par tous moyens.

PROPOSITIONS

Article 503

A l'ouverture de la tutelle, le juge désigne, selon les lois qui les régissent, un officier ministériel afin d'inventorier et de priser les meubles meublants du majeur protégée.

Dans les trois mois de l'ouverture de la tutelle, le tuteur fait procéder, en présence du subrogé tuteur s'il a été désigné, à un inventaire et le cas échéant une prise des autres biens de la personne protégée. Il transmet cet inventaire et la prise au juge. Il en assure l'actualisation au cours de la mesure.

Il peut obtenir communication de tous renseignements et documents nécessaires à l'établissement de l'inventaire auprès de toute personne publique ou privée, sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou le secret bancaire.

Si l'inventaire n'a pas été établi ou se révèle incomplet ou inexact, la personne protégée et, après son décès, ses héritiers peuvent faire la preuve de la valeur et de la consistance de ses biens par tous moyens.

Il est créé un fichier central des mesures de protection.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités de création et de fonctionnement de ce fichier.

JUSTIFICATIONS

1) Il convient de distinguer les délais dans lesquels doivent intervenir l'inventaire et l'évaluation de deux catégories de biens appartenant au majeur protégé.

Compte-tenu du caractère « volatile » des meubles-meublants (les bijoux notamment), l'urgence commande qu'un inventaire soit dressé, le plus rapidement possible, après l'ouverture de la procédure.

Pour les autres biens (immeubles, bien en compte, etc.), l'urgence est moins importante.

2) Le fichier Central des Mesures de Protection (FCMP) permettra de recenser et de suivre les mesures et notamment enregistrera les inventaires et les prisées.

TEXTE ACTUEL

Article 1253

Les opérations d'inventaire de biens prévues à l'article 503 du code civil sont réalisées en présence de la personne protégée, si son état de santé ou son âge le permet, de son avocat le cas échéant, ainsi que, si l'inventaire n'est pas réalisé par un officier public ou ministériel, de deux témoins majeurs qui ne sont pas au service de la personne protégée ni de la personne exerçant la mesure de protection.

Cet inventaire contient une description des meubles meublants, une estimation des biens immobiliers ainsi que des biens mobiliers ayant une valeur de réalisation supérieure à 1 500 euros, la désignation des espèces en numéraire et un état des comptes bancaires, des placements et des autres valeurs mobilières.

L'inventaire est daté et signé par les personnes présentes.

PROPOSITIONS

Article 1253

Les opérations d'inventaire **des biens autres que les meubles-meublants** prévues à l'article 503 du code civil sont réalisées en présence de la personne protégée, si son état de santé ou son âge le permet, de son avocat le cas échéant, ainsi que, si l'inventaire n'est pas réalisé par un officier public ou ministériel, de deux témoins majeurs qui ne sont pas au service de la personne protégée ni de la personne exerçant la mesure de protection.

Cet inventaire contient ~~une description des meubles meublants~~, une estimation des biens immobiliers ainsi que des biens mobiliers **autres que les meubles-meublant** ~~ayant une valeur de réalisation supérieure à 1 500 euros~~, la désignation des espèces en numéraire et un état des comptes bancaires, des placements et des autres valeurs mobilières.

L'inventaire est daté et signé par les personnes présentes.

Les inventaires et les prisées des meubles –meublants et des autres biens meubles ou immeubles du majeur sont inscrits au fichier central des mesures de protection.

Les tuteurs peuvent conclure avec un officier ministériel une convention cadre fixant les modalités de leurs interventions.

JUSTIFICATIONS

1) Il s'agit d'adapter le texte à la modification de l'article 503 c. civil.

2) Les tuteurs pourront conclure avec les OPM des conventions leurs permettant de forfaitisé les honoraires d'intervention. Une mutualisation pourra s'opérer entre les dossiers impécunieux et les dossiers pécunieux.



Objet : mission relative aux mesures de protection/ réponses aux questions complémentaires

La Chambre nationale des huissiers de justice remercie la mission pour son écoute attentive.

Elle souhaite porter à sa connaissance les éléments complémentaires suivants, à l'issue d'un sondage qui a été réalisé auprès de la profession à l'issue de l'audition et de consultations des présidents des chambres départementales qui ont mis en œuvre des partenariats avec les juridictions en matière de vérification des comptes.

I) Etendue des missions effectuées à droit constant

Les confrères entendus par la Chambre ont fait savoir qu'aujourd'hui ils sont chargés du contrôle des comptes par les juridictions, tandis que les commissaires priseurs établissent les inventaires.

Depuis que les huissiers de justice accomplissent cette tâche, ils veillent à respecter scrupuleusement les délais, la plupart des confrères insistent sur le fait que depuis qu'ils sont appelés à intervenir la juridiction ne souffre plus d'aucun retard. Beaucoup soulignent qu'ils ont été appelés pour résorber le stock et que satisfaite de la qualité de leur exercice, la juridiction a souhaité qu'ils poursuivent leur mission.

Ces mêmes confrères ont spécialement été requis par les juridictions pour éviter l'acquisition de la prescription, ils estiment avoir satisfait pleinement à cet objectif de bonne gestion.

Le succès de leur mission passe, pour les huissiers de justice, par un effort de rationalisation et de présentation des comptes par les mandataires associatifs ou institutionnels, mais aussi familiaux. Ils estiment avoir su faire preuve de pédagogie et avoir obtenu de très bons résultats, les comptes adressés aux juridictions étant de plus en plus harmonisés.

Dans les ressorts où les juridictions ont généralisé la délégation aux huissiers de justice, la chambre départementale organise la répartition des dossiers entre les huissiers et décharge le greffe de toutes les tâches logistiques. Le plus souvent l'examen des dossiers a lieu dans les locaux de la juridiction et les huissiers soulignent la qualité de l'accueil qui leur est réservé.

Par ressort une moyenne de 20 dossiers sont délégués chaque semaine. Sur certains ressorts ce nombre excède 100 dossiers et c'est ainsi de 6 à 7 000 dossiers qui sont traités annuellement.

Des conventions ont pu être passées localement, même si elles ne sont pas la norme. Le parquet y a alors été associé.

La seule difficulté, marginale, soulevée par les confrères est liée aux modifications substantielles des patrimoines, lesquels sont rarement actualisés.

La Chambre considère dès lors que l'exercice de cette activité par la profession répond pleinement aux objectifs qui lui ont été assignés par le législateur. Les confrères manifestent nettement leur attachement à cette mission, qu'ils lient au recours, déjà fermement établi en matière contentieuse, à l'huissier pour faire le compte entre les parties en qualité de technicien.

Cependant, les constats, ainsi établis, sont à mettre en perspective avec les difficultés récurrentes des juridictions à établir de manière fluide la gestion des mesures de protection.

II) Propositions de modifications du périmètre des missions

Il y a lieu de rappeler, que sur le fondement de l'article 58-2° de la LOLF, la commission des finances du Sénat a demandé, en 2011, à la Cour des comptes une enquête relative à la conduite des missions des juridictions en matière de gestion des mesures de protection.

Selon les principales conclusions de la Cour « alors que dans le projet de réforme, l'étude d'impact réalisée par la direction des affaires civiles et du Sceau prévoyait un « recentrage et une amélioration qualitative de la charge administrative des greffes », le constat dressé par la Cour des comptes va dans le sens inverse »¹

Il semble donc indispensable de réformer les modalités pratiques du contrôle des comptes des mesures de protection.

Une telle réforme est en enjeu essentiel pour notre société au regard des évolutions de la démographie.

De ce point de vue, à l'heure où le greffier se voit confier de nombreuses missions « juridictionnelles », la Chambre propose d'accentuer le phénomène de déjudiciarisation en cette matière en confiant la mission de vérification des comptes, à titre principal, aux huissiers de justice.

¹ Sénat, rapport d'information n° 315 (2011-2012), « La réforme de la protection des majeurs: un bilan d'étape préoccupant », de MM. Eric Bocquet et Edmond Hervé

Les huissiers de justice, officiers publics et ministériels, apparaissent parfaitement qualifiés pour accomplir cette mission, en cohérence avec les missions qu'ils sont déjà actuellement amenés à exercer.

L'Autorité de la concurrence, considère à cet égard que « les huissiers de justice, qui assurent déjà des missions de comptabilité (notamment lorsqu'ils exercent des fonctions de syndic) apparaissent parfaitement compétents et outillés pour accomplir ce type de mission »².

Elle relevait, en outre, qu'en l'état de l'article 513 du code civil, les huissiers de justice peuvent être désignés, non seulement pour assister le greffier dans sa mission de vérification des comptes, mais également pour accomplir la mission de vérification des comptes de gestion de tutelles en qualité de «techniciens».

Les huissiers de justice sont des praticiens des comptes, ils établissent des inventaires, ils ont une compétence reconnue sur l'administration d'immeubles notamment.

Ils bénéficient par ailleurs d'une garantie couvrant de façon indéfinie et illimité leur responsabilité professionnelle et financière.

Leur statut d'officiers publics et ministériels, leur présence sur le territoire sont, enfin, autant d'arguments qui avaient été avancés par le rapport rendu le 30 juin 2008 par la commission sur la répartition des contentieux, instituée par le Garde des sceaux et présidée par le recteur Serge Guinchard.

La Chambre souhaite également que la mission confiée aux huissiers puisse être modernisée, notamment par le recours à la dématérialisation.

Elle rappelle qu'un outil de dépôt des comptes de gestion des personnes protégées a été développé par la Chancellerie en lien avec la Caisse des dépôts et consignations, avec le soutien des institutions tutélaires et des juridictions d'instance.

Elle souligne que cet outil a été acquis par le Conseil supérieur du notariat pour la gestion des comptes établis dans le cadre des mandats de protection.

Elle préconise donc la généralisation de cet outil pour le recueil des comptes par les juridictions et leur transmission aux huissiers de justice. Une telle évolution serait de nature à éviter aux huissiers de se rendre au greffe pour consulter les dossiers.

III) Indemnisation des missions

Les confrères constatent que le temps passé au contrôle d'un compte est d'une heure en moyenne.

Pour les comptes les plus simples, le temps passé n'est jamais inférieur à 30 minutes.

² Avis n°10-A-14 du 29 juin 2010 relatif à l'assistance du greffier en chef en matière de vérification des comptes de tutelle par un huissier de justice - § 47, p. 8.

La notion de comptes par lots n'est donc pas véritablement pertinente, les huissiers soulignent à cet égard, qu'il est matériellement impossible de contrôler plus de 8 comptes par jour.

Ils insistent enfin sur la faible part de comptes impécunieux qui leur sont soumis.

La tarification actuelle apparaît donc équilibrée et il est proposé de la maintenir en l'état.



CONTRIBUTIONS AU GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTRIEL SUR LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS VULNERABLES

Cette contribution s'inscrit dans un contexte d'exercice des mesures particulièrement difficile depuis quelques années. Ce constat est partagé par l'ensemble des opérateurs du système de protection.

Difficile par l'exigence de plus en plus grande et variée de mises en oeuvre de normes ne tenant que très peu compte des conditions d'exercice (Le RGPD, les DPIM annuels, les notices d'information...), la pression très forte exercée par les autres professionnels pour voir les mandataires se substituer à eux dans diverses fonctions leur incombant, au même titre que bons nombres de familles très en retrait sur la prise en charge de leur parent, mais très exigeantes quant à leur information ..

Réflexions sur le contrôle de notre exercice :

La question du contrôle tant des comptes de gestion des majeurs protégés que du MJPM lui-même est une question importante et qui mérite qu'elle soit revue en profondeur afin entre autre d'arriver à une harmonie au niveau national :

-l'article 513 du Code Civil prévoit, dans certains cas, une dispense de soumettre à approbation le compte de gestion, pour le MJPM ou le tuteur familial et par ailleurs, une dispense de compte de gestion pour le tuteur familial.

L'on peut s'interroger sur la différence de traitement et de contrôle pour un majeur protégé selon que son tuteur désigné est un tuteur ou curateur familial.

Cette certaine déjudiciarisation est-elle dans l'intérêt du majeur protégé ? A tout le moins, dans le cas d'une dispense de compte gestion, ou même de soumission à approbation dudit compte, le magistrat devra avoir une très bonne connaissance de la situation de la personne protégée.

-il faut distinguer le contrôle de l'activité qui est de la compétence de la DDCS et le contrôle du mandat qui doit rester l'apanage du magistrat. Et il faudrait instaurer un cadre au contrôle effectué par les DDCS afin d'éviter certaines dérives qui nous ont été rapportées par nos adhérents.



-le nouvel article 512 du Code Civil pose la question suivante : quid du financement du contrôle des personnes avec peu de ressources ou de patrimoine ?

Faut-il envisager le contrôle des comptes de gestion par l'Administration Fiscale ? par des pairs (ce qui nécessiterait la constitution d'un Ordre organisé comme pour les notaires, les avocats etc.), ou par des sociétés extérieures mais dans ce cas se pose le problème du paiement dudit contrôle alors même que la participation du majeur protégé à sa mesure de protection est plafonnée.

Nécessité de création d'un diplôme de niveau 2 et d'une meilleure reconnaissance de notre métier et d'un soutien des pouvoirs publics :

Les pouvoirs publics demandant toujours plus de professionnalisation, il faut envisager sans aucun doute un diplôme d'Etat pour le MJPM. Ce diplôme ne peut pas être un diplôme de travail social puisque nous sommes avant tout des auxiliaires de justice même si une grande partie de notre travail entre dans le champ social.

Ce diplôme permettrait sans aucun doute une meilleure reconnaissance tant de la part des professionnels avec qui nous sommes en contact que des majeurs protégés et de leur entourage.

Une réflexion pourrait être menée dans le cadre des formations des travailleurs sociaux (as, éducateur, cesf) en envisageant une année de spécialisation après le diplôme d'état portant sur les domaines juridiques et de gestion patrimoniale. A l'image de ce qui se met en place dans le cadre du cursus juridique , avec le Master 2 de protection juridique.

Il est nécessaire également que les pouvoirs publics qui ont rappelé assez récemment qu'ils étaient contents de tous leurs opérateurs nous apportent publiquement leur soutien lorsque notre profession se trouve vilipendée dans les médias à plusieurs reprises comme cela l'a été au cours des derniers mois.

Réflexions sur notre mode de financement :

Il est extrêmement important que notre mode de financement devienne pérenne une bonne fois pour toutes. En effet, les MJPM exerçant à titre individuel sont les seuls à avoir vu changer leur mode de financement depuis la mise en place de la loi du 5 mars 2007.

Le nouveau système de rémunération qui doit être mis en oeuvre dans les semaines ou les mois à venir sera sans doute lui-même amené à être modifié suite à l'enquête diligentée par l'IGAS, qui vient de démarrer et dont les conclusions ne produiront sans doute leur effet qu'à compter de l'année 2021.

Cette situation ne peut plus continuer à durer tant pour les MJPM que pour les majeurs protégés.



L'harmonisation du système de financement pour tous les opérateurs réaffirmé par l'arrêt du Conseil d'Etat et sa simplification qui doivent entrer prochainement en vigueur sont une première étape mais il faudra également obtenir le versement mensuel du financement pour les MJPM individuels comme cela se pratique pour les associations au travers de la DGF et ce afin de pérenniser les cabinets des MJPM et ce dans le cadre de la volonté de l'Etat d'aller vers une plus grande professionnalisation.

On ne peut pas continuer à en demander toujours plus au MJPM sans leur donner certaines garanties en retour sachant qu'il existe une très grande disparité au niveau régional quant au versement de la participation par les DDCS.

Réflexions sur le projet de mesure unique :

Cette idée s'inscrit dans l'objectif d'une meilleure individualisation de la mesure de protection. Mais beaucoup de questions se posent encore avant la mise en œuvre :

Quel serait le modèle cadre de ladite future mesure unique ?

-une mesure qui partirait des capacités du majeur et non de ses incapacités. Comment les évaluer finement ? Par qui ? A quelles fréquences pour être au plus près des capacités de la personne à protéger ?

-une mesure qui tiendrait compte de l'intégralité de l'expression de la volonté du majeur (question de l'opportunité, notamment, de la suppression du droit de vote) en sachant que l'expression de la volonté peut être fluctuante au gré de certaines pathologies psychiatriques et donc inconstantes ?

-une mesure qui prendrait comme modèle la sauvegarde de justice actuelle.

Cette mesure unique aurait, sans doute, comme inconvénient, de multiplier les saisines du juge pour adapter la mesure. Or il est manifeste que la démarche a un objectif diamétralement opposé.

De plus cette mesure unique participerait-elle d'une clarification du champ d'intervention du mandataire envers les tiers et notamment professionnels ou au contraire conduirait-elle à une perte de repère certain et difficilement acquis durant ces 10 dernières années ?

Actuellement, nous pouvons mesurer la difficulté qu'engendre, la plupart du temps, l'exercice des mesures de co-curateur ou co-tuteur, subrogé etc. (notamment avec des membres de la famille) en raison principalement d'un déficit d'informations au moment du prononcé des mesures. Comment s'articulerait la place de chacun dans cette mesure unique ?

On voit qu'il y a encore beaucoup trop d'imprécisions et de questions à régler avant une éventuelle mise en œuvre de ce type de mesure.



Réflexions sur la délimitation du mandat du MJPM :

Il y a un problème général de méconnaissance du contenu de notre mandat par les différents intervenants (partenaires, institutionnels, famille et proches, majeurs protégés).

Bon nombre de professionnels continuent à considérer que le MJPM, à sa désignation, se substitue au travailleur social qui était chargé, jusqu'alors de l'accompagnement de la personne protégée, avant son placement sous mesure de protection.

Il est nécessaire de rappeler l'article 20 du code de déontologie de l'ANAS : « l'assistant de service social n'est délié d'aucune de ses obligations envers l'utilisateur, quelle que soit la forme d'action commune et quels que soient les intervenants ».

Par ailleurs, le MJPM devrait se conformer à la délimitation stricte de son mandat.

Ainsi, par exemple, l'établissement d'un dossier d'aide sociale est un acte administration qui relève de l'autonomie du majeur protégé, sous curatelle, même si celle-ci est renforcée. La fonction du MJPM est dans ce cas de figure de stimuler à la réalisation de l'action, sans se substituer, même si in fine il y a préjudice pour le protégé qui ne réalise pas l'action souhaitée.

De la même manière, il faudrait préciser si l'accompagnement social est une modalité, un outil d'exercice de la mesure de protection (l'action du MJPM peut produire des effets comparables à ceux recherchés dans le cadre d'un accompagnement social) ou seulement une norme de comportement qui guide le MJPM.

Anne GOZARD

Présidente de la Chambre Nationale MJPM



Groupe de travail sur la protection des majeurs vulnérables

Contribution du Conseil national des barreaux

Le **Conseil national des barreaux**, établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale créé par la loi n°190-1259 du 31 décembre 1990 modifiant la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, est l'institution qui représente sur le plan national et international l'ensemble des avocats inscrits auprès de l'un des 164 barreaux français.

Interlocuteur privilégié des pouvoirs publics et du législateur, le Conseil national des barreaux contribue à l'élaboration des textes susceptibles d'intéresser la profession d'avocat et les conditions de son exercice. Il intervient également sur toutes les questions ayant trait au domaine juridique et à l'institution ou au système judiciaire en général.

Le Conseil national des barreaux a aussi reçu de la loi des missions très spécifiques telles que l'unification des règles et usages de la profession et dispose de prérogatives tant en matière de formation professionnelle des avocats que pour l'organisation de l'accès au barreau français des avocats étrangers (art. 21-1, L. 31 déc. 1971 mod L. 30 déc. 1990).

Conseil National des Barreaux

180, boulevard Haussman

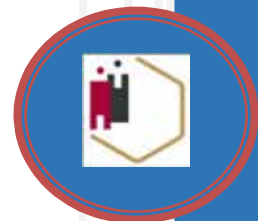
75008 Paris

Tél. 01 53 30 85 60

Fax. 01 53 30 85 61

www.cnb.avocat.fr

textes@avocat.cnb.fr





INTRODUCTION

Le Conseil national des barreaux expose dans le présent document les propositions émises dans le cadre de sa participation au groupe de travail interprofessionnel sur la protection des majeurs vulnérables présidé par Madame Anne Caron-Dégliose, avocat général à la Cour de cassation, en lien avec la Direction des Affaires civiles et du Sceau.

Les observations formulées ci-dessous le sont au soutien ou en complément de ce qui a pu être exprimé oralement lors des réunions de travail préparatoires. Elles ne se veulent pas exhaustives en ce qu'il est impossible de l'être. Elles sont au maximum synthétiques et présentées par thème pour en faciliter la lecture.

* *
*

1. SUR LA PLACE DE L'AVOCAT

Enjeux : Développer le recours à l'avocat dans le but d'assurer une meilleure défense des droits d'un public vulnérable, avec la contrainte du coût qui y est attaché, pour les familles et pour la société (aide juridictionnelle).

Position du Conseil national des barreaux (CNB) :

Le Conseil national des barreaux recommande que le recours à l'avocat soit obligatoire en matière de droit des majeurs protégés.

L'état des personnes est un terrain déterminant au regard des libertés fondamentales et instaurer l'avocat obligatoire apportera évidemment une amélioration de la situation des majeurs protégés. Certes, cela induit un « coût », mais celui-ci doit plutôt être regardé comme un investissement puisque, d'une part, l'avocat exerce une mission de conseil qui peut permettre, en amont, d'éviter une mesure de protection judiciaire qui ne serait pas nécessaire, d'autre part, il œuvre pour la bonne application de la loi et peut permettre à ce titre d'éviter des contentieux/recours inutiles ou voués à l'échec. Par ailleurs, la mission naturelle de l'avocat est de porter les revendications légitimes de son client, afin que chacun voit ses droits et intérêts préservés, ce qui est un objectif primordial. En l'état du droit positif, il est anormal que les majeurs vulnérables puissent voir leur situation abordée sans avoir pu consulter un avocat. **La demande est donc que l'avocat soit obligatoire pour tous et en toute hypothèse.**

S'agissant de la désignation de l'avocat du majeur vulnérable, il s'agit d'un acte strictement personnel, qui incombe au majeur seul donc. Toutefois, pour le cas où le majeur se présenterait sans avocat, le Bâtonnier de l'Ordre compétent devra pouvoir être sollicité afin de pouvoir garantir la représentation de la personne concernée.

Le Barreau de Paris vient de décider la création, sur le modèle de « l'antenne des mineurs », d'une antenne des majeurs protégés avec la mise à disposition d'une liste d'avocats spécialement formés qui peuvent être sollicités aussi dans le cadre de permanences. Le Conseil national des barreaux pourrait inciter à étendre la démarche dans les autres barreaux.



Toute disposition qui viendrait à prévoir une assistance par une personne autre qu'un avocat qualifié serait purement cosmétique. Cela donnerait seulement l'apparence d'une défense, et ne constituerait donc en rien une avancée.

2. SUR LA DEJUDICIARISATION

Enjeux : Limiter l'intervention du Juge des tutelles au stade des autorisations d'actes en la cantonnant aux situations de conflit et aux actes d'une importance toute particulière (exemples : consentir une libéralité, disposer des droits relatifs au logement principal, procéder à l'ouverture/la fermeture d'un compte bancaire), afin de libérer du temps au sein de la juridiction (de Juge mais aussi de greffe) pour mieux contrôler l'exécution de la mesure, à plus forte raison dans le contexte de la réforme de la justice en cours annonçant la disparition des tribunaux d'instance (laquelle conduira certainement à une diminution du nombre de Juge des tutelles, voir déjà l'exemple de Paris).

Position du Conseil national des barreaux :

Le Conseil national des barreaux relève que, dans le contexte de la multiplication des outils d'anticipation de la protection et du maintien des principes de subsidiarité et de nécessité, si une mesure de protection judiciaire est ordonnée, c'est bien souvent que l'intervention du juge est nécessaire. **Dès lors, la déjudiciarisation concernant le fonctionnement de ces mesures ne peut être que marginale. Elle pourrait passer par une modification du contenu du décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.**

En revanche, du temps pourrait être dégagé utilement, pour le Juge et pour le greffe, si se développait la pratique de « décisions cadres » au moyen desquelles, dès l'ouverture de la mesure de protection, le juge autoriserait par anticipation certains actes, à charge pour le protecteur de justifier de la bonne exécution de sa mission en fin d'année. Par exemple, sur la base d'un budget déficitaire, le Juge pourrait l'autoriser en amont à effectuer des rachats sur un contrat d'assurance-vie – dans la limite de tel montant par an – et le dispenser ainsi de le saisir de chaque opération.

Quant au « Juge des tutelles », le Conseil national des barreaux souhaite le maintien d'un juge spécialisé, et par priorité un Juge d'instance, plus proche des justiciables. Toutefois, dans le contexte de la présentation du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice annonçant la disparition des tribunaux d'instance, **le Conseil national des barreaux recommande la création d'un juge spécialiste de la vulnérabilité** (avec les compétences actuelles du juge d'instance auxquelles s'ajouterait le contentieux des hospitalisations sans consentement).

3. SUR L'EVALUATION PREALABLE A LA SAISINE DU JUGE



Enjeux : Repenser l'évaluation de la situation du majeur vulnérable préalable à la saisine du juge pour éviter des saisines/mesures inutiles, voire pour améliorer les éléments fournis au juge dans la perspective d'une meilleure instruction du dossier et *in fine* d'une décision mieux individualisée : faut-il permettre l'utilisation d'évaluations médicales déjà réalisées ? Faut-il se contenter d'éléments médicaux ou étendre cette évaluation à l'examen de la situation sociale et environnementale du majeur ?

Position du Conseil national des barreaux :

Selon le Conseil national des barreaux, l'éclairage médical de la situation d'une personne est nécessaire mais ne nécessite pas d'être renforcé. En effet, il est de l'office du juge de qualifier juridiquement le besoin de protection, mais pas de poser un diagnostic ni d'élaborer un parcours de soins.

En revanche, il faut améliorer le certificat médical circonstancié pour le rendre exploitable. En effet, bien souvent, le constat médical est déconnecté de la recommandation juridique, ce qui laisse à penser que **le certificat médical circonstancié ne pourrait porter que sur les constatations médicales et non sur la qualification de la mesure idoine, le médecin n'étant pas un juriste.**

L'amélioration du contenu de ces certificats passe par la formation des médecins inscrits (nécessité d'une formation qualifiante ou de justifier d'une spécialisation), davantage de précautions dans l'élaboration des listes qui ne sont souvent pas à jour. **Cela devrait demeurer de la compétence du Parquet mais pourrait aussi incomber au président du Tribunal de grande instance / magistrat délégué des Cours d'Appel.**

Par ailleurs, l'évaluation délivrée au Juge par le requérant ne doit pas seulement être médicale. **La recommandation du Conseil national des barreaux à cet égard est d'ordre procédural : il convient que la requête comporte, à peine d'irrecevabilité, la description de la situation personnelle, familiale et patrimoniale de la personne.**

Pareille exigence serait à rapprocher de ce que le droit de la famille connaît déjà s'agissant de l'assignation en divorce, pour laquelle l'article 257-2 du Code civil prévoit qu'elle comporte, à peine d'irrecevabilité, une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux. Il s'agit d'une contrainte supplémentaire, mais qui apparaît compatible avec la recommandation que le ministère d'avocat devienne obligatoire (cf. point 1), de plus fort si la procédure à vocation à relever du Tribunal de grande instance.

4. VERS L'INSTAURATION D'UNE MESURE UNIQUE ?

Enjeux : Au regard des engagements internationaux, envisager la création d'une mesure de protection « unique », dont le modèle serait celui d'une capacité conservée, avec des ilots d'assistance, voire de représentation sur des actes identifiés par le juge dans sa décision.

Position du Conseil national des barreaux :



L'exemple de la Belgique montre qu'un tel système peut rapidement conduire à de l'hyper représentation, et finalement constituer une régression au regard des principes de nécessité et d'individualisation des mesures de protection.

Cependant, il n'est pas douteux qu'à l'heure actuelle les mesures de protection judiciaire sont trop faiblement individualisées. Cette situation pourrait être améliorée par la formation des Magistrats, car le dispositif législatif est riche en l'état (habilitation familiale, curatelle simple, renforcée, aménagée, tutelle, tutelle allégée), **la présence d'avocats formés aux côtés des majeurs protégés**, le cas échéant le recours à la sauvegarde de justice avec désignation d'un mandataire spécial.

L'expérience de cette mesure provisoire montre qu'elle peut constituer une période transitoire permettant de mieux appréhender le besoin d'assistance / représentation du majeur, voire même de régler quelques sujets « épineux » permettant alors d'envisager un non-lieu à mesure de protection celle-ci n'étant pas/plus nécessaire, ou de réintroduire les familles après l'intervention d'un professionnel qui a œuvré pour rétablir une situation administrative compliquée, fédérer un entourage familial dispersé, etc.

Le Conseil national des barreaux émet toutefois deux réserves s'agissant des mesures provisoires :

- d'une part, de la pratique (très fréquente) consistant à prononcer ce type de mesure provisoire sans audition du majeur : il convient que l'audition de la personne à protéger soit systématisée ;
- d'autre part, de l'ampleur du mandat donné au mandataire spécial : trop souvent, la mission est très générale (usage d'une trame confiant des droits exorbitants, en ce compris par exemple la réception du courrier, ce qui s'avère trop « radical » s'agissant d'une mesure provisoire...).

Quant à la notion d'accompagnement, elle est difficile à formaliser / appréhender. De fait, notre droit prévoit déjà la possibilité d'une curatelle simple, qui peut-être n'est pas assez utilisée.

Il est également absolument nécessaire de rappeler la nécessité d'informer le majeur protégé de manière adaptée. A cet égard, l'article 457-1 du Code civil, qui met à la charge du protecteur une obligation d'informer la personne protégée dans le cadre de sa mission de protection à la personne devrait constituer une disposition fondatrice de toute mesure de protection.

Enfin, la création d'une mesure de protection unique soulève la question du droit transitoire, du sort des mesures prononcées antérieurement, de la nécessité de les réviser, etc., ce qui semble peu opportun dans le contexte de la phase de renouvellement déjà absorbée par les services en 2014.

5. VERS LA POSSIBILITE DE REVOIR LA DEFINITION / LE REGIME DES ACTES STRICTEMENT PERSONNELS ?



Enjeux :

Faut-il rester sur une définition large et une liste non exhaustive ou modifier ce dispositif cela étant, avec la contrainte que s'agissant d'actes qui ne peuvent donner lieu ni à assistance, ni à représentation, ce régime peut finalement se retourner contre la personne qui n'exercera *in fine* pas ses droits (on pense particulièrement aux actes liés à l'exercice de l'autorité parentale) ?

Position du Conseil national des barreaux :

La présence obligatoire de l'avocat (cf. point 1) aux côtés du majeur protégé devrait permettre de limiter les situations dans lesquelles une personne protégée n'exerce pas un droit par méconnaissance, l'avocat étant la personne idoine pour informer le majeur de ses droits (à charge pour lui de les exercer toutefois).

Afin d'améliorer encore le dispositif, une réponse procédurale pourrait être apportée, en généralisant l'information du protecteur dans toutes les procédures, y compris celles relatives à des droits strictement personnels (par exemple l'autorité parentale), ceci par la dénonciation des actes de procédure.

De fait, le protecteur informé, pourra inviter le majeur à faire valoir ses droits et à recourir aux services d'un avocat, sans toutefois pouvoir se substituer à lui.

S'agissant **du testament** : il convient de maintenir le régime actuel, à savoir un acte qui ne peut être passé que par le majeur, mais alors que le Juge des tutelles a vérifié son aptitude à consentir.

Pareil régime pourrait d'ailleurs être adopté pour le mariage.

S'agissant des conséquences patrimoniales, **le recours à un contrat de mariage pourrait être imposé, avec l'idée sous-jacente que l'existence d'un régime matrimonial et son contenu soient expliqués et que le majeur soit assisté de son protecteur dans cette démarche** (cet objectif ne passe pas nécessairement par l'adoption d'un régime séparatiste : certes il peut s'agir d'un régime adapté, mais il ne faut pas oublier que le régime légal, adopté par le plus grand nombre, est un régime communautaire et aussi protecteur, qui doit rester ouvert également aux majeurs protégés).

S'agissant **du divorce** : **rien ne justifie que les majeurs vulnérables ne puissent pas divorcer par consentement mutuel** et soient contraints d'utiliser un autre fondement (faute ou altération du lien conjugal avec les délais qui y sont attachés).

La recommandation du Conseil national des barreaux est donc d'ouvrir aux majeurs protégés le divorce par consentement mutuel. La loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle impose désormais à chaque époux d'être assisté par son avocat, lequel, en l'absence d'intervention du juge, garantit le consentement au divorce et la préservation des intérêts du majeur protégé.

Le Conseil national des barreaux recommande aussi de permettre le recours au divorce accepté ; le procès-verbal d'acceptation aurait vocation à être signé par le



majeur, et par son protecteur. Nous serions donc dans une mission d'assistance du protecteur, quelle que soit la mesure.

6. MESURES SUBSTITUTIVES, PRINCIPE DE SUBSIDIARITE ET OUTILS D'ANTICIPATION

Enjeux : Comment faire en sorte de diminuer le nombre de mesures judiciaires, chaque fois que les conditions permettent d'en passer par une autre forme de protection ?

Position du Conseil national des barreaux :

En l'état de notre droit positif, il existe trois strates de protection :

- 1/ la protection contractuelle (régime primaire du régime matrimonial, procuration, mandat de protection future),
- 2/ l'habilitation familiale (spéciale ou générale),
- 3/ la mesure judiciaire (qui a priori n'a vocation à être prononcée qu'en dernier recours, c'est-à-dire en l'absence d'anticipation et/ou en l'absence de famille ou dans des circonstances de conflit).

Il est impératif de continuer à sensibiliser les citoyens et aussi de former les professionnels, ceci dès l'Université et encore tout au long de la formation continue, pour pouvoir conseiller le public (et pas seulement le public averti) ; mais aussi pour savoir mieux utiliser ces mécanismes : beaucoup de mandats de protection future signés ne sont pas mis en œuvre, ou alors ils le sont trop tard de telle sorte que l'on perd le bénéfice de l'outil alors même que la personne avait pris le soin d'anticiper sa propre vulnérabilité ; on déplore aussi un trop faible recours à la désignation anticipée de son protecteur éventuel alors qu'il s'agit tout de même d'une précaution que l'on peut aisément instaurer, peut-être d'ailleurs au même titre que la désignation de la personne de confiance.

Le Conseil national des barreaux préconise aussi d'améliorer les outils existants, c'est-à-dire (outre la « généralisation » de la désignation anticipée de son protecteur) :

- **Le Mandat de protection future** : La dichotomie actuelle est certainement à reprendre. En effet, le Mandat de protection future sous seing privé est d'une portée trop limitée pour être largement utilisé.

La recommandation du Conseil national des barreaux est d'élargir la portée du Mandat de protection future contresigné par avocat pour y intégrer les actes de disposition (hors les actes à titre gratuit qui doivent rester sous le contrôle du Juge des tutelles).

Il convient aussi d'instaurer une publicité du Mandat de protection future activé. Il est finalement assez peu utile de savoir si un acte a été signé car il est toujours susceptible d'être modifié. En revanche, il est déterminant de savoir s'il a été activé pour les tiers.



La publicité doit être effective, c'est-à-dire accessible à tous et non seulement à une profession, ce qui exclut le recours à un registre notarié, et requiert d'en passer par un registre national.

- **L'habilitation familiale** : Le dispositif serait à élargir. Les dispositions figurant dans le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice présenté devant le Sénat vont en ce sens.
- **La fiducie** : Cela doit rester un outil d'anticipation de plus dans le panel (peu probable que cela devienne un outil de masse à court/moyen terme). L'objectif étant de faire en sorte que la meilleure organisation soit instaurée pour protéger le patrimoine d'un majeur, il faut continuer à communiquer sur cet outil qui, culturellement, n'est pas immédiat.

Il faut certainement aussi permettre de sécuriser la signature d'un contrat de fiducie à l'aune de la vulnérabilité, c'est-à-dire par l'instauration d'une sauvegarde de justice avec un mandat spécial, à charge pour le mandataire de régulariser pareil contrat sous le contrôle du Juge des tutelles. En effet, si l'enjeu est uniquement patrimonial, il est très probable qu'une mesure soit disproportionnée. En aval, (donc post mesure de protection), cette sécurisation ne pourrait exister qu'avec des contrôles renforcés.

7. PERSONNE DE CONFIANCE, SANTE ET EXPRESSION DE LA VOLONTE

Enjeux : Rendre plus intelligible la notion et la mission de la personne de confiance ; maintenir la personne protégée en « 1^{ère} ligne » pour prendre des décisions s'agissant de sa santé.

Position du Conseil national des barreaux :

Le Conseil national des barreaux préconise une définition unique de la personne de confiance et une mission unique : celle d'accompagner la personne dans les démarches médicales et, si elle ne peut plus s'exprimer, celle de témoigner de ce qu'elle aurait exprimé si elle avait pu le faire. Il faut insister sur la désignation et, lors de l'ouverture d'une mesure éventuelle, veiller à ne pas remettre en cause ce choix exprimé. Cela passe par le maintien de la désignation ou l'autorisation de pouvoir désigner pour éviter un retour devant le Juge des tutelles.

Quant à l'idée d'instaurer une personne de confiance présumée (le conjoint par exemple), le Conseil national des barreaux n'y est pas favorable car, dans la vie des familles, l'intérêt de la personne peut être tout autre, parce qu'il faut aussi respecter le fait que l'on peut ne pas vouloir désigner une personne de confiance.

Par ailleurs, il est important de rappeler que la présence d'une personne de confiance ne dispense pas de rechercher le consentement de la personne.

8. ELECTIONS ET ELIGIBILITE



Enjeux : Maintenir autant que possible un droit, qui permet l'exercice d'une démocratie active ; permettre aussi de conserver / d'exercer des mandats électifs, avec le paradoxe toutefois d'être dans le même temps empêché d'agir pour soi-même.

Position du Conseil national des barreaux :

Le droit positif (maintien du droit de vote mais retrait possible en cas de tutelle) est satisfaisant mais son application ne l'est pas (pratique généralisée du certificat médical circonstancié qui conclut au retrait du droit de vote et décision du juge allant dans le même sens, sans audition sur ce point et sans motivation particulière).

Une amélioration pourrait être d'imposer que la décision par laquelle le droit de vote est retiré soit spécialement motivée (ce qui imposera un développement plus pertinent qu'actuellement de la part du médecin inscrit, une audition et un échange avec la personne sur son envie / sa capacité à demeurer électeur).

Sur la question de l'éligibilité : si on en passe par une capacité conservée d'élire, le corolaire est une capacité largement conservée d'être éligible. **Il faut certainement que les textes déterminant les conditions d'éligibilité mentionnent ponctuellement comme condition l'absence de mesure de protection (de type protection judiciaire, habilitation familiale, mandat de protection future). Il appartiendra au ministère concerné de préciser quels types de mandats seraient concernés par l'empêchement.**

Remarque en droit des sociétés : La question de l'éligibilité du majeur protégé conduit aussi à se poser la question des pouvoirs de représentation qu'il peut avoir/être amené à exercer au sein d'une société.

En l'état, le droit des majeurs protégés ne prévoit pas d'impossibilité, pour un majeur protégé, d'être dirigeant d'une société, et le placement sous une mesure de protection, n'emporte pas – sauf dispositions statutaires en ce sens – la perte de cette qualité. Le décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 analyse d'ailleurs la « candidature aux fonctions de gérant ou d'administrateur » comme un acte de disposition, ce qui indique qu'un majeur protégé pourrait accéder à pareille fonction nonobstant la mesure de protection ouverte à son égard.

La compatibilité du statut de dirigeant social avec la mesure de protection est consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. Com. 29 septembre 2009, n°08-15125), qui n'admet par ailleurs pas que la personne protégée soit assistée ou représentée dans l'exercice de ses fonctions (Cass. Civ. 1, 12 juillet 2012, n°11-13161 ; Cass. Civ. 2, 7 avril 2016, n°15-12739). Cet état du droit est source d'inquiétude quant à la préservation de l'intérêt social, mais aussi pour le dirigeant vulnérable lui-même en raison de la responsabilité à laquelle il se trouve ainsi exposé.

L'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations paraît toutefois apporter une réponse à cette difficulté, puisque figure désormais dans le Code civil un paragraphe consacré à la représentation (articles 1153 à 1161), et en particulier l'article 1160 qui dispose que « *les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction* ». En toute logique, cette disposition nouvelle devrait conduire à mettre un terme, de plein droit, aux fonctions d'un dirigeant de société placé sous une mesure de protection, mais la prudence



commande toujours de prévoir des aménagements statutaires pour prévenir d'éventuelles difficultés d'interprétation de ce texte qui pourraient se révéler source de contentieux. **Une amélioration serait de compléter / préciser l'article 1160 du code civil.**

9. SOUTIEN RENFORCE AUX FAMILLES

Enjeux : Améliorer l'information aux familles des majeurs vulnérables, en amont du prononcé de la mesure de protection mais aussi au stade de l'exécution de celle-ci.

Position du Conseil national des barreaux :

La délivrance de l'information aux familles s'apparente souvent à du conseil en droit. **Ce conseil relève de la compétence d'un professionnel et au premier chef de l'avocat. Si la recommandation de l'avocat obligatoire est suivie, le conseil sera prodigué en amont. On peut améliorer la situation en instaurant des permanences spécialisées, assurées par des avocats spécialisés également** (cf. point 1).

Il est aussi souhaitable de favoriser / développer le champ de l'amiable avec les ascendants. Cela veut dire inciter à recourir à la médiation (par une information obligatoire, une séance facultative), ceci en présence de l'avocat s'il y en a un d'ores et déjà mandaté. Par souci d'efficacité, il faudrait que la durée soit cadrée et le coût prévisible.



Rapport du CNCPH relatif à la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs :

Assurer le respect des droits fondamentaux des personnes vulnérables

Préambule

Le nouveau régime français de protection juridique des majeurs a été mis en œuvre il y a dix ans, par la loi du 5 mars 2007. Son objectif de protéger les personnes vulnérables, en situation de handicap ou âgées, repose sur des principes d'assistance, de contrôle, de représentation et de prise de décision par substitution. Ce régime de protection juridique a été modifié par l'ordonnance

n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille. Cette ordonnance prévoit l'autorisation de fixer une durée de la mesure de protection plus longue, allant jusqu'à 10 ans et, dans des cas exceptionnels, jusqu'à 20 ans, contre 5 ans prévus par la loi de 2007, et l'introduction du dispositif d'habilitation familiale échappant au contrôle systématique du juge des tutelles.

Des autorités indépendantes se sont interrogées sur la conformité de la loi du 5 mars 2007 et de l'ordonnance du 15 octobre 2015 avec la **Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées** entrée en vigueur en France le 20 mars 2010, et en particulier avec son article 12 « Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité » :

- Le rapport *Protection juridique des majeurs vulnérables* par le Défenseur des droits en septembre 2016 ;
- Le rapport *La protection juridique des majeurs : Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante* par la Cour des comptes en septembre 2016 ;
- L'avis de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) du 26 janvier 2017 sur le droit de vote des personnes handicapées ;
- Les observations préliminaires de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, Mme Catalina Devandas-Aguilar au terme de sa visite en France, du 3 au 13 octobre 2017 ;

A ces rapports s'ajoutent les demandes réitérées d'associations des personnes handicapées et de leurs familles, ainsi que de l'Inter-fédération des acteurs de la protection juridique des

majeurs. On peut relever notamment la publication en 2012 d'un livre blanc sur la protection juridique des majeurs (CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI).

Tous ces acteurs ont souligné la non-conformité de la législation et des pratiques françaises avec l'article 12 de la Convention, ce qui rejaillit sur la mise en œuvre de celle-ci dans son ensemble.

En outre, le plan d'action du Gouvernement annoncé à la réunion du Comité interministériel du handicap le 20 septembre 2017, et le changement de paradigme affirmé à cette occasion, avec un accent particulier mis sur les notions d'inclusion et de citoyenneté, n'apparaît pas en concordance avec le régime des majeurs protégés.

En affirmant que « les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres », l'article 12 de la Convention ouvre la voie à une contestation de toutes les mesures conduisant à une réduction de la capacité juridique, comme les mesures de tutelle, curatelle, ou de soins sans consentement.

Ainsi, le Comité des droits des personnes handicapées, garant de la Convention, préconise de généraliser les systèmes de « prise de décision assistée » et d'abolir les mesures autorisant des « prises de décisions substituées », de sorte à ne plus décider à la place d'autrui ni d'user de la contrainte à son encontre. De nombreux pays signataires de la Convention ont déjà engagé des réformes de leur système de protection juridique des personnes vulnérables afin de se mettre en conformité avec les préconisations du Comité des droits. A titre d'exemples, peuvent être citées la loi sur la prise de décision assistée en Irlande (décembre 2015)¹, la loi pour la promotion de l'autonomie des personnes handicapées du Costa-Rica (août 2016)² et la réforme de la tutelle réalisée en Autriche (mars 2017)³.

C'est ce qui a conduit la Commission « Questions européennes et internationales – Convention des Nations unies » à proposer en septembre dernier au CNCPH de créer un groupe de travail sur le sujet de l'article 12 et de la protection juridique des majeurs. Composé de quinze personnes issues du milieu associatif, ce groupe a auditionné une série de spécialistes de cette problématique, juristes, magistrats, chercheurs.

Pour donner suite aux recommandations du groupe de travail, la Commission propose d'apporter un certain nombre de modifications à la loi du 5 mars 2007 qui devraient permettre à la législation française de répondre aux exigences de l'article 12 de la Convention et aux attentes des différents acteurs concernés. C'est dans les conditions d'exercice de la capacité juridique par la mise en œuvre d'un mécanisme de prise de décision assistée et dans le contrôle de ce mécanisme que les améliorations doivent être recherchées.

La mise en œuvre d'un mécanisme de prise de décision accompagnée

Respect de l'autonomie, de la volonté et des préférences de la personne

L'article 415 du Code civil fait référence à « l'intérêt » de la personne protégée, ce qui laisse supposer qu'il y aurait un intérêt objectif, unique et supérieur, que le juge des tutelles et les mandataires judiciaires connaîtraient et auraient pour mission de faire respecter. Cela conduit

¹ *The Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015*

² *Ley 9379 para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad*

³ *2. Erwachsenenschutz-Gesetz*

trop souvent à décider à la place de la personne au nom de ce qui semble être son intérêt, avec le souci qu'elle prenne le moins de risque.

Le Comité des droits fait valoir que le principe de « **l'intérêt supérieur** » **n'est pas une garantie conforme à l'article 12 s'agissant d'adultes**. Et que l'on doit respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne, y compris son droit de prendre des risques et de commettre des erreurs.

Proposition :

Afin que le paradigme du respect « de la volonté et des préférences » de la personne remplace celui de « l'intérêt supérieur », **remplacer, dans le troisième alinéa de l'article 415 du Code civil, « Elle [la protection] a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci » par « Elle a pour finalité l'autonomie de la personne et elle garantit le respect de sa volonté et de ses préférences »⁴.**

Suppression du régime de prise de décision substitutive

L'article 440 du Code civil dispose que :

*La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être **assistée ou contrôlée** d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle.*

La curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante.

*La personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, doit être **représentée** d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle.*

La tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante.

Le Code civil opère donc une distinction entre une mesure d'assistance (la curatelle simple), pouvant sous certaines réserves, être assimilée à la mesure d'accompagnement préconisée dans la Convention et une mesure de représentation et de substitution (la tutelle) contraire à l'esprit de la Convention.

Proposition :

Supprimer la notion de tutelle en tant que mesure de représentation et de substitution de longue durée, car elle est contraire à l'article 12 de la Convention des Nations unies.

⁴ Article 12 de la Convention, paragraphe 4 : « *Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée <...> ».*

Création d'une mesure unique d'accompagnement

L'article 428 du Code civil dispose : « ... *La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de la personne.* »

Bien que la réforme de 2007 ait consacré le principe de subsidiarité des mesures de protection juridique en favorisant le recours à des mesures alternatives, force est de constater que le report escompté sur ces mécanismes alternatifs ne s'est que très faiblement produit. Le Défenseur des droits constate, dans son rapport de 2016, qu'en pratique, **les principes de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité ne sont pas respectés** et que la plupart des majeurs placés sous un régime de protection juridique relèvent aujourd'hui d'un régime de tutelle⁵ et se trouvent ainsi privés de leur capacité juridique. Il est donc temps de modifier la législation pour aller vers un système d'accompagnement, conformément aux indications du Comité des droits.

Proposition :

Créer une mesure unique d'accompagnement, avec possibilité pour le juge de prévoir, à l'intérieur de celle-ci, mais seulement par exception, des fenêtres de représentation, **afin de préserver la recherche de la volonté de la personne pour toute décision, y compris à travers la meilleure interprétation de la volonté.**

Il est à remarquer que la proposition d'une mesure judiciaire unique est soutenue par des magistrats chargés de la protection des majeurs⁶, ainsi que par le Ministère de la Justice⁷.

Deux exemples suffisent à mettre en évidence l'intérêt de cette évolution de la notion de tutelle à celle d'accompagnement, pour éliminer les discriminations créées par la législation française dans l'accès aux droits des personnes handicapées à égalité avec les autres citoyens.

- **Les personnes en tutelle ne peuvent pas désigner librement une personne de confiance.**

La loi du 4 mars 2002, dite loi Kouchner, a profondément modifié le système de santé et les droits des malades, en consacrant le principe de démocratie sanitaire. Elle a notamment introduit la possibilité de désigner une **personne de confiance** pour toute personne majeure afin de l'accompagner dans son parcours médical et de rendre compte de sa volonté quand elle est hors d'état de l'exprimer (art. L.1111-6 du Code de la santé publique). Or, les personnes en tutelle ne peuvent désigner une personne de confiance qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille, et la désignation peut même être révoquée si elle a été faite avant la mise en œuvre de la mesure (art. L.1111-6, alinéa 5). Il s'agit d'une mesure clairement discriminatoire.

La loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a élargi l'institution de la personne de confiance à toute prise en charge dans un établissement ou un service social ou médico-social (art. L311-5-1 du Code de l'action sociale et des familles), mais a

⁵ Selon l'instruction n° DGCS/2A/5A/5C/182 du 3 juillet 2017, au 31/12/2016, le nombre total de mesures de protection des majeurs en France était estimé à 900 000. Selon l'étude commanditée par la DGCS et réalisée par l'ANCREAI en 2016, les mesures de protection juridiques se répartissent entre curatelle renforcée (55 %), tutelle (41 %) et curatelle simple (3%).

⁶ E. Pecqueur, A. Caron-Déglise et T. Verheyde, *Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*. Recueil Dalloz 2016, n° 17, p. 958

⁷ Discours de Mme Nicole Belloubet, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, aux Assises Nationales de la Protection Juridique des Majeurs le 8 novembre 2017

gardé l'exception pour les personnes sous protection juridique (art. L311-5-1, alinéa 4). La substitution d'un accompagnement à l'interdiction liée au système de la tutelle devrait donc permettre d'éliminer cette entrave à l'exercice de la capacité juridique.

Propositions :

- **Abroger l'alinéa 5 de l'article L.1111-6 du Code de la santé publique.**
- **Abroger l'alinéa 4 de l'article L.311-5-1 du Code de l'action sociale et des familles.**

➤ **Les personnes en tutelle peuvent être privées de leur droit de vote.**

L'article 29 de la Convention relatif à la participation à la vie politique et à la vie publique stipule : « *Les Etats parties s'engagent à faire en sorte que **les personnes handicapées puissent effectivement et pleinement participer à la vie politique et à la vie publique sur la base de l'égalité avec les autres et notamment qu'elles aient le droit et la possibilité de voter et d'être élues...*** »

Or, la loi de 2007 a certes modifié l'article L.5 du Code électoral, mais a maintenu la possibilité de retirer le droit de vote à la personne en tutelle. L'article L.5 dispose désormais : « *Lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée* ». Cette disposition est discriminatoire par rapport au statut de citoyen de la personne, car les personnes vulnérables, handicapées ou âgées, au motif d'être protégées, se trouvent privées du droit de vote comme seules le sont les personnes condamnées au pénal. Les personnes vulnérables sont des citoyens à part entière. Le droit de vote devrait donc être maintenu pour toute personne majeure, hors cas de condamnation pénale, indépendamment du handicap ou de la mesure d'accompagnement dont la personne peut bénéficier en fonction de ses besoins. Ces propositions reprennent les recommandations de la CNCDH et du Défenseur des droits⁸.

Propositions :

- **Abroger l'article L.5 du Code électoral.**
- **Mettre en œuvre des mesures facilitant la construction de la citoyenneté des personnes vivant avec un handicap, en les accompagnant à l'exercice de leur droit de vote.**
- **Garantir l'accessibilité des lieux, des procédures de vote et des campagnes électorales.**

Information et accompagnement à la prise de décision

L'article 457-1 du Code civil rappelle **le droit à une information adaptée à l'état de la personne pour tous les actes la concernant**. Cet article devrait être déplacé parmi les articles liminaires, car il définit la base du respect de la volonté de la personne et d'une évolution vers un régime d'accompagnement. Le principe ainsi défini devrait avoir des conséquences importantes dans le positionnement des mandataires judiciaires qui devront être formés aux techniques des méthodes de communication avec des personnes handicapées (FALC, MAKATON, LSF, etc.) et respecter la « procédure de décision commune » avec la personne accompagnée recommandée par l'ANESM (devenue HAS).

⁸ Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Avis sur le droit de vote des personnes handicapées. Citoyenneté et handicap : « Voter est un droit, pas un privilège »*, 26 janvier 2017 ; Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables* (rapport), septembre 2016

D'autre part, on constate qu'aujourd'hui en France, les mandataires judiciaires assurent chacun le suivi de 50 à 100 personnes protégées selon les organisations des services et associations tutélaires, et ce chiffre ne cesse de croître du fait de la réduction des budgets alloués à leur fonctionnement. Pourtant, le groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs préconisait déjà en 2000 la gestion de 30 mesures de protection par mandataire, afin d'accompagner de manière efficiente les personnes protégées⁹. Pour garantir la qualité et l'individualisation de l'accompagnement et pour que le principe de respect de la volonté de la personne devienne effectif, il est impératif de limiter le nombre de mesures suivies par chaque mandataire.

L'article 458 du Code civil enfin définit la notion d'actes strictement personnels pour lesquels la personne ne peut être ni assistée ni représentée. Pour toutes les autres décisions relatives à la personne, l'article 459 pose le principe de l'autonomie de la personne protégée, selon lequel l'assistance ou la représentation ne peut être envisagée que de manière subsidiaire, quelle que soit la nature de la mesure de protection. En pratique, le principe de subsidiarité est loin d'être toujours respecté, par exemple en ce qui concerne le droit à l'image, ce qui empêche les personnes sous protection juridique d'exercer leurs droits.

Propositions :

- S'assurer de l'application du **droit à une information adaptée** à l'état de la personne, première étape indispensable pour la promotion de décisions accompagnées et non substitutives.
- **Former les juges et les mandataires aux méthodes de communication adaptée et à la discussion avec les personnes accompagnées.**
- **Limiter le nombre de mesures par mandataires.**
- Dans le respect de l'autonomie des personnes accompagnées et du principe de subsidiarité, **limiter strictement la représentation des décisions relatives à la personne** à des cas où l'expression de la volonté est totalement empêchée.

L'instruction de la mesure d'accompagnement

Evaluation pluridisciplinaire

Conformément à l'article 425 du Code civil, l'évaluation médicale est un préalable à toute mesure de protection juridique. Le certificat médical circonstancié doit décrire avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger et préciser les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation dans les actes de la vie civile. En pratique, la rédaction des certificats est de qualité inégale. Les médecins de diverses spécialités sont inscrits aux registres des tribunaux sans avoir reçu une formation particulière et suffisante pour mener des évaluations dont la conséquence sera déterminante pour restreindre les libertés des personnes.

On constate, en particulier, un **abus de la mention « hors d'état d'exprimer sa volonté »**, traduction d'un problème majeur mal géré par les médecins et les magistrats, qui ne tient pas compte de la fluctuation de la capacité des personnes vulnérables à s'exprimer par la parole ou des postures, selon les interlocuteurs qui s'adressent à elles. Ce thème de « l'impossible évaluation » a été largement traité, sous ses aspects médical et judiciaire, dans l'avis de la

⁹ Jean Favard (président), *Rapport final du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs*, avril 2000

CNCDH sur le droit de vote des personnes handicapées¹⁰. On pourra aussi se référer aux observations et aux propositions du Défenseur des droits et à celles des experts auditionnés par le groupe de travail. L’instruction de la mesure devrait résulter du croisement des regards portés sur la personne par tous ceux qui la connaissent, synthétisé dans un rapport social indispensable pour une prise de décision d’accompagnement pertinente. L’article 1221 du Code de procédure civile y invite en disposant que : « *Le juge peut, soit d’office, soit à la requête des parties ou du ministère public, ordonner toute mesure d’instruction. Il peut notamment faire procéder à une enquête sociale ou à des constatations par toute personne de son choix.* »

Proposition :

Rendre obligatoire une enquête sociale lors de l’instruction de la mesure d’accompagnement afin de permettre au juge de prononcer une mesure plus adaptée, graduée et individualisée.

Recherche de l’expression des choix et de la volonté de la personne par elle-même

Enfin, et ce n’est pas la moindre obligation, il est nécessaire de rechercher l’expression de la volonté de la personne pour qu’une mesure d’accompagnement soit prononcée. Le Défenseur des droits indique dans son rapport que « *l’audition apparaît comme un acte procédural déterminant, qui respecte l’autonomie et la dignité de la personne. Cela constitue ainsi pour celle-ci un droit fondamental* ». Le recours aux dispenses d’audition doit donc être strictement limité.

Les garanties exigées par l’article 12 § 4 de la Convention pour que soient respectés les droits, la volonté et les préférences de la personne doivent être scrupuleusement respectées.

Proposition :

Rendre obligatoire l’audition de la personne pour qui une demande d’ouverture d’une mesure d’accompagnement est faite, sauf dans des cas où l’expression de sa volonté est totalement empêchée par quelque moyen que ce soit (ex. : communication non verbale).

L’exécution de la mesure d’accompagnement

Formation des familles chargées de l’accompagnement

L’article 449 du Code civil donne un ordre de priorité à respecter pour la désignation par le juge de la personne chargée de la mesure de protection : d’abord nomination d’un curateur ou tuteur familial puis à défaut, « *lorsqu’aucun membre de la famille ou aucun proche ne peut assumer la curatelle ou la tutelle* », désignation d’un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Dans le cas d’une mesure familiale, il est nécessaire de prévoir un dispositif de formation et de soutien en mettant l’accent sur les modalités d’accompagnement dans le respect des droits, de la volonté et des préférences des personnes accompagnées.

Proposition :

Mettre en œuvre un dispositif pérenne, doté d’un financement suffisant, de formation et de

¹⁰ Commission Nationale Consultative des Droits de l’Homme, *Avis sur le droit de vote des personnes handicapées. Citoyenneté et handicap* : « *Voter est un droit, pas un privilège* », 26 janvier 2017. Pages 11-17

soutien des familles chargées de l'accompagnement des personnes vulnérables en mettant l'accent sur le respect des droits, de la volonté et des préférences de ces personnes.

Risque de conflit d'intérêt

La possibilité de charger de l'exercice de la mesure d'accompagnement l'établissement médico-social accompagnant par ailleurs la personne contrevient à l'article 12 § 4 de la Convention : « *Les Etats parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus <...>. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence...* ».

Proposition :

Proscrire la possibilité de charger de l'exercice de la mesure d'accompagnement l'établissement médico-social accompagnant par ailleurs la personne.

Durée de la mesure, révision et contrôle

La possibilité pour le juge, introduite en 2015, de fixer une durée allant jusqu'à 10 ans pour la mesure de protection juridique, au lieu de 5 ans, a été prévue pour limiter les procédures concernant les personnes dont l'état est le moins susceptible d'évoluer. Elle est contraire à l'article 12 de la Convention selon lequel les mesures doivent être « *adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et [sont] soumises à un contrôle périodique* ».

En outre, la longueur de cette nouvelle périodicité décennale prive les personnes vulnérables, y compris celles dont l'état de santé est le plus grave, d'une vérification régulière de la pertinence de la mesure mise en œuvre.

Proposition :

Abroger la possibilité pour le juge de fixer une durée de la mesure mise en place supérieure à 5 ans sans révision.

Au-delà de l'article 12

La reconnaissance de la personnalité juridique des personnes handicapées, telle qu'elle est préconisée au titre de l'article 12 de la Convention, devrait ainsi affecter de nombreux domaines où les droits fondamentaux sont clairement remis en cause. Nous en prendrons trois exemples.

Accès à la justice

L'article 13 de la Convention stipule : « *Les Etats parties assurent l'accès effectif des personnes handicapées à la justice sur la base de l'égalité avec les autres...* ». Pour y parvenir, la Convention enjoint aux Etats de favoriser une formation appropriée des personnels de la justice, de la police et du secteur pénitentiaire, et de promouvoir des aménagements raisonnables dans les procédures (ex. : utilisation d'un langage adapté).

Or, l'article 256 du Code de procédure pénale dispose que les majeurs sous sauvegarde de justice, les majeurs en tutelle, les majeurs en curatelle ne peuvent pas être jurés d'une cour d'assises, alors que l'exercice de la fonction de juré fait partie de l'exercice normal de la citoyenneté. Cette anomalie mérite d'être corrigée en tenant compte toutefois des difficultés qui peuvent amener les personnes vulnérables à souhaiter ne pas assumer cette responsabilité.

Propositions :

- **Supprimer l'alinéa 8 de l'article 256 du Code de procédure pénale.**
- **Introduire dans le premier alinéa de l'article 258 du Code de procédure pénale la possibilité pour les personnes handicapées d'être dispensées des fonctions de juré,** en en faisant une demande à la commission prévue à l'article 262 du Code, comme c'est le cas pour les personnes âgées de plus de soixante-dix ans ou n'ayant pas leur résidence principale dans le département siège de la cour d'assise.
- **Former les personnels de la justice, dans le cadre de la formation initiale et de la formation continue, à l'accompagnement des personnes handicapées et aux méthodes de communication adaptée.**

Respect du domicile et de la famille

L'article 23 de la Convention stipule : « *Les Etats parties prennent des mesures efficaces et appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des personnes handicapées dans tout ce qui a trait au mariage, à la famille, à la fonction parentale et aux relations personnelles* ». Or en droit français, la conclusion d'un mariage ou d'un PACS par une personne en curatelle ou en tutelle est subordonnée à une autorisation du curateur ou du juge des tutelles (art. 460 et 461 du Code civil). De même, le divorce par consentement mutuel est interdit pour une personne en curatelle ou tutelle (art. 249-4 du Code civil) et les personnes en sauvegarde de justice sont privées de toute possibilité de divorcer avant qu'une mesure de tutelle ou de curatelle ne soit prononcée (art. 249-3 du Code civil). Ces articles du Code civil sont discriminatoires et contraires à la Convention.

Proposition :

Mettre en œuvre les mesures d'accompagnement nécessaires pour que toute personne majeure puisse décider librement de la conclusion et de la rupture d'un mariage ou d'un PACS.

Santé

L'article 25 de la Convention prévoit que les Etats parties « *exigent des professionnels de la santé qu'ils dispensent aux personnes handicapées des soins de la même qualité que ceux dispensés aux autres, notamment qu'ils obtiennent le consentement libre et éclairé des personnes handicapées concernées* » et « *empêchent tout refus discriminatoire de fournir des soins ou services médicaux <...> en raison d'un handicap* ». Or en droit français, il est interdit aux personnes sous mesure de protection juridique de donner leur sang (art. L.1221-5 du Code de la santé publique).

Proposition :

Autoriser toute personne majeure à décider librement que lui soit prélevé du sang ou ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui, en mettant en œuvre l'accompagnement nécessaire.

**Audition du Conseil national de l'Ordre des médecins
Autorisations en matière de santé et échange des informations**

Autorisations en matière de santé et consentement aux actes médicaux

- Article 36 du code de déontologie médicale : « *Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas.
Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences.
Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que la personne de confiance, à défaut, la famille ou un de ses proches ait été prévenu et informé, sauf urgence ou impossibilité.
Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur protégé sont définies à l'article R. 4127-42* ».
- Article 42 du code de déontologie médicale « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5, un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement.
En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires.
Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible* ».

Extrait des commentaires de ces articles

b) majeurs protégés

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 qui a réformé la protection des majeurs pose le principe d'autonomie de la personne, selon lequel le majeur protégé prend lui-même les décisions touchant à sa personne. Ceci impose au minimum le recueil, a priori, du consentement de la personne protégée par la personne en charge de sa protection.

Néanmoins, l'alinéa 2 de l'article 459 du code civil permet au juge des tutelles d'adapter l'exigence du consentement à l'état de la personne.

Si la personne protégée ne peut prendre seule une décision éclairée, le juge peut prévoir, dès l'ouverture de la mesure de protection ou ultérieurement en fonction de l'évolution de son état de santé, que la personne en charge de la mesure de protection doit l'assister, ou, si nécessaire, que le tuteur doit la représenter dans les actes la concernant.

Ainsi, même dans le cadre d'une mesure de tutelle, le juge peut limiter le rôle du tuteur à une assistance pour ce qui concerne la protection de la personne.

Le juge peut prévoir que cette assistance ou cette représentation est nécessaire pour l'ensemble des actes touchant à la personne ou pour certains d'entre eux seulement, ou pour une série d'actes. Il statue notamment au vu des éléments médicaux figurant dans le certificat médical circonstancié initial établi par le médecin inscrit sur la liste du Procureur ou recueillis ultérieurement par l'intermédiaire de la personne protégée elle-même ou par son tuteur.

En conséquence, si le juge n'a pas pris de décision encadrant spécifiquement la protection de la personne (par une assistance ou une représentation) comme décrit ci-dessus, le principe d'autonomie de la personne s'applique et il n'y a ni assistance, ni représentation possible du majeur.

Il convient de souligner que la personne chargée de la protection du majeur, sauf en cas d'urgence, ne peut sans l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille « *prendre une décision qui aurait pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée* » (article 459 du code civil). Cette disposition couvre de nombreux actes touchant à la santé de la personne, comme certaines interventions chirurgicales, ainsi que ceux impliquant une immixtion dans la vie affective de la personne protégée.

En conséquence :

1. en cas d'urgence vitale, le médecin donne les soins qui s'imposent compte tenu de l'état du patient; il en informe sans délai le juge des tutelles ou le conseil de famille s'il existe ;

2. si l'intervention n'est pas urgente et peut être différée :

- soit elle est de nature à porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne et requiert l'autorisation du juge ou du conseil de famille, s'il existe ;

- soit elle n'a pas ce caractère et pour autant que la personne chargée de la protection du majeur ait reçu un pouvoir de représentation, c'est à elle qu'il incombe de donner son consentement.

Par ailleurs, selon l'article 459-1 du code civil (voir note [6]), les dispositions particulières prévues par le code de la santé publique qui prévoient l'intervention du représentant légal, demeurent applicables. Le consentement de la personne chargée de la protection est exigé par exemple pour une recherche impliquant la personne humaine (article L.1122-2 du code de la santé publique), une recherche sur les caractéristiques génétiques (article R.1131-4), etc.

Les articles L. 1111-2 et L. 1111-4 du code de la santé publique prévoient l'information du tuteur et du majeur sous tutelle, de manière adaptée à ses facultés de discernement et la recherche du consentement de ce dernier « *s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ».

Le rôle du tuteur est envisagé négativement par rapport aux conséquences éventuelles d'un refus de traitement de sa part. Ces dispositions, qui suscitent des interrogations des médecins quant au recueil du consentement du tuteur avant tout acte médical, mériteraient d'être clarifiées.

Les commentaires¹ du code de déontologie médicale insistent sur l'importance de l'information, laquelle doit être claire, loyale et appropriée non seulement aux circonstances mais aussi aux possibilités de compréhension du patient. L'information est le préalable indispensable à un consentement. A défaut de pouvoir recueillir un consentement libre et éclairé d'une personne protégée, le médecin peut rechercher un assentiment.

¹ « Le patient doit formuler son consentement après avoir reçu de la part du médecin, une information claire, compréhensible, adaptée à ses capacités de comprendre la nature des actes et prescriptions proposés, leur intérêt pour sa santé et les conséquences néfastes en cas de refus (article R. 4127-35).

Respectant le principe de l'autonomie de la personne, le médecin donne au patient les explications qu'il souhaite, rectifie des erreurs d'appréciation, reprend les données mal comprises et l'accompagne dans sa réflexion et sa prise de décision. Le consentement ne représente pas tant une fin en soi que la marque d'une bonne compréhension de l'information et d'une relation de qualité avec le patient.

Pour les patients ne maîtrisant pas le français, ainsi que pour les patients présentant un déficit des fonctions sensorielles, un déficit des fonctions cognitives ou une pathologie psychiatrique il sera nécessaire de s'assurer de la bonne compréhension si besoin par l'intermédiaire de la personne de confiance, de la famille ou d'un de leurs proches ».



La notion de décision ou d'acte ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de la vie privée est loin d'être évidente.

De plus, des dispositions du code de la santé publique prévoient selon le cas l'intervention du juge, du tuteur ou du « représentant légal » pour certains actes :

- recherches impliquant la personne humaine (article L.1122-2 du code de la santé publique) ;
- examen des caractéristiques génétiques (articles L1131-1-1 et R. 1131-4) ;
- prélèvements d'éléments du corps humain (article L. 1211-2) ;
- prélèvement de tissus, cellules, produits du corps humain ou organes à l'occasion d'une intervention chirurgicale (articles L.1235-2 et L.1245-2),
- prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse (article L.1241-4) ;
- stérilisation à visée contraceptive (article 2123-2).

La désignation d'une personne de confiance par un majeur protégé

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades a instauré la possibilité pour les personnes majeures sous tutelle, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille, de désigner une personne de confiance, qui peut être « *un parent, un proche ou le médecin traitant* ».

Bien que la loi le permette, le Conseil national estime qu'il n'est pas souhaitable que le médecin traitant soit désigné comme personne de confiance. Le rôle du médecin traitant est d'informer le patient sur son état, les traitements qu'il lui propose, éventuellement le conseiller. On peut y voir un délicat cumul de fonctions.

La personne de confiance a pour rôle d'accompagner le patient dans ses démarches et d'assister aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions (article L. 1111-6 du code de la santé publique). Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la personne de confiance est consultée sur ce que le patient aurait voulu et son témoignage prévaut sur tout autre témoignage de la famille ou d'un proche.

Une personne de confiance propre au secteur médico-social a été instituée à l'article L.311-5-1 du code de l'action sociale et des familles. Les modalités de sa désignation par une personne majeure protégée et ses missions diffèrent de celles de la personne de confiance prévue à l'article L.1111-6 du code de la santé publique.

Le médecin qui assure la prise en charge de la personne protégée peut ainsi se trouver en difficulté en présence de différents accompagnants (personne de confiance, personne chargée de la mesure de protection) dont les missions diffèrent.

Echange d'informations

➤ Accès aux informations figurant dans le dossier médical d'une personne majeure protégée

C'est la personne protégée qui dispose du droit d'accès aux informations figurant dans son dossier médical. Auparavant le tuteur disposait d'un droit d'accès au dossier médical de la

personne protégée, mais les dispositions du code de la santé publique² imposent désormais que la personne en charge de l'exercice de la mesure de protection juridique, qui demande l'accès au dossier, soit habilitée à représenter ou à assister la personne protégée *dans les conditions prévues à l'article 459 du code civil*.

En pratique, cela conduit le médecin qui se voit demander communication du dossier médical d'une personne protégée à devoir s'assurer de l'étendue des pouvoirs de la personne en charge de l'exercice de la mesure de protection.

Par ailleurs, une difficulté se présente lorsque le médecin choisi sur la liste dressée par le Procureur, pour établir le certificat médical circonstancié, lequel doit, à peine d'irrecevabilité, être produit à l'appui d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection juridique, est dans l'impossibilité d'examiner la personne concernée.

Il a été admis³ qu'en cas de carence, le certificat circonstancié pouvait être établi sur pièces médicales.

Le médecin choisi sur la liste du Procureur n'a pas accès aux informations figurant dans le dossier médical de la personne et il n'est pas habilité à en obtenir communication. Cependant, il peut demander l'avis médecin traitant⁴. Il ne s'agit pas nécessairement du médecin traitant au sens de l'article L162-5-3 du code de la sécurité sociale, mais du médecin qui prend en charge le patient.

➤ **Echange d'informations concernant la personne majeure protégée**

Les conditions dans lesquelles les professionnels de santé et les autres professionnels des champs social et médico-social peuvent, pour la nécessité des soins ou du suivi d'une personne dont ils assurent la prise en charge, échanger des informations la concernant, sont prévues aux articles L. 1110-4, R. 1110-1 à R. 1110-3 du code de la santé publique.

Ces échanges d'informations sont encadrés et limités :

1. aux seules informations strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention, ou au suivi médico-social et social de la personne protégée ;
2. au périmètre des missions des professionnels.

Seuls les mandataires judiciaires à la protection des majeurs figurent parmi les catégories de professionnels⁵ des champs social et médico-social habilités avec lesquels les professionnels de santé peuvent échanger des informations.

² Art L. 1111-7 et R. 1111-1 du code de la santé publique

³ Civ 1^{ère}, 20 avr. 2017, n° 16-17.672.

⁴ Article 431 du code civil

⁵ article R. 1110-2 du code de la santé publique



**GROUPE DE TRAVAIL
« LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS VULNÉRABLES »
DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU**

OBSERVATIONS DU CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT

1

19 juin 2018

PROPOS LIMINAIRES

Alors que l'on compte aujourd'hui plus de 700.000 majeurs qui bénéficient d'une mesure de protection, la prise en charge des plus fragiles s'impose comme un sujet social et juridique majeur.

Des mesures législatives ont ainsi été prises ces dernières années pour faire face aux manifestations et conséquences de la vulnérabilité, que ce soit par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs ou par les textes de simplification et de modernisation du droit qui l'ont suivie.

Dix ans après la promulgation d'une réforme dont les attraits et apports ont été soulignés, le bilan est mitigé.

La prise en charge des majeurs vulnérables souffre de carences que soulignent légitimement les familles et associations concernées ainsi que les récents rapports consacrés au sujet¹.

En prise directe avec les évolutions de la société et les besoins de chacun, la profession notariale souhaite apporter, à l'occasion des travaux du groupe de travail dirigé par Madame Anne Caron-Déglise, une contribution utile à la révision du dispositif. Sont ici formulées des remarques et propositions sur l'architecture générale de la protection juridique des majeurs (I) et des propositions d'ajustement des mesures actuelles en vue de renforcer leur efficacité (II).

¹ C. comptes, *La protection juridique des majeurs, une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, Rapport, sept. 2016 ; Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, Rapport, sept. 2016. V récemment : CCNE, Avis n° 128, 15 février 2018 - *Enjeux éthiques du vieillissement. Quel sens à la concentration des personnes âgées entre elles, dans des établissements dits d'hébergement ? Quels leviers pour une société inclusive pour les personnes âgées ?*

I. L'ARCHITECTURE GÉNÉRALE DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS

A. L'habilitation familiale et l'instauration de passerelles

Le groupe de travail a requis l'avis du CSN sur les dispositions du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et notamment sur l'article 15 qui instaure une passerelle entre les mesures de protection judiciaire et l'habilitation familiale.

Comme déjà indiqué lors des travaux, la mesure nous semble opportune notamment eu égard à la récente position jurisprudentielle de la Cour de cassation en la matière (Cass. civ., 1^{re}, 20 décembre 2017) selon laquelle aucune disposition légale n'autorise le juge des tutelles, saisi d'une requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire, à ouvrir une mesure d'habilitation familiale.

Une telle passerelle éviterait en effet aux requérants de se désister de leur demande d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle et de saisir le juge d'une nouvelle requête. De même, il leur serait possible de demander subsidiairement au juge des tutelles l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire en cas de rejet de la demande principale d'ouverture d'une habilitation familiale. A ce sujet, l'article 494-5 du Code civil que le projet de loi modifie, prévoit que le juge peut ordonner, « *si l'habilitation familiale sollicitée ne permet pas d'assurer une protection suffisante* » de la personne concernée, une des mesures de protection visées « *aux sections III et IV* » qui renvoient à la sauvegarde de justice, à la curatelle et la tutelle. Une passerelle entre l'habilitation familiale au motif qu'elle ne serait pas suffisamment protectrice vers la sauvegarde de justice nous semble peu cohérente. La sauvegarde de justice est la mesure la plus légère et ne s'adresse qu'aux personnes dont l'altération des facultés paraît temporaire ou qui ont besoin d'être représentées pour l'accomplissement de certains actes déterminés (C. civ., art. 433). Il n'est pas certain qu'une mesure de sauvegarde puisse utilement remplacer une habilitation familiale qui est conçue comme un mécanisme de représentation (voire d'assistance selon le projet de loi) de la personne protégée et qui peut s'étendre à l'ensemble des actes qu'accomplit un tuteur avec ou sans autorisation du juge.

Sur les autres dispositions du projet de loi relatives à l'habilitation familiale, nos observations sont les suivantes :

Régime de représentation. Le projet de loi modifie l'actuel article 494-6 du Code civil. Ce texte prévoit que « la personne habilitée ne peut accomplir en représentation un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ». Sur ce point, nous rappelons que ce texte ne tient pas compte des critiques formulées au lendemain de la réforme du 5 mars 2007 à l'encontre de l'actuel article 490 du Code civil. La catégorie des actes de disposition à titre gratuit est plus large et il faut circonscrire la rédaction aux dispositions à titre gratuit entre vifs dans la mesure où un testament, acte strictement personnel, ne saurait être rédigé par la personne habilitée au nom du majeur protégé, même avec l'autorisation du juge des tutelles (C. civ., art. 476, al. 2). Il conviendrait de modifier cette disposition qui est juridiquement inexacte.

Régime d'assistance. Selon le projet de loi, l'habilitation familiale ne serait plus seulement une mesure de représentation mais aussi d'assistance.

Cette proposition génère deux difficultés :

- la première concerne la qualification de l'habilitation familiale. Cette dernière est parfois définie comme un mandat judiciaire. Or, le mandat est un acte de représentation uniquement. L'élargissement de l'habilitation familiale à l'assistance aura nécessairement des conséquences sur sa qualification juridique.
- la seconde est liée à l'absence de disposition indiquant expressément dans quels cas (habilitation générale ? spéciale ?) et pour quels actes la personne habilitée sera amenée à assister la personne protégée.

Logement de la personne protégée. On pourrait légitimement penser que le dispositif protecteur issu de l'article 426 du Code civil portant sur la résidence principale ou secondaire du majeur protégé reçoit application aussi bien en cas d'habilitation spéciale qu'en cas d'habilitation générale. Le respect de cette disposition constitue une limite non négligeable mais compréhensible et nécessaire, aux pouvoirs de la personne habilitée. Or les dispositions relatives à l'habilitation familiale ne renvoient pas à l'article 426 et il serait judicieux de le faire expressément pour éviter toute difficulté et divergence d'interprétations (qui avaient pourtant déjà été formulées pour le mandat de protection future et qui ont été renouvelées dans les commentaires de l'ordonnance du 15 octobre 2015).

B. La difficile conciliation du droit des majeurs protégés et du droit de l'entreprise

En préparant la transmission familiale d'un patrimoine comprenant une entreprise, individuelle ou sous forme sociale, ou en réglant la succession d'un chef d'entreprise, le notaire est régulièrement amené à s'interroger sur le devenir du fonds ou des parts ou actions sociales en raison de la présence d'une ou de plusieurs personnes protégées. Deux situations se présentent généralement : celle de la perte de capacité du chef d'entreprise et celle de son décès avec parmi ses successibles, un majeur protégé. Mais la question de la constitution d'une société afin de gérer les biens d'un majeur protégé se pose également.

A cette occasion, le praticien est confronté à de nombreuses difficultés liées principalement à l'insuffisante articulation entre le droit de la protection juridique des majeurs et le droit de l'entreprise.

Le droit des sociétés, qu'il soit issu du Code civil ou du Code de commerce, ne prescrit rien de précis sur la capacité à entrer et agir dans la société. Le droit des majeurs protégés, quant à lui, prend peu ou mal en compte l'entreprise. Certes, le décret du 22 décembre 2008 qui liste les actes d'administration et de disposition, vise quelques actes relevant du droit de l'entreprise et des sociétés. Mais les imperfections et lacunes de cette liste sont nombreuses. Le décret ne traite pas en effet de la constitution d'une société civile ou de l'acquisition des titres de société. Il conviendrait donc de compléter le décret sur ce point.

A défaut de disposition légale expresse, le praticien a pris l'habitude de raisonner par rapport d'une part, à la mesure, judiciaire ou conventionnelle, qui protège le majeur vulnérable et d'autre part, à la forme de l'entreprise (individuelle ou sociétaire) et si c'est une société, à son régime et surtout à la responsabilité encourue par l'associé.

Droit de l'entreprise individuelle. Les solutions, assez limitées, diffèrent selon la mesure de protection.

Ainsi, en cas de sauvegarde de justice et en l'absence de mandataire spécial, le commerçant (si l'on prend comme exemple l'entreprise commerciale) peut valablement continuer à accomplir des actes de commerce. Mais la solution n'est pas toujours satisfaisante eu égard au risque que les actes accomplis soient attaqués pour insanité d'esprit ou pour lésion ou excès. En cas de désignation d'un mandataire spécial pour poursuivre l'activité commerciale, la difficulté est plus grande car le majeur ne peut plus exploiter lui-même le fonds. Qui a alors la qualité de commerçant ? Quelles formalités accomplir auprès du RCS ?

Il en est de même en cas de curatelle. Les textes ne règlent pas les questions de savoir si le majeur en curatelle peut poursuivre seul l'activité commerciale ou si l'assistance du curateur est requise. S'agissant de la tutelle, le majeur protégé ne peut être commerçant et aucune autorisation du juge ou du conseil de famille ne peut lever cette incapacité. Le tuteur ne peut exploiter le fonds à la place du majeur en application de l'article 509 du Code civil.

Dans ces circonstances, la solution généralement préconisée en pratique est de vendre le fonds ou de le mettre en location-gérance. Toutefois, la phase intermédiaire entre le moment où le commerçant est placé sous une mesure de protection et celui où l'opération envisagée est effectuée, peut être longue et la question de la poursuite de l'activité commerciale durant cette période se pose nécessairement. Une solution pourrait être de faire nommer un administrateur « ad hoc », réel accompagnateur de l'entreprise, en attendant que les opérations envisagées puissent se réaliser, en prenant soin que cet administrateur n'apparaisse pas vis-à-vis des tiers comme un « liquidateur judiciaire ».

Enfin, aucune disposition spécifique ne règle les difficultés susvisées en cas d'habilitation familiale.

Droit des sociétés. En premier lieu, il conviendrait de prévoir une disposition spécifique sur les modalités d'entrée des personnes protégées (majeurs comme mineurs), que ce soit lors de la réalisation d'un apport ou lors d'une augmentation de capital. Un problème se pose notamment dans l'hypothèse où la personne protégée entre dans une société à risque illimité comme la société civile ou la société en nom collectif (SNC).

En ce qui concerne la société civile (dans la pratique notariale, la SCI principalement), le risque que court la personne protégée doit être appréhendé en fonction des circonstances qui varient selon l'opération escomptée (emprunt de la société pour acquérir un bien immobilier ou dans une moindre mesure, apport d'un immeuble).

En ce qui concerne la SNC, tous les associés ont la qualité de commerçant. Or, à défaut de règles expresses, la doctrine considère majoritairement qu'une personne en curatelle ou en tutelle ne peut exercer une activité commerciale.

En second lieu, il est nécessaire de régler les difficultés se posant au cours de la vie sociale lorsqu'une personne protégée devient associée ou si un associé (et notamment son dirigeant) est placé sous une mesure de protection. Là encore, la liste des actes établie par le décret du 22 décembre 2008 est imparfaite. Des auteurs ont notamment considéré que certains actes listés n'y avaient pas leur place comme, par exemple, la candidature aux fonctions de gérant et d'administrateur alors même que la personne qui candidate ne peut pourvoir seule à ses intérêts. L'absence de dispositions relatives à la capacité des dirigeants amène également à des contentieux que les tribunaux doivent gérer (V. notamment : Cass. 1^{re} civ. 12 juillet 2012, n°11-13.161).

C. La fin des mesures « substitutives » : vers une mesure unique ?

Le groupe de travail a envisagé, lors de ses travaux, la possibilité de remplacer les mesures substitutives dans lesquelles la personne est privée de sa capacité juridique par un système unique où sa prise de décision peut être assistée. Le droit belge de la protection des majeurs a notamment été pris pour exemple. Le droit allemand comme le droit luxembourgeois peuvent également servir de modèle.

Remplacer les mesures actuelles par un instrument judiciaire unique implique des changements tant sur la forme que sur le fond.

Sur la forme, tout d'abord, l'instauration d'une mesure unique oblige à une structuration inédite des dispositions du Code civil, notamment en y détachant les règles de gestion du patrimoine du mineur sous tutelle et en scindant le dispositif entre ce qui relèverait du « judiciaire » et du « conventionnel ».

Cela conduit également à choisir un vocabulaire juridique ne renvoyant plus à la tutelle et au régime d'incapacité qu'elle met en place. A l'image du droit allemand qui s'en est débarrassé pour le majeur au profit de la notion d'assistance ou de prise en charge, le législateur français devra faire de même, en prêtant toutefois attention à ce qu'une confusion ne s'opère pas dans l'esprit des praticiens entre le régime actuel de l'assistance tel que dessiné par la curatelle et le régime nouveau qui devrait en principe amener à la représentation du majeur protégé. Par ailleurs, si les termes « assistance » et « assistant » peuvent convenir, il faut être plus réservé sur celui désignant la personne protégée – « l'assisté » ou « la personne assistée » – lequel a, dans la langue française, une connotation péjorative.

Sur le fond, ensuite, les changements adoptés influeraient tant sur les principes que sur leur application pratique :

En instaurant une mesure unique, le législateur français devra notamment faire le choix de changer ou non les règles de la capacité d'exercice. L'incapacité à exercer ses droits sera-t-elle réservée à l'enfant mineur uniquement ? Admettre que la personne protégée conserve sa pleine capacité juridique tout en confiant à l'assistant un pouvoir légal de représentation pourra logiquement faire naître en pratique des conflits dès lors que l'un ou l'autre procédera à un acte contradictoire. C'est une difficulté qui ne manquera pas de se poser dans la pratique notariale. Le notaire devra aussi être très attentif à la capacité de son client à comprendre l'acte qu'il conclurait seul. De toute manière, le principe du maintien de la capacité juridique de la personne protégée conduirait à revoir les règles relatives à la sanction des actes qu'elle serait amenée à conclure.

Le maintien de la capacité amènera également à s'interroger sur la publicité de la mesure unique en marge de l'acte de naissance. Il nous apparaît nécessaire de la maintenir pour assurer aux tiers la connaissance de son existence et la sécurité juridique. Cela pourrait également être l'occasion de rénover le Répertoire civil.

Par ailleurs, un régime unique doit, pour être proportionné aux besoins de la personne, être individualisé et flexible. Cela ne peut se faire correctement que si le juge a les moyens de les connaître avec exactitude (sur la base d'informations dont les modalités

de collecte ne pourront dépendre d'un seul médecin²) afin de lister les domaines et actes précis pour lesquels une représentation (si le principe en est admis) est nécessaire. Or, on peut légitimement douter que le juge dispose de moyens et de temps suffisants pour le faire. Selon les récentes statistiques du ministère de la justice, le principe de proportionnalité n'est pratiquement pas mis en œuvre et que l'on reste, comme par le passé, face à des mesures standardisées.

Devant ces difficultés, une autre option pourrait être de renforcer l'efficacité du dispositif existant.

II. PROPOSITIONS POUR RENFORCER L'EFFICACITÉ DES MESURES DE PROTECTION

A. La publicité

1. Argumentaire

Si la fonction première de la publicité est de rendre opposable la mesure de protection *erga omnes*, elle sert aussi à la connaissance effective par les professionnels concernés, des effets de la mesure. Cette connaissance joue également en faveur de la personne protégée, assurée que ses volontés précédemment exprimées soient respectées.

Sauvegarde de justice. Il serait judicieux de revoir les modalités de publicité de la sauvegarde de justice, assurée encore aujourd'hui par un répertoire tenu par chaque Procureur de la République, donc non centralisé et méconnu tant la communication des informations qu'il enregistre, est restreinte.

Sauvegarde de justice avec un mandataire spécial. Il y a aussi lieu de regretter l'absence de publicité de la désignation par le juge d'un mandataire spécial en cas de sauvegarde de justice. Or, pour rappel, la personne protégée ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné. Cette situation, qui n'est pas soumise à publicité, peut nuire à la sécurité juridique des tiers qui contracteraient avec la personne protégée en lieu et place de son représentant.

Désignation anticipée du curateur ou du tuteur. Il en est de même pour la désignation anticipée du curateur ou du tuteur qui avait été présentée lors des travaux parlementaires de la loi du 5 mars 2007, comme une mesure très utile. Malheureusement, le juge des tutelles saisi aux fins d'ouverture d'une mesure judiciaire de protection, n'a pas les moyens (hormis le cas où les proches du majeur vulnérable l'informeront lui-même) de connaître l'existence d'un acte de désignation anticipée du curateur ou du tuteur.

Mandat de protection future. Certes, il faut se réjouir d'une première avancée s'agissant de la conclusion du mandat de protection future, inscrite, selon les termes du

² Il pourrait être envisagé, comme en Allemagne, de créer une administration chargée de la prise en charge qui aurait notamment pour fonction d'établir un rapport d'enquête sociale détaillant la situation personnelle du majeur vulnérable. Une expertise médicale réalisée par un médecin psychiatre ou un neurologue serait également requise pour attester de la nécessité et fixer l'étendue et la durée de la mesure.

nouvel article 477-1 du Code civil³, sur un registre spécifique. Mais l'attente a été longue et elle se poursuit malheureusement encore puisque le décret devant en régler les modalités et l'accès, n'est à ce jour pas publié...

Ce n'est également qu'une demie-victoire puisque la proposition de publier le mandat à sa prise d'effet soit par la mention en marge de l'acte de naissance soit sur le répertoire civil, n'a pas pour l'heure été retenue (notamment pour les raisons évoquées dans une réponse ministérielle en 2014)⁴.

Habilitation familiale. La décision d'habilitation spéciale et sa cessation ne font pas l'objet d'une publicité. Cette absence de publicité est néfaste à la sécurité juridique. D'autant plus que l'article 494-9 du Code civil prévoit la nullité de plein droit de l'acte conclu par la personne protégée et qui aurait dû être accompli par la personne habilitée. La sanction est la même dans le cas d'un acte conclu par la personne habilitée qui n'entre pas dans le champ d'application de l'habilitation. A défaut de toute publicité, le notaire n'aura pas toujours les moyens d'être informé et il aura tout intérêt, en cas de doute sur la capacité du contractant, à interroger le greffe du tribunal d'instance pour savoir si le juge n'a pas ordonné une habilitation spéciale en vue de passer l'acte concerné. C'est ici un des défauts majeurs du mécanisme, qui oblige le praticien à la prudence.

2. Propositions

- ⇒ Pour ces raisons, la profession notariale propose depuis 2007 d'assurer la pleine efficacité pratique de ces mesures par l'instauration de registres dédiés ou en recourant aux dispositifs existants sous la condition de les rénover. C'est notamment le cas du Répertoire civil qui fonctionne encore selon des méthodes archaïques, alors que se développent de plus en plus des modes d'enregistrement et de communication dématérialisés.

- ⇒ S'il est fait le choix d'instaurer un registre des dispositions volontaires, spécifique et distinct du Répertoire civil, le Conseil supérieur du notariat propose d'apporter son expertise dans la mesure où il dispose déjà des compétences requises, tant sur le plan humain que technique, juridique et organisationnel (**Annexe 1**).
En effet, le Notariat français tient un certain nombre de registres dont l'utilité et l'efficacité sont certaines :
 - le Fichier Central des Dispositions de Dernières Volontés (FCDDV) ;
 - le PACSen pour l'enregistrement des pactes civils de solidarité conclus sous la forme notariée ;
 - le fichier des valeurs immobilières ou encore le fichier des avant-contrats.

³ Issu de la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

⁴ RM, Ministère de la justice, Q. n°41420 de M. Yves Foulon, *J.O. AN* 18 février 2014, p.1625 : « Une publicité automatique apparaît incompatible avec la nature même du mandat de protection future qui présupposerait qu'on traite ce mandat comme un régime privant la personne concernée de sa capacité juridique. La mise en place de cette publicité serait par ailleurs vécue comme stigmatisante par les intéressés et pourrait ainsi constituer un frein au développement de cet instrument ». Argumentation étonnante lorsque l'on sait que c'est précisément ce défaut de publicité, parmi d'autres raisons, qui empêche le mandat d'être pleinement efficace.

L'option de confier à la profession notariale la tenue d'un registre éviterait de faire reposer sur la collectivité publique une charge qui peut alourdir le travail des greffes si la tenue du registre leur était confiée. Cette proposition répondrait aux objectifs des récentes réformes de recentrer les juridictions et leurs services sur leurs domaines propres de compétence, à savoir les activités juridictionnelles.

Quelques pays en Europe ont fait ce choix :

En Belgique, depuis le 1^{er} septembre 2014, la Fédération Royale du Notariat belge (FRNB) est responsable de la gestion du « Registre central des contrats de mandat en vue d'organiser une protection extrajudiciaire ». Seuls les notaires, les justices de paix, les Procureurs du Roi (dans l'exercice de leur fonction) et les personnes qui ont fait la déclaration ou les mandants peuvent consulter les données des registres. L'enregistrement ou la modification des données coûte 15 euros. En revanche, la consultation des données est gratuite.

En Allemagne, il en va de même. En 2005, il a été confié la mission à la Chambre fédérale des notaires (« Bundesnotarkammer ») de tenir un registre centralisé et automatisé qui rassemble les informations relatives aux mandats de protection future et aux directives médicales ainsi que depuis 2009, aux actes de désignation anticipée de l'assistant. Seuls les magistrats du tribunal compétent pour ouvrir une mesure judiciaire d'assistance (« Betreuungsgericht ») peuvent le consulter. L'enregistrement peut se faire en ligne sur le site du Bundesnotarkammer et il est payant (15 euros environ). Au 31 décembre 2017, le chiffre total des procurations (tous actes confondus) enregistrées depuis la création du registre, s'élevait à 3.803.833.

En Autriche, a été mis en place un registre dédié aux mandats de protection future (« Vorsorgevollmachten »), et centralisé que tout notaire ou avocat rédacteur de l'acte peut renseigner et que tout magistrat en charge du dossier peut consulter : « Das Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis » (ÖZVV).

B. Les manifestations et incidences d'une déjudiciarisation relative

En préambule, il nous semble important de relever que la fusion du tribunal d'instance avec le tribunal de grande instance ne doit pas conduire à une représentation systématique de la personne à protéger par un professionnel dès lors que de nombreuses situations ne sont pas conflictuelles.

1. Une redéfinition des actes

a. Les actes strictement personnels

L'article 458 du Code civil prévoit que, sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, les actes qui impliquent un consentement strictement personnel du majeur protégé ne peuvent jamais donner lieu à assistance ou représentation. C'est le cas de la déclaration de naissance ou de la reconnaissance d'un enfant, des actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant, de la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et du consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant.

On peut ajouter à cette liste le testament. L'article 476, al. 1^{er}, du Code civil prévoit en effet pour la tutelle, que le majeur peut faire seul son testament, sans représentation ou assistance. Il doit en revanche obtenir l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille. Pour rappel, le juge n'a pas à prendre connaissance du contenu des dispositions testamentaires de la personne protégée : Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n°16.10340.

Le CSN considère qu'il n'y a pas lieu d'apporter des modifications à la liste des actes strictement personnels et au régime applicable au testament. En revanche, il souligne la difficulté pratique liée à l'application de l'article 476 en présence d'une clause de désignation ou de substitution d'un bénéficiaire d'assurance-vie incluse dans le testament (Cass. civ. 2^{ème}, 8 juin 2017, n°15-12544 qui visait le cas d'un testateur sous curatelle ayant dans son testament intégré une clause de substitution du bénéficiaire du contrat d'assurance-vie). Or, en application de l'article L. 132-4-1 du Code des assurances, le souscripteur doit être représenté par le tuteur et recueillir l'autorisation du juge ou du conseil de famille (pour la curatelle, être assisté du curateur). Cette disposition contredit l'article 476 du Code civil qui exclut l'intervention du tuteur dans la confection du testament. Il conviendrait donc de mieux articuler le droit des majeurs protégés et le droit des assurances.

b. Les actes de gestion du patrimoine de la personne protégée

Observations sur le cadre actuel défini par la loi du 5 mars 2007 et son décret d'application du 22 décembre 2008. Le dispositif est dans l'ensemble sécurisant pour les praticiens. La distinction entre le régime de la représentation et celui de l'assistance et la césure entre les actes d'administration et les actes de disposition (même si la liste des actes élaborée par le décret susvisé est perfectible) et les actes autorisés et les actes interdits permettent de bien identifier les pouvoirs de l'organe de protection.

Toutefois, le décret du 22 décembre 2008 a laissé de nombreux commentateurs dubitatifs. Il fournit notamment deux listes d'actes avec une catégorie comprenant un critère délicat à mettre en œuvre pour un praticien en raison de son aspect purement subjectif : les actes d'administration ou de disposition « sauf circonstances d'espèce ». En pratique et par prudence, il est peu recouru à cette faculté de changement de classification.

Il conviendrait également de compléter la liste des actes ou de la modifier là où elle pêche par classification contestable ou par omission. Une mise à jour est donc nécessaire.

Comme évoqué ci-dessous dans le cadre du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, un allègement du contrôle préalable du juge pour certains actes de gestion du patrimoine peut être envisagé. Toutefois, cette déjudiciarisation ne doit pas être un obstacle à la saisine *a posteriori* du juge dans l'hypothèse d'une opposition d'intérêts. A ce sujet, nous soulignons l'importance de revoir la rédaction de l'actuel article 494-6 du Code civil relatif à l'habilitation familiale. La subrogation et la subrogation *ad hoc* y sont en effet exclues. L'article 494-6 vise certes l'hypothèse de l'opposition d'intérêts entre la personne habilitée et la personne protégée dans le cadre de l'habilitation générale, mais sans y apporter de réelles solutions, sauf à ce que le juge lève cette opposition en autorisant à titre exceptionnel la personne habilitée à accomplir l'acte. Que se passe-t-il alors lorsqu'une telle autorisation exceptionnelle ne peut être accordée au vu de l'intérêt de la personne protégée ? Le juge peut-il désigner un administrateur *ad hoc* alors que l'article 494-6 du Code civil ne prévoit pas cette

éventualité ? Il est tout à fait regrettable que cette difficulté n'ait pas été mieux prise en compte, d'autant plus qu'elle se rencontre fréquemment en pratique.

Observations sur les dispositions issues du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. L'article 8 du projet de loi vise à alléger le contrôle préalable du juge pour les actes de gestion du patrimoine du mineur en tutelle et du majeur en tutelle. Il modifie notamment les articles 116, 507 et 507-1 du Code civil.

Le partage et le régime de l'absence (C. civ., art. 116). Le projet de loi supprime la disposition actuelle selon laquelle le partage auquel est appelé le présumé absent, doit être autorisé par le juge des tutelles qui désigne, s'il y a lieu, un notaire pour y procéder.

Désormais, le juge n'interviendrait plus qu'en cas d'opposition d'intérêts entre le représentant et l'absent. L'état liquidatif serait par ailleurs encore soumis à son approbation.

Cette disposition, en allégeant le rôle du juge, a pour inconvénient de ne plus faire référence au notaire dès lors qu'il s'agit d'établir l'acte de partage. Or, le recours au notaire doit être maintenu, notamment lorsque le partage porte sur des biens soumis à publicité foncière (C. civ., art. 835) ou lorsqu'il est chargé des opérations de la succession à laquelle le présumé absent est appelé.

Le partage à l'égard du mineur ou du majeur en tutelle (C. civ., art. 507). Le projet de loi modifie la disposition qui prévoit actuellement que le partage à l'égard du mineur ou du majeur en tutelle doit être autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles qui désigne, s'il y a lieu, un notaire pour y procéder.

De manière identique au régime de l'absence, le conseil de famille ou le juge n'interviendrait plus qu'en cas d'opposition d'intérêts entre le tuteur et la personne protégée. L'état liquidatif resterait soumis à son approbation.

Comme précédemment relevé, cette proposition a pour inconvénient de ne plus faire référence au notaire dès lors qu'il s'agit d'établir l'acte de partage. Or, le recours au notaire doit être maintenu, notamment lorsque le partage porte sur des biens soumis à publicité foncière (C. civ., art. 835) ou lorsqu'il est chargé des opérations de la succession à laquelle le mineur ou le majeur en tutelle est appelé.

Sur le plan formel, les mots « la personne chargée de la mesure de protection », qui sont peu précis, devraient être remplacés par les mots « le tuteur » (d'autant plus que l'article 507 modifié est intégré dans un §2 intitulé « Des actes que le tuteur accomplit avec une autorisation »).

L'acceptation pure et simple de la succession par le mineur en tutelle ou le majeur en tutelle (C. civ., art. 507-1). Selon le projet de loi, l'acceptation pure et simple de la succession au nom du mineur en tutelle ou du majeur en tutelle ne requerrait plus l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge dès lors qu'il serait démontré par une attestation du notaire chargé du règlement de la succession, que l'actif dépasse manifestement le passif.

Cette proposition, que le Conseil supérieur du notariat a formulée notamment en 2014 dans le « Livre blanc des simplifications du droit », a pour avantage d'accélérer le règlement de la succession. C'est donc une mesure tout à fait opportune. Cependant, il conviendrait pour plus de cohérence, que le dispositif portant sur l'administration légale des biens de l'enfant soit également modifié (C. civ., art. 387-1). Il serait en effet difficilement compréhensible que les formalités d'acceptation pure et simple de la succession soient simplifiées en cas de tutelle et non en cas d'administration légale.

2. Le contrôle des comptes de gestion

L'article 16 du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice modifie les modalités de vérification et d'approbation des comptes de gestion du patrimoine établis par les organes de la protection (tuteur, curateur, etc.). Un contrôle interne est prévu. A défaut de pouvoir être mis en place et lorsque l'importance et la composition du patrimoine le justifient, il est prévu un contrôle par une personne qualifiée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat et désignée par le juge.

- ⇒ Le Conseil supérieur du notariat est favorable à l'idée que le notaire puisse être visé par le décret susvisé comme une « personne qualifiée » à contrôler les comptes de la tutelle.
- ⇒ Il pourrait également être envisagé de réactiver le « Portail des majeurs protégés » mis en place par le GIP regroupant le Ministère de la justice et la Caisse des dépôts et consignations.

En revanche, il est essentiel que le notaire en charge de la succession de la personne protégée décédée puisse obtenir facilement toutes les informations nécessaires au règlement des opérations successorales : obtention des cinq derniers comptes, de l'inventaire mis à jour, pièces justificatives, etc.

- ⇒ La déjudiciarisation du contrôle des comptes de gestion ne doit pas avoir d'influence sur la gestion de la succession par le notaire.

C. La fiducie-protection

Le financement des besoins d'une personne qui ne peut pourvoir seule à ses intérêts nécessite une protection particulière.

Cependant, il arrive que la nature de certains biens et les exigences de leur gestion s'accordent mal avec les régimes juridiques de protection des personnes vulnérables. C'est la raison pour laquelle il pourrait être envisagé d'autoriser la constitution d'une fiducie-protection.

La « fiducie protection » pourrait être :

- un régime de protection spécifique ;
- ou utilisée en complément d'une mesure de protection, judiciaire ou conventionnelle.

La fiducie-protection a de nombreux avantages et aussi des inconvénients, tels que décrits en **annexe 2**.

Le dispositif actuel de la protection juridique des majeurs devrait alors être modifié. Le CSN émet les propositions suivantes :

La fiducie et le principe de subsidiarité. S'il est envisagé de faire de la fiducie-gestion un outil de protection des intérêts patrimoniaux de la personne vulnérable, il convient de modifier l'article 428 du Code civil relatif au principe de subsidiarité des mesures judiciaires de protection. Il serait en effet logique qu'une disposition exprime clairement que les mesures judiciaires sont exclues chaque fois qu'il est possible de pourvoir aux intérêts de la personne protégée par une mesure conventionnelle comme la fiducie.

Fiducie pour autrui. La réforme devrait prévoir la possibilité de conclure une fiducie-protection pour autrui, soit en ne visant que l'enfant du constituant soit en élargissant à d'autres bénéficiaires du cercle familial (voire à des proches). Le constituant transférerait (comme aujourd'hui) des biens dans un patrimoine affecté dont les revenus gérés par le fiduciaire, servirait à la protection du bénéficiaire vulnérable (soit mineur soit majeur, placé ou non sous une mesure de protection).

Il faudrait à cette occasion réfléchir à la levée de l'interdiction de la fiducie-libéralité pour éviter que le décès du constituant ne provoque le retour du patrimoine fiduciaire dans sa succession. Ou alors insister sur le fait que l'opération de la fiducie pour autrui écarte l'intention libérale en présence d'un parent d'enfant handicapé dès lors qu'elle ne serait que l'exécution de l'obligation alimentaire.

L'autorisation judiciaire du tuteur de transférer les biens de la personne protégée dans un patrimoine fiduciaire. Il conviendrait de supprimer à l'article 509 du Code civil l'interdiction de constituer une fiducie lorsque le majeur est antérieurement placé sous une mesure de tutelle. Nombreux ont été ceux à développer les contradictions de la réforme de 2007 et de sa compatibilité avec la loi du 4 août 2008 sur la fiducie. Il est en effet illogique que l'on ne puisse constituer une fiducie lorsque le majeur est déjà sous une mesure de tutelle alors qu'il est prévu dans le même temps que la fiducie ne cesse pas à l'ouverture de la tutelle du constituant.

La proposition consisterait donc à admettre la constitution d'un patrimoine fiduciaire par le tuteur sous autorisation préalable du juge des tutelles.

En revanche, si cette modification est faite, elle s'appliquera également au mineur en tutelle (puisque l'article 509 s'applique de manière indistincte aux majeurs en tutelle et aux mineurs en tutelle) ; sauf à l'exclure, ce qui serait opportun pour rester en conformité avec les dispositions de l'administration légale qui interdisent la fiducie pour les biens du mineur.

NB : Pour rappel, l'article 2011 du Code civil n'indique pas expressément que le constituant doit être une personne majeure. Il faudrait peut-être proposer que l'article soit plus explicite à ce sujet.

Forme de la fiducie. Il conviendrait, pour des raisons de sécurité juridique, que la conclusion du contrat de fiducie-protection ne soit faite que par acte notarié. Les parties pourraient ainsi être conseillées par le notaire lors de l'établissement de l'acte. Le constituant, son conjoint ou ses enfants pourraient ainsi être éclairés sur les conséquences de la constitution d'une fiducie et corrélativement du patrimoine d'affectation.

Cessation de la fiducie. Il faudrait prévoir la possibilité pour tout tiers intéressé de demander la fin du contrat de fiducie en cas d'ouverture d'une mesure de protection et démontrer que le contrat ne défend pas suffisamment les intérêts de la personne vulnérable. Le juge aurait alors à décider si c'est ou non le cas (tout en sachant que la fin de la fiducie lèverait l'insaisissabilité du patrimoine qui était jusque-là affecté).

Fiducie et mandat de protection future. Dans l'hypothèse où une personne aurait conclu un mandat de protection future et un contrat de fiducie, il conviendrait que le Code civil prévoit expressément que le fiduciaire rende compte une fois par an de sa gestion auprès du mandataire de protection future (surtout dans le cas où le mandat porterait à la fois sur la gestion du patrimoine et la protection de la personne du mandant ou du bénéficiaire).

Il pourrait également être conseillé à la profession notariale d'inscrire dans le mandat de protection future une clause autorisant le mandataire à contrôler l'action du fiduciaire.

Le notaire fiduciaire. Le CSN propose que la fonction de fiduciaire puisse être exercée par un notaire aussi bien dans le cadre de la fiducie-protection que dans le cadre plus large de la fiducie-gestion. Cet exercice se ferait en accord avec les règles déontologiques applicables à la profession notariale.

D. La MASP

Lors du vote de la loi de 2007, de nombreux commentateurs ont regretté non pas le fait que les oisifs, prodigues et autres intempérants ne puissent plus relever d'un régime de protection juridique, mais plutôt qu'aucune mesure de substitution n'ait été mise en place. La MASP et la MAJ telles qu'elles ont été délimitées par la réforme, n'ont en réalité pas pu prendre le relais.

Leur champ d'application se limite en effet aux seules personnes percevant des prestations sociales et uniquement pour celles-ci. Le recours à ces solutions est resté presque confidentiel. Il ressort de l'enquête de la Cour des comptes⁵ que les parquets et les juges ne réorientent pas les demandes d'ouverture de mesures de protection juridique vers les travailleurs sociaux du département (collectivité chargée des MASP) lorsque le majeur concerné paraît relever davantage d'un dispositif social que d'une mesure judiciaire. Il constate également que le champ des bénéficiaires potentiels de ces mesures alternatives est plus étroit que le législateur ne l'avait imaginé en raison d'un cumul de critères exigeants et d'une limite dans le temps.

Dès lors, on ne peut que soutenir la recommandation faite par le Défenseur des droits, d'élargir la MAJ « *aux personnes majeures faisant face à de grandes difficultés dans la gestion de leurs ressources lorsque ces difficultés sont susceptibles de les mettre en danger, et ce quand bien même elles ne seraient pas bénéficiaires de prestations sociales* »⁶.

Cette suggestion devrait naturellement concerner la MASP qui précède la MAJ dans la hiérarchie des mesures. Signalons par ailleurs que le Défenseur des droits propose également de permettre au juge des tutelles de prononcer une MAJ si elle apparaît plus appropriée qu'une autre mesure de protection au regard de la situation du majeur concerné.

S'agissant plus particulièrement de la MASP, à notre connaissance, il n'y a pas de chiffres sur le plan national ; mais les enquêtes menées localement démontrent qu'il y en a très peu. La réticence des départements lors du vote de la loi du 5 mars 2007 était forte car ils sont déjà surchargés de missions sans que l'Etat leur ait octroyé en contrepartie les moyens financiers nécessaires. Le résultat est, comme précédemment souligné, un champ d'action limité pour la MASP tout à fait regrettable au regard de la suppression des mesures de protection pour les oisifs, prodigues et intempérants⁷.

⇒ Il conviendrait d'ouvrir la MASP à tous les revenus.

⁵ Cour des comptes, La protection juridique des majeurs, une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante, Rapport, Sept. 2016, p.52.

⁶ Défenseur des droits, Protection juridique des majeurs vulnérables, Rapport, sept 2016, p.19.

⁷ Cour des comptes, préc., p. 50 et s. V. également le rapport n°2014-071R de l'IGAS, *Financement par les organismes de sécurité sociale des mandataires judiciaires à la protection des majeurs*, juillet 2014, p.6.

Annexe 1 – Propositions relatives à la création, la tenue et le fonctionnement par la profession notariale d'un registre des mandats de protection future

La loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a inséré après l'article 477 du Code civil relatif au mandat de protection future, un nouvel article 477-1 qui prévoit que :

« Le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés par décret en Conseil d'Etat ».

La profession notariale propose d'apporter son expertise dans la création, la tenue et le fonctionnement de ce registre.

I. L'enregistrement

A. Quel mandat ?

Pour assurer la pleine efficacité du registre, il devrait enregistrer tous les mandats de protection future conclus, quel que soit leur forme.

B. La notion d'enregistrement

L'enregistrement est une mesure de publicité (et non de validité ou de prise d'effet de l'acte) et consiste en l'inscription d'un mandat de protection future conclu (et non ayant pris effet) sur le registre central et automatisé.

C. La mesure d'enregistrement du mandat

Le registre devrait permettre l'inscription :

- de la convention initiale ;
- des modifications apportées à la convention ;
- de la révocation du mandat par le mandant ;
- de la renonciation du mandataire.

NB : Il s'agit de l'inscription de l'existence de l'acte (et des événements ultérieurs qui le modifient ou y mettent fin) et non de son contenu.

D. L'enregistrement du mandat par le notaire

Le mandat serait enregistré par :

- le notaire instrumentaire du mandat de protection future. L'enregistrement pourrait alors avoir lieu sans délai après la conclusion de l'acte notarié.

En cas de modification du mandat : si le notaire qui reçoit l'acte modificatif n'est pas celui qui a rédigé le mandat initial, la modification devrait être notifiée à ce dernier afin qu'il procède à l'enregistrement de l'acte modifié.

- un notaire quel qu'il soit, en cas de mandat sous seing privé, sur demande du mandant uniquement. La forme de cette requête doit être fixée et les mentions qui y sont incluses doivent être déterminées.

A ce sujet, trois propositions alternatives peuvent être faites :

- la première est d'exiger, pour accomplir la formalité de l'enregistrement que le mandat sous seing privé (et les modifications, révocation et renonciation), soit déposé au rang des minutes d'un notaire (dépôt simple).

L'avantage est que le notaire assurera la conservation du mandat (ce qui évitera les risques de perte ou de destruction) ainsi que son enregistrement. Cette formalité de dépôt ne serait pas une condition de validité de l'acte ou de prise d'effet, mais seulement une modalité de conservation.

- la deuxième est que le mandant requiert du notaire de son choix d'enregistrer le mandat conclu (et les modifications, révocation et renonciation), sans procéder à une formalité de dépôt.

Pour ce faire, le mandant adresserait au notaire un formulaire comprenant les mentions suivantes :

- Ø la date de conclusion de l'acte ;
- Ø l'identité du mandant (nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile) en cas de mandat pour soi-même ;
- Ø l'identité du mandant et du bénéficiaire du mandat (nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile) en cas de mandat pour autrui.
- Ø s'il s'agit de l'enregistrement de la convention initiale, d'une convention modificative ou d'une révocation (la date de ces événements devra à chaque fois être mentionnée)

Il joindrait au formulaire, la convention (pour preuve de son existence) mais qui ne serait pas déposée au rang des minutes, mais conservée au dossier.

- la troisième est que le mandant adresse directement le seul formulaire susvisé à l'ADSN aux fins d'enregistrer directement le mandat conclu (et les modifications, révocation et renonciation).

C'est notamment le cas en Allemagne où le registre central et automatisé peut être saisi en ligne de la demande du mandant aux fins d'enregistrement.

E. Les mentions au registre

Le registre devrait comporter au minimum les mentions suivantes :

- l'identification du notaire procédant à l'enregistrement (informations obtenues par le biais de sa clé REAL) ou au moins de l'étude notariale (par le numéro CRPCEN) ;
- la date de conclusion de l'acte ;

- le numéro d'enregistrement attribué à l'acte (et cela pour permettre un meilleur suivi du mandat notamment en cas de modifications ou de révocation/renonciation) ;
- la date de l'enregistrement de l'acte sur le registre ;
- l'identité du mandant (nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile) en cas de mandat pour soi-même ;
- l'identité du mandant et du bénéficiaire du mandat (nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile) en cas de mandat pour autrui ;
- l'identité du mandataire (nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile) et du ou des mandataires subsidiaires en cas de désignation ;
- s'il s'agit de l'enregistrement de la convention initiale, d'une convention modificative ou d'une révocation/renonciation (la date de ces événements devra à chaque fois être mentionnée).

NB : pour des raisons liées au respect de la vie privée et à la confidentialité des informations, seule l'existence du mandat (et des événements ultérieurs qui le modifient ou y mettent fin) est enregistrée, et non son contenu.

Il est ainsi évident que le registre ne doit enregistrer aucune information sur les dispositions prises par le mandant, qu'elles soient patrimoniales ou extrapatrimoniales (comme les actes à caractère personnel, la nature des soins à apporter ou d'éventuelles dispositions liées à la fin de vie, etc.).

F. Un registre centralisé et automatisé

Le registre doit être centralisé et automatisé.

G. Un registre à caractère confidentiel

Il est nécessaire de prévoir que les notaires sont seuls habilités à enregistrer, conserver, modifier ou traiter les informations relatives aux mandats conclus, et ce afin de préserver l'intimité de la vie privée des parties à l'acte.

En ce sens, il faudrait que toute interconnexion du registre avec d'autres fichiers soit interdite.

Enfin, il faut prévoir que le droit d'accès et de rectification prévu aux articles 39 et 40 de la loi du 6 janvier 1978, pourra s'exercer auprès de l'office notarial ayant enregistré le mandat.

H. Preuve de l'enregistrement.

Il serait opportun de prévoir que le notaire procédant à l'enregistrement remette au mandant un récépissé d'enregistrement.

Ce récépissé serait remis ou adressé à l'occasion de l'enregistrement de la convention initiale, de la convention modificative, de la révocation et de la renonciation du mandataire.

Reste à déterminer si cette formalité doit se faire sans délai ou avec un délai.

II. L'interrogation du registre

A. Les personnes habilitées à interroger le registre

Le registre ne devrait être consulté que par les personnes suivantes :

- le juge des tutelles et le greffe du tribunal d'instance compétent ;
- le procureur de la République ;
- un notaire.

S'agissant du notaire, l'interrogation du registre lui permettra de savoir si un mandat a déjà été rédigé dans le passé, et s'il s'agit uniquement pour lui d'y apporter une modification. L'interrogation lui permettra également de savoir si un mandat a été révoqué dans l'hypothèse où il n'a pas instrumenté la convention initiale.

En définitive, il faut prendre ici en considération le fait que le notaire consulté pour modifier ou établir, après révocation, un nouveau mandat, n'est pas le même que le notaire instrumentaire de la convention initiale.

Pour information, en Belgique, le registre peut être consulté par le juge, le procureur et le notaire mais aussi par le mandant.

B. Le coût de l'interrogation

L'interrogation du registre serait gratuite.

C. La forme de l'interrogation

Reste à déterminer sous quelle forme l'interrogation sera faite lorsqu'elle émanera d'un magistrat (courrier simple, télécopie, voie électronique...).

Le mieux serait que l'interrogation par les magistrats se fasse par le biais :

- soit d'une interconnexion entre le réseau Real et le réseau Justice, sous condition que la CNIL l'autorise ;
- soit d'un portail de consultation internet avec une liste de personnes ayant un accès réservé (accès aux greffiers, par login/mot de passe). Ce serait le mode d'interrogation le moins sécurisé quant à l'échange des données.

La demande d'interrogation devra comporter au moins les informations suivantes :

- le nom et la fonction du demandeur ;
- la date de la demande d'interrogation ;
- l'identité du mandant (nom, prénoms, date et lieu de naissance et domicile).

Annexe 2 – Avantages et inconvénients de la fiducie-protection

Avantages	Inconvénients
<p>L'avantage principal de la fiducie est qu'elle maintient la gestion du patrimoine dans une sphère privée, sans immixtion du juge. Cela sert d'argument à ceux qui défendent la déjudiciarisation de la protection des majeurs (objectif de désengorger les tribunaux d'instance et le service public des tutelles).</p>	<p>La fiducie ne vise que la gestion d'un patrimoine (et uniquement des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire). La protection de la personne vulnérable ne peut donc être assurée par ce mécanisme (sauf à doubler la fiducie d'un mandat de protection future relatif uniquement à la protection de la personne, ce qui revient à faire du mandat un acte recopiant en définitive les dispositions d'ordre public du Code civil...).</p>
<p>La fiducie pourrait opportunément servir dans le cadre de la protection de la personne vulnérable car les revenus du patrimoine fiduciaire pourraient notamment servir à régler les frais d'hébergement dans une maison de retraite ou dans un établissement médicalisé ou les échéances d'une dette à régler.</p>	<p>La fiducie opère transfert de propriété à un patrimoine affecté, ce qui peut freiner certains clients craignant cette dépossession.</p>
<p>Le patrimoine affecté devient insaisissable pour les créanciers futurs de la personne vulnérable</p>	<p>Assez lourde à mettre en place en raison du choix du fiduciaire, de la détermination de ses pouvoirs, de l'audit du patrimoine, etc.</p>
<p>Grande liberté contractuelle, notamment en raison du faible nombre de dispositions d'ordre public en matière de fiducie (ce qui n'est pas le cas du mandat de protection future relativement à la protection de la personne du majeur).</p>	<p>Actuellement peu de professionnels investis dans la fiducie-gestion</p>
<p>Le contrat prend effet dès sa signature ou selon ses termes (il n'y a pas, comme pour le mandat de protection future, de formalités relatives à la prise d'effet, ex : certificat médical, etc.). Cela a aussi pour avantage d'offrir la fiducie à des personnes qui ne répondent pas aux exigences de l'article 425 du Code civil (à savoir l'altération des facultés de nature à empêcher l'expression de la volonté). Cela peut donc viser les personnes exclues du dispositif de la loi du 5 mars 2007 (oisifs,</p>	<p>Le recours à la fiducie attribue au fiduciaire des pouvoirs plus étendus sur le patrimoine de la personne protégée et notamment celui d'accomplir de son propre chef les actes d'administration mais également les actes de disposition. Ce contrat finit par priver la personne protégée de toute initiative sur les biens composant le patrimoine fiduciaire. Cela pose problème si l'état de santé de la personne du constituant ne justifie qu'une curatelle car cela conduit à métamorphoser une curatelle en tutelle et mettre de côté le</p>

Avantages	Inconvénients
intempérants, etc.).	principe de proportionnalité.
Le contrat ne prend pas fin à l'ouverture d'une mesure de protection.	Le contrat prend fin au décès du constituant, ce qui pose problème lorsque la fiducie-gestion vise à protéger l'enfant du constituant, bénéficiaire du contrat. La protection est en effet rompue dans ses effets puisque le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession du constituant (C. civ., art. 2030, al.2)
La fiducie promet une gestion dynamique des biens alors que les mesures de protection visent plutôt sa sauvegarde (« soins prudents, diligents et avisés » : C. civ., art. 496 pour la tutelle des majeurs).	Cela peut être préjudiciable pour des techniques d'esprit fiduciaire comme le mandat de protection future, le mandat à effet posthume ou encore les libéralités substitutives.
Rapprochement avec les dispositifs de <i>Common Law</i> qui permettent par le biais des trusts de subvenir aux besoins de personnes vulnérables.	Promouvoir la fiducie protection peut être contreproductif pour la profession notariale notamment s'agissant de l'acte authentique. En pratique, le mandat de protection future est très souvent établi sous la forme notariée alors que le contrat de fiducie est généralement sous seing privé (sauf en présence d'un bien immobilier ou de droits et sûretés communs ou indivis). Il ne faudrait donc pas que ce « nouvel » acte de fiducie porte indirectement préjudice à un contrat (le mandat de protection future) qui est déjà quasiment acquis à la profession (pour rappel, les rapports du Défenseur des droits prônent depuis longtemps que le mandat de protection future soit conclu uniquement sous la forme notariée).
Le fiduciaire est responsable sur ses biens propres des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.	Si la résidence principale ou secondaire de la personne protégée est intégrée dans le patrimoine affecté, il serait fait obstacle aux dispositions protectrices de l'article 426 du Code civil sur la disposition du logement de la personne vulnérable. Certains y verront un avantage (ce n'est pas mon cas).
Publicité de la conclusion du contrat de fiducie sur le registre national des fiducies (C. civ., art. 2020 ; décret n°2010-219, 2 mars 2010).	Dangereux si le patrimoine fiduciaire a été donné en garantie. Il faudrait d'ailleurs éviter que le fiduciaire une fois l'incapacité du constituant survenue (ou en cas d'incapacité du bénéficiaire) ne puisse donner le patrimoine fiduciaire en garantie.

Avantages	Inconvénients
	<p>Coût de la gestion qui peut être important puisqu'elle est confiée à des professionnels. Ce coût n'est pas forcément en corrélation avec le patrimoine médian des Français.</p>
	<p>Une pluralité d'acteurs de la gestion du patrimoine lorsque le constituant ou le bénéficiaire est placé sous une mesure de protection :</p> <ul style="list-style-type: none"> - le fiduciaire ; - le tiers protecteur (obligatoire dès lors que le constituant est une personne physique) ; - le mandataire spécial (en cas de sauvegarde de justice), le curateur, le tuteur ou la personne habilitée ; - les éventuels subrogés curateur et tuteur ou curateur et tuteur <i>ad hoc</i> ; - le conseil de famille en cas de tutelle du majeur ou du mineur bénéficiaire ; - le ou les administrateurs légaux pour l'enfant mineur bénéficiaire.
	<p>Les modalités de contrôle du fiduciaire ne sont pas connues lorsqu'un mandat de protection future prend effet ou en cas d'habilitation familiale.</p>
	<p>Les modalités de révocation du contrat par le constituant postérieurement placé sous une mesure de protection ne sont pas suffisamment précisées.</p>

PROPOSITIONS
POUR UNE REFORME DE LA PROTECTION DES MAJEURS PROTEGES

1. Conséquences de la mesure de protection sur le fonctionnement du compte de la personne placée sous une mesure de protection

- Le compte joint

Actuellement, les jugements de mise sous protection ne prennent pas position sur le sort du compte joint. De manière générale, les banques décident de ne pas maintenir le compte joint. Cette pratique pourrait être consacrée par un texte ou, à tout le moins, les cas dans lesquels le compte joint doit être conservé pourraient être précisés.

- Les procurations

La fin du mandat est prévue expressément lorsque le mandant est placé en tutelle par l'article 2003 du Code civil. Ne serait-il pas envisageable de prévoir une extension de cet article en cas d'habilitation familiale afin d'éviter les risques de réclamation du représentant légal du majeur ou du mandataire. Le régime des procurations en cas de curatelle pourrait, par ailleurs, également être précisé.

- L'interdiction bancaire

L'alinéa 4 de l'article L.163-2 du CMF punit pénalement le fait pour tout mandataire d'émettre, en connaissance de cause, un chèque alors que son mandant est interdit bancaire. Or, l'alinéa 7 de l'article 427 du Code civil permet au représentant légal d'une personne protégée, qui est interdit bancaire, de disposer, après autorisation du juge, de tous les moyens de paiement habituels.

Nous souhaiterions que l'articulation de ces deux textes soit clarifiée dans un texte. En effet, la personne protégée qui fait l'objet d'une interdiction bancaire est fichée au Fichier central des chèques (FCC). La délivrance d'un chéquier au représentant légal de cette dernière peut, en pratique, générer des difficultés car certains prestataires refuseront le chèque à titre de paiement après consultation de ce FCC.

Nous proposons donc qu'il soit prévu dans un texte que la banque peut délivrer un chéquier au représentant légal d'un majeur protégé lorsque ce dernier est interdit bancaire.

En revanche, en ce qui concerne l'interdiction bancaire du représentant légal du majeur protégé, nous ne sommes pas favorables à la délivrance d'un chéquier au représentant légal au nom du majeur protégé lorsque le représentant légal est interdit bancaire.

Nous nous interrogeons, par ailleurs, sur les moyens de paiement à mettre à disposition du représentant légal interdit bancaire à titre personnel, afin qu'il puisse mener à bien sa mission de représentant légal du majeur protégé.

Cette question se pose également si l'interdiction bancaire du représentant légal intervient au cours de son mandat auprès du majeur protégé.

- Les courriers émis par la banque

L'article 108-3 du Code civil prévoit que le majeur en tutelle est domicilié chez son tuteur. Une disposition similaire n'existe pas dans le régime de la curatelle. Il pourrait être prévu que le majeur en curatelle simple est domicilié à son domicile tandis que le majeur en curatelle renforcée serait domicilié chez son représentant légal.

2. Qualification des actes de dispositions et des actes d'administration

Les annexes I et II du décret du 22 décembre 2008 relatifs aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle fournit une liste des actes qui sont regardés soit comme des actes d'administration soit comme des actes de disposition. Certains actes nécessitent une clarification. Par ailleurs, la liste des actes d'administration et de disposition pourrait être adaptée à la pratique bancaire.

- Notion de capital et de dette

L'annexe I du décret classe l'emploi et le remploi des capitaux et des excédents de revenus parmi les actes de disposition. L'annexe II du décret classe, quant à lui, le paiement des dettes par prélèvement sur le capital dans les actes d'administration.

Ces deux catégories font l'objet d'interprétations divergentes de la part des banques et de la part des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

Les notions de « *capital* » et de « *dette* » employées dans ces deux annexes pourraient donc être précisées dans un objectif de sécurité juridique et de simplification du droit.

La clarification demandée permettra également de sécuriser le patrimoine du majeur. En effet, en théorie, toutes les dépenses du majeur protégé doivent être budgétées. Elles devraient donc pouvoir être réglées sans ponction sur le capital, sauf évènement exceptionnel. Or, les notions de capital ou de compte de capitaux ne sont pas définies.

Faut-il considérer que les comptes de capitaux sont les comptes d'épargne tel que, par exemple, le livret A.

Si oui, il ne serait alors pas possible d'utiliser le livret A pour payer les frais d'hébergement en maison de retraite, par exemple. Or, si le budget du majeur protégé ne permet de subvenir à ses dépenses de la vie courante (maison de retraite, impôt, ...) il devrait être possible d'effectuer les paiements à partir des comptes d'épargne via les comptes de dépôts. Dans tous les cas, le patrimoine du majeur protégé sera sécurisé puisque les paiements seront effectués sur présentation de factures.

A défaut d'obtenir ces clarifications, nous proposons que la responsabilité des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans la qualification des actes de disposition ou des actes d'administration soit clairement établie dans un texte.

- Ouverture de tout nouveau compte ou modification de compte

L'alinéa 1 de l'article 427 du Code civil prévoit que « *la personne chargée de la mesure de protection ne peut procéder ni à la modification des comptes ou livrets ouverts au nom de la personne protégée, ni à l'ouverture d'un autre compte ou livret auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public* ». L'alinéa 2 de cet article prévoit que le juge des tutelles

ou le conseil de famille peut autoriser ces actes si l'intérêt de la personne protégée le commande.

Or, l'annexe I du décret classe l'ouverture de tout nouveau compte ou livret au nom du majeur protégé dans la catégorie des actes de dispositions, qui sont des actes que le majeur en curatelle peut réaliser seul avec l'assistance de son curateur.

L'articulation entre ces différentes dispositions pourrait être précisée en indiquant que les alinéas 1 et 2 de l'article 427 du Code civil ne s'appliquent pas dans le cadre d'une curatelle.

- Actes pouvant être ajoutés à la liste de l'annexe I

Nous proposons de compléter la liste des actes mentionnés à l'annexe I de la manière suivante :

- La délivrance d'une carte de paiement avec autorisation systématique pourrait être ajoutée dans les actes d'administration : cette carte se distingue de la carte de paiement internationale à débit immédiat en ce que chaque opération est débitée immédiatement après vérification automatique et systématique du solde disponible du compte alors que l'opération effectuée avec une carte de paiement internationale à débit immédiat est débitée sur le compte au jour le jour, sans vérification du solde disponible.
- La délivrance d'une carte de paiement internationale à débit immédiat pourrait être ajoutée dans les actes de disposition : en effet, chaque opération est débitée sur le compte du client au jour le jour, sans vérification du solde disponible. L'imputation des opérations génère parfois un découvert qui est assimilé à un prêt.
- L'accès au coffre pourrait être classé dans les actes d'administration, les banques n'étant pas informées du contenu de ce coffre.
- La modification d'un mandat de gestion pourrait être classée dans les actes de disposition. En effet, même si un nouveau profil de risque est établi avec le tuteur ou le curateur, les décisions qui seront prises par ce dernier vont engager le patrimoine de la personne protégée.

- Mise en conformité avec la liste nationale des termes et des définitions associées des services les plus représentatifs rattachés à un compte de paiement

D'un point de vue formel, les terminologies utilisées dans le décret du 22 décembre 2008 devraient être harmonisées avec les nouvelles terminologies de la liste nationale des termes et des définitions associées des services les plus représentatifs rattachés à un compte de paiement qui sont en cours d'adoption dans le cadre de la directive sur les comptes de paiement (« directive PAD »).

3. Propositions relatives aux décisions du juge des tutelles

- Harmonisation des décisions du juge des tutelles dans le cadre des mesures de tutelle ou de curatelle

Les décisions du juge des tutelles n'envisagent pas toujours les mesures nécessaires à la gestion de la situation financière du majeur protégé telles que le sort des comptes bancaires et l'accès au coffre-fort.

Il pourrait donc être intéressant d'introduire dans la législation une disposition précisant les sujets sur lesquels le juge des tutelles doit se prononcer dès la rédaction du jugement. Une telle

disposition permettrait, en outre, d'éviter les oublis. Elle faciliterait également la gestion des mesures de protection par les établissements bancaires et éviterait ainsi la multitude de requêtes au juge.

En outre, les décisions ne contiennent pas toujours d'autres informations que le nom et le prénom du représentant légal désigné. L'adresse légale ainsi que la date et le lieu de naissance sont également des éléments d'information indispensables qui devraient figurer dans les décisions (cela éviterait les problèmes d'homonymie).

- Liste des actes soumis à autorisation du juge des tutelles

Afin de fluidifier la gestion du patrimoine du majeur protégé, nous proposons que la liste des actes soumis à autorisation du juge des tutelles soit limitée.

- Harmonisation des décisions de renouvellement des mesures de protection

Les décisions de renouvellement des mesures de protection ne reprennent pas les éléments de la mesure initiale, notamment le périmètre de capacité pour la curatelle ou les actes autorisés. Le « *par ces motifs* » de la décision ainsi que les éléments d'identité et le domicile de la personne protégée ainsi que ceux relatifs au représentant légal pourraient être repris dans la décision de renouvellement.

4. Publicité des mesures de protection

La publicité des mesures de protection est une condition de leur efficacité. Pourtant, cette publicité est, aujourd'hui, assurée par le représentant légal de la personne protégée. La mention en marge de l'acte de naissance est, quant à elle, insuffisante pour informer en temps utile la banque. Or, tout retard dans cette notification entraîne un retard de la mise en œuvre des mesures de protection.

Il en est de même en ce qui concerne la fin de la mesure de protection ou son renouvellement. Cela pose des difficultés de gestion des comptes et avoirs du majeur protégé à l'expiration du délai de la mesure, les banques ne sachant pas immédiatement si la mesure est ou non prorogée.

Les modalités de la publicité des mesures de protection pourraient donc être revues.

5. Propositions spécifiques à certaines mesures de protection

- L'habilitation familiale

Il peut s'avérer difficile, dans certains cas, de déterminer si le jugement met en place une habilitation générale ou une habilitation spéciale, ce qui rend difficile la détermination du périmètre de l'habilitation. Une harmonisation des décisions du juge permettrait de résoudre cette difficulté.

En outre, certains juges élargissent l'habilitation familiale aux actes portant sur une assurance-vie, y compris les actes de souscription, de rachat ou de désignation ou substitution du bénéficiaire alors que ce sont des actes de disposition. Serait-il possible de prévoir de manière plus précise les actes qui peuvent entrer dans le champ de l'habilitation familiale ?

L'alinéa 5 de l'article 494-6 du Code civil prévoit que la personne habilitée dans le cadre d'une habilitation générale ne peut accomplir un acte pour lequel elle serait en opposition d'intérêt avec la personne bénéficiaire de la protection.

La notion de conflit d'intérêt est difficile à interprétée. Elle pourrait faire l'objet d'une clarification, par exemple, au travers de la détermination d'une liste de faisceaux d'indices.

Actuellement, dans le cadre d'une habilitation familiale générale, aucune autorisation n'est requise pour permettre au mandataire d'accéder au coffre. Dans la mesure où la banque ne connaît pas le contenu du coffre, l'accès à ce dernier et la clôture de la prestation coffre pourraient faire l'objet d'une décision du juge. Cela permettrait, en effet, d'éviter les contestations éventuelles des ayants-droits du majeur sous habilitation familiale.

Enfin, n'y aurait-il pas une incohérence entre le fait que l'habilitation familiale ne soit pas considérée comme un régime de protection avec représentation et les dispositions de l'article 494-8 du code civil ? En effet, dans le cas d'une habilitation générale, la personne bénéficiaire de la mesure d'habilitation se voit ôter tous les droits confiés à son mandataire.

- **La sauvegarde de justice**

Lorsqu'un mandataire spécial est désigné sur le fondement de l'article 437, alinéa 2, du Code civil dans le cadre d'une mesure de sauvegarde de justice, l'ordonnance du juge indique souvent que ce mandataire a pour mission de faire fonctionner les comptes de dépôt bancaires et postaux du majeur alors que l'article sus-visé permet bien au mandataire d'accomplir tous les actes rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée.

L'exclusion des comptes d'épargne de la mission du mandataire spécial peut mettre en péril le patrimoine du majeur protégé dans la mesure où il pourrait les faire fonctionner seul.

- **Le mandat de protection future**

Dans le cadre du mandat de protection future, le majeur conserve ses droits malgré l'entrée en vigueur de la mesure. En pratique, les banques peuvent être confrontées à des demandes du majeur qui sont en contradiction avec celles de son mandataire.

Cette difficulté pourrait être réglée en prévoyant dans un texte que dès que le mandat de protection future prend effet, le majeur perd l'exercice des droits qui ont été confiés au mandataire.

- **La tutelle**

En cas de pluralité de tuteurs, plusieurs questions pratiques se posent : quels sont les actes que le co-tuteur peut signer seul ; est-il possible de faire souscrire un abonnement banque à distance à chacun d'eux. En outre, les systèmes d'informations ne permettent pas d'indiquer le nom des deux co-tuteurs sur les formules de chèques.

- **La curatelle**

Il est de plus en plus fréquent que le juge des tutelles demande aux banques de remettre un chéquier au majeur en curatelle pour faciliter son autonomie bancaire. Or, certains commerçants refusent ces chèques qui portent la mention « *sous la protection juridique de* ».

La banque ne peut toutefois délivrer des chèquiers ou des RIB sans cette mention.

La répartition des responsabilités en cas de co-curateurs se pose, par ailleurs, dans les mêmes termes qu'en cas de co-tuteurs.

6. Prise en compte plus rapide des signalements des banques par le Parquet

Les banques signalent aux Parquets des actes qui sont présumés être des actes d'abus de faiblesse, des tentatives d'abus d'une personne hors d'état de gérer ses comptes bancaires. Ces signalements sont effectués dans l'objectif de protéger leur clientèle afin qu'une mesure de protection soit ouverte.

Les banques constatent que, malgré ces signalements, les actes signalés se poursuivent pendant plusieurs mois.

Nous proposons que les signalements des banques, qui ont un positionnement neutre, puissent être pris en charge de manière plus rapide, peut-être au travers de la mise en place d'une adresse e-mail dédiée.

Dans le même ordre d'idée, l'article 499 du Code civil qui prévoit que « *les tiers peuvent informer le juge des actes ou omission du tuteur qui leur paraissent de nature à porter préjudice aux intérêts de la personne protégée* » pourrait être étendu à toutes les mesures de protection.

Nous remercions la mission interministérielle pour l'attention qu'elle aura porté à ces propositions.



Réf. FNAT - Dossier suivi par :

Hadeel CHAMSON – Délégué Général

Tel : 01 42 81 46 11 – 06 08 77 24 20

Email : hchamson@fnat.fr

OBSERVATIONS FNAT – GROUPE DE TRAVAIL DACS SUR LA PJM

Destinataires :

- *Mme Anne CARON-DEGLISE, Présidente du groupe de travail*
- *Mme Mélanie BESSAUD, Magistrate à la Chancellerie*

Thématiques :

- *Observations de la FNAT dans le cadre du groupe de travail installé (15 mars 2018) par M. Thomas Andrieu, Directeur des Affaires Civiles et du Sceau (DACs) et présidé par Mme Anne Caron-Déglise, Avocate générale auprès de la Cour de Cassation.*

PRESENTATION DE LA FNAT :

Fondée en 1982, la FNAT est la Fédération Nationale des Associations Tutélaires – Mandataires Judiciaires à la Protection des Majeurs. Elle **intervient**



la Protection des Majeurs. Elle **intervient exclusivement sur la protection juridique des personnes vulnérables**. Elle Fédère plus de 91 Associations et Services mandataires judiciaires à la protection des majeurs (SMJPM), sur l'ensemble du territoire national, qui totalisent plus de 80 000 mesures de protection (sauvegarde de justice, tutelle et curatelle). Force de proposition et interlocuteur privilégié des pouvoirs publics sur les questions de la Protection Juridique, la FNAT représente et défend les intérêts des services MJPM et des personnes protégées auprès des Ministères compétents (Justice et Affaires Sociales) et des autres acteurs du secteur.

La FNAT est pour une protection et un accompagnement respectueux de la personne vulnérable et de ses intérêts, Elle œuvre également auprès de ses adhérents pour promouvoir et renforcer les bonnes pratiques dans le métier ainsi que [l'Ethique en tant que compétence professionnelle](#) pour les MJPM.

LES ADHERENTS DE LA FNAT :

Les associations et services affiliés à la FNAT prennent en charge différentes catégories de population sans aucune forme de spécialisation ou d'exclusive (personnes souffrant d'handicaps psychiques, personnes âgées dépendantes, populations marginalisées ...)

La majorité des adhérents prend en charge tous les régimes de protection concernant les adultes : tutelles et curatelles, sauvegardes de justice etc.

Les Associations et services MJPM membres de la FNAT peuvent gérer de quelques centaines à plus de 3 500 mesures de protection.

La totalité des associations fait appel à du personnel salarié. Les **intervenants** auprès des majeurs protégés dans leur très grande majorité sont des travailleurs sociaux et des juristes tous **titulaires du certificat national de compétences** aux fonctions de mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

LA FNAT SUR LE WEB ET SUR LES MEDIAS SOCIAUX :

Site Web : www.fnat.fr

Twitter :  <https://twitter.com/hadeelchamson>

PROPOS INTRODUCTIFS

Le 15 mars dernier a été installé le groupe de travail sur la protection juridique des majeurs annoncé le 8 novembre 2017 par Madame Belloubet, ministre de la justice et garde des sceaux, à l'occasion des Assises de la PJM des 7 et 8 novembre.

Ce groupe, présidé par Mme Anne Caron-Dégliise, Avocate générale à la Cour de cassation, se veut, selon les termes de la lettre de mission, un lieu de réflexion pluridisciplinaire, de débats et d'échanges entre tous les acteurs de la protection juridique des majeurs.

La contribution de la FNAT s'inscrit pleinement dans cette perspective et se veut également le reflet des réflexions, des propositions mais également des questionnements des professionnels MJPM en prise directe avec les personnes vulnérables protégées. Il nous paraît essentiel que les réflexions de ce groupe de travail puissent être nourries par les retours du terrain.

Les nombreux auteurs s'intéressant à notre matière ainsi que les différents acteurs du dispositif (magistrats et autres professionnels) ont eu l'occasion de faire un bilan approfondi de la loi du 5 mars 2007 aux Assises de 2012 et ceux des 7 et 8 novembre 2017.

Il en est ressorti un constat partagé que la loi du 5 mars de 2007 est une bonne loi. C'est un texte ambitieux dans sa philosophie, audacieux et imaginatif dans ses dispositions, respectueux et conforme aux grands principes de notre droit positif et à d'autres textes internationaux notamment la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (texte ratifié par la France). Il convient de préciser que ce texte international est le seul qui traite directement de la Protection Juridique des Majeurs, de sorte qu'il convient de souligner qu'il n'a pas fixé les mesures de représentations comme prohibées par les Etats signataires.

Aussi, de notre point de vu, nous pouvons considérer que les rédacteurs de loi du 5 mars 2007 se sont globalement conformés aux exigences de l'article 12 de la CIDPH de l'ONU et même si des progrès restent à accomplir dans la pratique et dans l'appropriation des finesses que permet cette loi.

Plus important, la loi du 5 mars 2007 combinée à celle du 2 janvier 2002 - rénovant l'action sociale et médico-sociale - s'est donnée les moyens de remettre la personne protégée au cœur du dispositif pour en faire un citoyen à part entière - et une personne protégée - avec des droits et des garanties en tant qu'usager d'un service médico-social (service MJPM). Les instruments législatifs existent ! Il aurait fallu que la puissance publique se donne les moyens pour tendre vers plus d'effectivité de ces droits reconnus aux personnes protégées.

La question des moyens financiers est primordiale, car c'est d'abord l'absence de moyens qui ne rend pas le dispositif performant. Cela concerne tant les opérateurs MJPM de terrain quels que soient la forme d'exercice, que l'Administration de la Cohésion Sociale ou la Justice à travers les tribunaux.

Enfin, le calendrier du groupe de travail présente pas moins d'une trentaine de thématiques d'importance et d'intensité inégale. Aussi, nous avons dû opérer un choix dans les sujets abordés dans notre contribution :

Nous traiterons ainsi des thèmes suivants :

1. Un droit à la protection des personnes vulnérables
2. La Mesure Unique
3. L'externalisation du contrôle du compte de gestion
4. L'inventaire
5. La mise en place d'un délégué interministériel à la protection des majeurs (DIM)
6. Le statut du MJPM
 - ✓ La reconnaissance de la profession par un meilleur Statut
 - ✓ La création d'un diplôme
 - ✓ L'Ethique et la Déontologie
 - ✓ La notion de conflit d'intérêt
7. Le financement pérenne de l'ISTF
8. Le financement de la Protection Juridique des Majeurs
9. La notion d'accompagnement
10. La question de la responsabilité des MJPM
11. Le point de départ du délai de prescription
12. Les délais pour la réalisation du DIPM
13. Le secret professionnel et la discrétion professionnelle
14. La communication positive sur la PJM et le lancement d'un débat de société

Bien entendu, nous nous réservons la possibilité d'alimenter le débat et les réflexions par l'envoi de contributions complémentaire au regard de l'évolution des travaux à la Chancellerie et à la DGCS, notamment sur la question de la participation des personnes protégées et des dotations des services MJPM.

Enfin, le calendrier très contraint et dense des travaux ne permet pas d'apporter une étude d'impact sur les thématiques abordées, ce qui nous paraît essentiel.

1. UN DROIT A LA PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES

Nous retiendrons la définition du terme vulnérabilité au sens de l'article 425, du Code civ. qui énonce :
 « *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* ».

Gardien des libertés individuelles (art. 66 de la Constitution de 1958), le juge judiciaire est le garant institutionnel de la protection des droits et libertés des personnes, à plus forte raison de celles à protéger ou protégées dont les droits et libertés doivent être spécialement garantis, dans le respect de leur dignité (code civ., art. 415).

Classiquement d'ordre public, le domaine de la protection des majeurs a toujours pris appui sur le juge judiciaire, créant même en 1964 la spécialisation du juge des tutelles, dédié à ce champ si spécifique. Le juge des tutelles sait faire vivre le dispositif légal pour chaque type de protection.

La protection des faibles est incontestablement la fonction du droit comme l'a montré la Cour de cassation dans [son rapport annuel de 2009 consacré à la vulnérabilité](#). Elle est due aux personnes vulnérables par l'effet de l'altération de leurs facultés personnelles, tant mentales que corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté. Si dans le respect des principes directeurs (subsidiarité, nécessité et proportionnalité), une mesure de protection juridique n'est en rien obligatoire, si et seulement si une protection suffisante peut être autrement offerte, **elle doit exister pour les cas nombreux qui l'exigent, dans le respect de garanties procédurales, surtout au regard des perspectives démographiques et du vieillissement de la population française**. Loin de la FNAT l'idée de verser dans l'injonction de protection à tout va.

Le législateur, seul compétent pour intervenir s'agissant des garanties pour l'exercice des libertés et la capacité des personnes (art. 34 de la Constitution de 1958), ne saurait consacrer un retrait systématique ou trop important du juge de la protection des majeurs. La rupture d'égalité serait sinon à craindre entre ceux aux facultés altérées, comme l'abaissement du niveau indispensable de protection. En effet, **le juge, aidé notamment du parquet, a une mission essentielle de surveillance générale des mesures de protection** (code civ., art. 416 et art. 417) pour tous, afin de rendre effective la prévention de tout abus ou de quelconques difficultés. Son rôle est fondamental dans la mise en œuvre concrète de la protection des majeurs.

La mission de protection s'impose tant aux familles qu'à l'Etat. **L'article 415 synthétise la philosophie de la fin et des moyens de la protection**. Au-delà de certains modes de financement, **la charge de la collectivité publique s'exprime notamment par l'accès au juge judiciaire de façon égale pour l'ensemble des citoyens**. **Le respect des droits et libertés impose des garanties procédurales fondamentales que seule apporte l'autorité judiciaire**.

Enfin, la crainte de la FNAT est de voir se profiler une pente dangereuse, celle de la croyance en la réduction des mesures de protection juridique par l'augmentation de celles relevant du dispositif social ou d'un système d'accompagnement en amont. Il convient de ne pas réitérer l'erreur originelle d'analyse qui a prévalu à la réforme de 2007 : *trop de mesures civiles relèveraient en fait d'un accompagnement social*.

Sur ce point, de deux choses l'une. Ou les mesures de protection juridique seraient utilisées à tort pour gérer des cas d'endettement, de précarité sociale, n'ayant strictement rien à voir avec une altération des facultés personnelles. Il s'agirait là d'une méconnaissance des règles de droit en place car une protection juridique serait décidée pour un cas hors champ. Ou les mesures sociales auraient vocation à englober des cas d'atteinte des facultés personnelles, ce qui serait également, même autrement, un contournement des règles applicables.

Or, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, par l'article 495-1 du Code civil trace une frontière hermétique à respecter impérieusement : « La mesure d'accompagnement judiciaire ne peut être prononcée si la personne bénéficie d'une mesure de protection juridique prévue au chapitre II du présent titre. Le prononcé d'une mesure de protection juridique met fin de plein droit à la mesure d'accompagnement judiciaire ».

Proposition de la FNAT :

Les défis du vieillissement et de l'accroissement des différentes formes de vulnérabilités nous portent à croire que l'Etat régalien, l'Etat protecteur a encore toute sa place dans notre arsenal légal et judiciaire. Notre droit civil, notre droit pénal traitent la question de la vulnérabilité en y adossant des balises de vigilance. En effet, la vulnérabilité constitue une circonstance aggravante en droit pénal et des délits spécifiques (particulière vulnérabilité ou en cas de minorité).

La vulnérabilité n'est donc pas une vue de l'esprit. Elle a une réelle consistance et elle a fait l'objet de d'une étude récente de l'ANCREAI affirmant qu' « *au vu de l'augmentation du nombre de mesures entre 2010 et 2015 (+ 15%), et si ce rythme se maintenait sur les prochaines années, il conduirait à un doublement du nombre de mesures d'ici 2040* ». Il y a un besoin de protection, nous nous devons d'y répondre

Enfin, en la matière les réponses et les solutions pour y faire face ne pourront tirer leur force et leur légitimité qu'à partir de l'action de la collectivité.

Toute cette philosophie est portée par le sens et l'esprit de l'article 415 du code civil qu'il convient de sanctuariser. Il porte en ses fondements un droit à la protection à la charge des familles mais également à la charge de la collectivité. Les mesures de protection ne sont pas des mesures de confort social. L'enjeu est aussi de maintenir dans le dispositif judiciaire et juridique Français une réelle politique publique de protection.

2. LA MESURE UNIQUE

Après nos débats et nos échanges en présence d'éminents représentants des différents métiers du droit (notariat, Barreau, magistrature, professeurs de droits, professionnels de terrain, etc ...) est-il toujours opportun de vouloir revenir sur toute forme de système de représentation pour protéger les personnes vulnérables qui en auraient besoin pour continuer à exister civilement (acheter, vendre, signer un bail, souscrire un contrat, etc..) ?

Il en est sorti à l'occasion de notre avant dernière séance de travail un très large consensus que la loi du 5 mars 2007 n'est pas cette horrible machine à broyer les libertés et la dignité des personnes protégées. C'est un texte dont la bonne facture a été rappelée mais également la pertinence de le reformer à moins de 10 ans de son entrée en vigueur. C'est une loi, pour peu que l'on s'en soit donné les moyens en juges des tutelles et en greffiers, aurait pu gagner en efficacité et en écoute au bénéfice des personnes protégées.

Il convient dès lors de se poser la question des dangers liés à une approche dogmatique – assise sur le seul prisme de l'article 12 de la CIDPH de l'ONU – dont le résultat serait d'affaiblir notre système de protection. Cette conception **relevant parfois de l'injonction d'autonomie** instillerait en permanence le doute sur la capacité des personnes bénéficiant d'un dispositif de protection et/ ou d'assistance.

En conséquence de quoi, est-il pertinent de vouloir supprimer toute mesure de représentation au non d'une autonomie dogmatique sans aucune certitude d'effectivité ? Les praticiens sont là pour nous

rappeler que dans certains cas, seule une mesure de représentation est en mesure de garantir une protection efficace de la personne et de ses biens (l'exemple emblématique de Vincent Lambert dans le cadre d'une mesure autre que de représentation ?).

Non, la tutelle ou la représentation n'est pas un horrible mot ou une insulte infâmante pour la personne qui en bénéficierait. Elle est riche de sens et d'engagement, et a le mérite de la clarté et de la sécurité – juridique - pour le bénéficiaire mais également pour les tiers.

La mesure de protection constate une situation médicale sur la capacité juridique, elle ne génère pas la cause de l'altération.

La société et les tiers ont besoin d'avoir aussi une réponse, notamment pour la prise en charge des personnes atteintes de troubles psychiatriques, c'est au-delà d'une réponse sociale, mais il ne faut pas la négliger. La recrudescence des soins contraignants ne doit pas être négligée.

De la même façon, la notion d'intérêt supérieur de la personne protégée et non d'intérêt supérieur à la personne protégée doit être définie. Le respect de l'autonomie de la personne doit se réaliser à proportion de la protection qui est due à la personne. L'ensemble des acteurs de terrain signalent que les situations les plus complexes sont précisément celles où des actions sont nécessaires sur des actes mixtes (patrimonial ou personnel). Attention de ne pas renvoyer l'exercice professionnel du MJPM à celui d'un syndic de patrimoine.

Sans précision sur son contenu exact, la Mesure Unique est toujours évoquée en filigrane de nos débats et de nos échanges depuis le 15 mars. Elle serait cette solution miracle aux nombreuses tares contenues dans la loi du 5 mars 2007.

Elle viendrait ainsi remplacer les décisions dites substitutives par celles assistées ou accompagnées. L'idée serait de suivre l'interprétation donnée de l'article 12 de la CIDPH.

En observation, il faut relever que la protection internationale des adultes a **une convention dédiée aux majeurs protégés avec celle de la Haye, entrée en vigueur en France le 1er janvier 2009**, coordonnée avec la réforme de 2007. Celle-ci fait une place à la tutelle et la curatelle, sans exclure la technique de la représentation, même posée en principe.

La CIDPH de l'ONU concerne strictement les personnes handicapées et sa valeur contraignante n'englobe pas l'interprétation du Comité des droits. **Le Gouvernement français a eu l'occasion d'affirmer la compatibilité du dispositif de 2007 avec l'article 12.** Même si la définition donnée des personnes en situation de handicap peut être large, **il faut retenir qu'au sens du droit des majeurs protégés, une personne n'est pas placée sous un régime de protection en raison de son handicap mais parce qu'elle éprouve, au regard de différents facteurs, un besoin de protection authentifié.** De plus, **toutes les personnes protégées ne sont pas strictement des personnes handicapées.** Cette approche extensive du handicap pour irradier l'ensemble des personnes bénéficiant d'un régime de protection devrait conduire en toute logique à leur accorder l'ensemble des droits et prestations offertes à cette catégorie de personnes.

A supposer la suppression de la tutelle, mesure substitutive de référence, il se pose un certain nombre de questions.

D'abord, il y aurait les répercussions sur l'ensemble des autres mesures de protection juridique. En effet, l'interprétation du Comité des droits à propos de l'article 12 de la CIDPH conduit à rejeter la tutelle, mais encore la curatelle et les soins psychiatriques sans consentement.

Dans notre droit positif, la personne placée en sauvegarde de justice ou sous l'habilitation familiale conserve en principe l'exercice de ses droits. Toutefois, une représentation est actuellement prévue, même si pour l'habilitation familiale, le projet de loi de programmation de la justice 2018-2022 et de réforme pour la justice du 20 avril 2018 (art. 16) viendrait ajouter (non substituer) la technique de l'assistance. Dans la sphère de pouvoir du mandataire spécial ou de la personne habilitée, la loi reconnaît priorité à l'organe protecteur, en frappant de nullité les actes faits par le majeur protégé. Ces mesures sont bien incapacitantes, dessaisissant le majeur (art. 1159 du Code civ.). Aucun texte équivalent n'existe pour les mandats de protection future où il est généralement considéré que le majeur conserve sa capacité même fragilisée. Il demeure que la révocation tacite que constituerait l'activité du mandant ou du bénéficiaire du mandat dans le champ des pouvoirs accordés au mandataire se heurte probablement à la logique de la protection, même conventionnelle, et au fait que seul le juge des tutelles a normalement pouvoir pour révoquer le mandat déclenché.

Si l'objectif est une meilleure individualisation de la mesure, **il faut relever que notre droit positif contient déjà les moyens techniques de l'opérer**. En effet, **les principes directeurs, dont la subsidiarité, permettent d'éviter une mesure de protection juridique si un autre instrument offre une protection suffisante au majeur**. Dans le domaine de la protection de la personne, malgré la mesure mise en œuvre, priorité doit être accordée à la recherche de la volonté du majeur. Son consentement est à privilégier s'il existe bien, l'assistance n'étant que subsidiaire et la représentation, l'ultime recours.

En outre, **pour les actes strictement personnels, seul le majeur est susceptible d'agir. Sont prohibées assistance et représentation. Les actes strictement personnels existent également dans le domaine patrimonial, le majeur pouvant agir seul sur autorisation vérifiant simplement son aptitude (exemple du testament)**.

Les actes conservatoires sont toujours permis comme ceux autorisés par la loi ou l'usage, y compris en tutelle. Même lorsque la représentation est instaurée, la capacité résiduelle peut être modulée en tutelle (art. 473 du Code civ.), restituant une marge d'initiative.

Autrement dit, le dispositif qui a pour finalité l'intérêt du majeur et doit favoriser son autonomie dans la mesure du possible n'est pas, en lui-même, un obstacle à la réalisation de ces objectifs.

La remise en cause de la décision dite substitutive devrait conduire à un réaménagement total d'un droit que les praticiens commencent à apprivoiser une décennie après sa mise en place, avec les apports encore récents de la jurisprudence.

Les **professionnels de la protection devraient s'adapter à un nouveau cadre par suite de la perte des repères résultant de notre tradition juridique française (loi du 3 janvier 1968), non remis en cause par la réforme de 2007**. Ils ont intégré peu ou prou les matrices de la tutelle et de la curatelle et de ce fait ont développé des réflexes professionnels leur permettant d'absorber une charge de travail croissante. Qu'en sera-t-il demain avec la mesure unique.

Cela demanderait un énorme effort de formation, à ne pas négliger, et à financer ! Il faudrait l'étaler dans le temps pour avoir des organes protecteurs tous avisés. **La pratique quotidienne serait**

assurément perturbée pendant une longue phase transitoire, surtout si le nombre de mesures est en croissance.

Encore, les praticiens seront certainement circonspects, pour le moins, face à une mesure unique susceptible de recouvrir plusieurs réalités que permet de mieux identifier, rapidement, la gradation actuelle des mesures, relativement parlante d'elle-même quant à la hiérarchie des protections et quant aux techniques employées.

La difficulté sera grande si la représentation est maintenue, mais à titre exceptionnel, comme c'est indispensable pour traiter nombre de situations qu'il faudra clairement identifier pour guider le choix. On ne peut ordonner à chacun, avec efficacité parfaite, de croire et de surmonter ses réticences.

Pour faire vivre concrètement l'autonomie et la décision assistée recherchées, il ne faut pas négliger les indispensables relations avec autrui (cocontractants, banques, assureurs, notaires, praticiens de la santé...), partant la sécurité juridique, dans l'équilibre des intérêts respectifs en présence. Raisonner en termes de droit, peut ne pas faciliter les échanges avec les tiers qui, méfiants, pourraient devenir fuyants, avec un effet pervers d'exclusion des majeurs protégés. **L'objectif de la réforme pourrait alors se retourner, en fait, contre ceux qu'il s'agit toujours de protéger, en les isolant dans les différents rapports juridiques.**

Si devait être adoptée la mesure unique, la cohérence d'ensemble et la coordination dans les différentes codes (commerce, santé publique, CASF, travail...) devrait être sérieusement appréhendée. **Il faudrait envisager la coordination dans les différents codes traitant des mesures de protection et mentionnant souvent la tutelle.** La codification ne saurait se limiter au Code civil. L'actuel projet de loi de programmation de la justice 2018-2022 et de réforme pour la justice du 20 avril 2018, qui instaure l'assistance à côté de la représentation (toujours de principe) en habilitation familiale, prévoit également les passerelles entre celle-ci et les mesures judiciaires, dès lors maintenues en l'état. **Il faudrait donc remanier encore le droit applicable.**

La FNAT s'interroge aussi avec l'interférence de la Mesure Unique et le DIPM. Individualiser à la source de la mesure c'est redonder avec le DIPM ; attention à ne pas superposer les dispositifs. Peut-on imaginer également de poser une réflexion sur l'adaptation et la modernisation des outils de la loi de 2002 ?

Propositions de la FNAT :

En considérant l'hypothèse de la mesure unique consacrée, la FNAT suggère de supprimer le terme de tutelle trop connoté pour adopter, s'agissant des hypothèses rencontrées où la technique de la représentation s'impose (ex. coma ou syndrome de locked-in, etc.) et devrait être ouverte à titre exceptionnel, l'expression de « représentation légale » qui a le mérite de la clarté

Il appartiendra alors au juge de bien déterminer le champ précis de cette représentation.

3. SUR L'EXTERNALISATION DES COMPTES DE GESTION

Nous voyons poindre la possibilité d'un contrôle externe par des spécialistes du droit et du chiffre à l'initiative du juge lorsque l'importance et la composition du patrimoine le justifient. Les conditions de désignation de ce professionnel devraient être précisées par décret en Conseil d'Etat. Il est souhaitable que ce décret puisse apporter des critères objectifs (ressources, consistance du patrimoine, fruits du patrimoine, placements et autres valeurs mobilières, etc.) sur l'éligibilité à ce contrôle externalisé.

Nous sommes surpris de cette nouvelle possibilité d'externaliser le contrôle des comptes des majeurs. Cela reviendrait à déléguer une mission régaliennne de la Justice à un prestataire privée dont la question de la légitimité reste entière.

Il nous paraît utile à cette place de rappeler **l'article 415 du code civil** qui affirme sans ambiguïté en parlant de la protection des personnes vulnérables qu'elle est **un devoir des familles et de la collectivité publique**.

Au surplus, il convient également de rappeler que la participation est déjà incluse dans le montant de la participation payée par chaque personne protégée. Il s'agit donc de protéger la personne d'un double paiement, alors surtout que de notre point de vue, c'est l'Etat qui doit le contrôle et non l'inverse. Il s'agit d'une mesure de justice sociale.

Ce contrôle – même externalisé -n'est pas constitutif d'une nouvelle mission et donc d'un nouveau coût à mettre être à la charge du majeur. Il est tout simplement dû et inhérent à cette mission de protection qui un devoir dont la collectivité reste débitrice.

Déjà en 2011, la FNAT s'est mobilisée pour dénoncer le décret du 8 novembre 2011 (n°2011-1470 du 8 novembre 2011) permettant au greffier en chef d'avoir recours aux huissiers de justice pour le contrôle des comptes rendu de gestion.

Proposition de la FNAT :

Avant de recourir aux services d'un expert-comptable ou autre spécialiste du chiffre, il aurait été judicieux de renforcer les effectifs dans les greffes et/ ou de consolider l'expertise de contrôle des fonctionnaires de ces services. En ultime solution, nous voyons plus de légitimité à ce que les services des Finances Publiques puissent être sollicités pour ce contrôle. Ils auraient le double avantage d'être un service public régalienn et dont le coût d'intervention ne serait pas à la charge de la personne protégée. Il est à noter que ce dernier est rarement à l'origine de la demande de la mesure de protection.

4. LA QUESTION DE L'INVENTAIRE

Lors de l'ouverture d'une mesure de tutelle, le tuteur doit faire l'inventaire (prévu à l'article 503 du code civil) des biens meubles et immeubles de la personne protégée dans un délai de trois mois. Le code de procédure civile (art. 1253 du code civil) spécifie que les inventaires sont réalisés en présence

de la personne protégée, si son état de santé ou son âge le permet, de son avocat le cas échéant, ainsi que, si l'inventaire n'est pas réalisé par un officier public ou ministériel, de deux témoins majeurs qui ne sont pas au service de la personne protégée ni de la personne exerçant la mesure de protection.

De nombreux professionnels ont souligné qu'en pratique les deux témoins s'avèrent difficiles à trouver, a fortiori quand la personne protégée est isolée. C'est une mesure très intrusive.

De plus la présence de personnes qui ne saisissent pas forcément les enjeux de l'acte, n'est pas nécessairement gage de fiabilité. Dès lors, il s'agit bien souvent de voisins, de membres de la famille, voire de personnes qui lui sont complètement étrangères et qui pourtant ont accès à l'ensemble de son patrimoine, sans garantie particulière de compétences, de confidentialité et de sécurité.

Cette situation n'est donc pas sans poser de questionnements éthiques vis-à-vis de la personne protégée et notamment sur sa sécurité et celle de ses biens.

Proposition de la FNAT :

Nous proposons d'entamer une réflexion autour de la suppression des témoins lors de la réalisation de l'inventaire des meubles meublants du domicile du majeur protégé.

En effet d'une part, **il convient de relever que le MJPM est judiciairement assermenté** et enfin que le caractère intrusif et impératif de la présence imposée de deux témoins est largement excessive au regard de l'objectif recherché de réaliser un inventaire de début de mesure.

Concernant l'intervention d'un Commissaire-Preneur dans le cadre de la réalisation de l'inventaire, se pose la question de savoir à qui incombera le coût de cette prestation et à partir de quel seuil son déclenchement serait obligatoire ?

5. CREATION DE LA FONCTION DE DELEGUE INTERMINISTERIEL A LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS

Le secteur de la protection juridique des majeurs (PJM) se singularise par l'intervention d'une multitude d'acteurs étatiques, départementaux et associatifs et ce à l'échelon national et local. La PJM se caractérise également par le fait qu'elle relève d'un champ de compétence historiquement partagé entre le Ministère de la justice et celui des Affaires Sociales.

En outre, la PJM en raison de la multiplicité des publics concernés, est en interaction avec d'autres politiques publiques centrées sur les personnes âgées, les personnes handicapées, la santé et la psychiatrie. Ces politiques publiques sont souvent portées par des Ministères ou des secrétariats d'Etat avec des problématiques bien identifiées et bien délimitées. De facto et au gré de l'actualité, la PJM est reléguée au second plan.

Il en résulte une réelle difficulté quant à l'émergence d'une réelle politique publique de la PJM et une absence préjudiciable de pilotage et de coordination du système sur le plan national et local.

La création d'une fonction de délégué interministériel à la protection juridique des majeurs permettrait de faire travailler ensemble tous les acteurs décisifs (affaires sociales et justice) et d'impulser une vraie politique publique de la protection juridique des majeurs.

Proposition FNAT :

Création du Délégué Interministériel pour la structuration d'une politique publique de la protection juridique des majeurs. C'est la proposition n°1 qui a été portée dans le [rapport de la Cour des Comptes dans le rapport d'oct. 2016](#) sur la protection juridique des majeurs en ces termes : « *confier à un délégué interministériel, pour une durée de cinq ans, la mission de structurer et de piloter une politique publique de protection juridique des majeurs, en coordonnant les différents acteurs du dispositif, en régulant la profession de mandataire et en informant le public* ».

6. LE STATUT DES MJPM

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 a rénové l'ensemble du dispositif de protection juridique des majeurs.

Elle a renforcé l'encadrement et la professionnalisation du secteur en créant la profession des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM) qui sont soumis à des conditions de formation (obtention du CNC), d'habilitation et d'exercice.

Il reste malgré tout un long chemin à parcourir pour une réelle reconnaissance de la profession de MJPM : un diplôme, une reconnaissance statutaire, une éthique & une déontologie et des règles précises en matière de conflit d'intérêts.

La reconnaissance de la profession par un statut à la hauteur des enjeux ...

Il va sans dire que cette réforme a certes donné une appellation générique de MJPM à des professionnels qui sur la base d'un mandat judiciaire exerce la mission de protection pour toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts (article 425 du code civ.).

La loi du 5 mars 2007 n'a pas été jusqu'au bout de cette logique de reconnaissance et a opté pour une approche minimaliste pour ce qui est de l'instauration d'un véritable statut des MJPM. Le CNC est une avancée incontestable. Toutefois, il ne garantit pas une véritable reconnaissance de la profession malgré les objectifs de la loi. Un diplôme en lieu et place du CNC aurait permis d'envisager la question statutaire autrement.

Quelques marqueurs forts confortent l'idée d'un malaise de plus en plus profond chez les professionnels du secteur et tout particulièrement les MJPM :

Nous considérons que la création d'un diplôme (sur la nomenclature européenne LMD) de mandataire judiciaire à la protection des majeurs aurait constitué une véritable reconnaissance de la spécificité de ce métier et assurerait un enregistrement de droit dans le répertoire National des Certifications Professionnelles (RNCP). Cela impliquerait également une reconnaissance spécifique au sein des conventions collectives. Cette évolution serait la contrepartie de la professionnalisation en permettant une juste revalorisation du statut et de la rémunération pour un métier difficile :

- Une rémunération notoirement insuffisante : un professionnel MJPM perçoit la rémunération (au 15/06/2018) de 1 330 € nets pour un débutant à temps complet.
- La charge de travail est en augmentation constante pour faire face aux restrictions budgétaires de la part des financeurs publics (60 à 65 dossiers / MJPM) et les temps de formalisation par écrit de l'ensemble des obligations (code civil et loi 2002-2) ;
- La multiplication des cas de violence et d'agressions sur les professionnels
- Une difficulté croissante pour les responsables de services à recruter des MJPM. Cette situation est d'autant plus aigüe dans les bassins d'emplois présentant un certain dynamisme. Il pourrait en résulter dans un avenir proche une dégradation dans la qualité des recrutements.

... et la création d'un diplôme en lieu et place du CNC

De manière à améliorer la qualité de la prestation des mandataires, la loi a obligé l'ensemble des professionnels à suivre une formation, sanctionnée par l'obtention du Certificat National de Compétence (CNC). Composée de **300 heures d'enseignements** théoriques et pratiques, elle s'adresse aussi bien aux professionnels en poste qu'aux personnes souhaitant exercer la profession, que cela soit en activité libérale, au sein des services associatifs ou au sein d'un établissement hospitalier, social ou médico-social. Son contenu, détaillé dans l'arrêté du 2 janvier 2009, est varié et a pour objectif d'apporter des connaissances en **matière de droit**, de gestion, de pratiques sociales et médico-sociales.

Cette formation ne garantit malheureusement pas une véritable reconnaissance de la profession, malgré les objectifs de la loi. Certes la réforme de 2007 a apporté des changements très importants, en commençant à professionnaliser notre secteur d'activité. Pourtant, l'écart entre l'importance du rôle de mandataire, les responsabilités de la fonction et leur reconnaissance statutaire pose un réel problème.

Pour beaucoup de professionnels, le CNC n'est souvent pas à la hauteur de l'étendue et de la complexité des tâches des mandataires. Il est unanimement admis que le législateur n'est pas allé assez loin dans cette réforme en créant un Diplôme d'Etat .

Proposition de la FNAT

En effet, la création d'un diplôme aurait garanti la reconnaissance de la profession.

La reconnaissance d'une profession passe aussi par un diplôme. C'est à travers ce symbole et ce titre que les tiers identifient les professionnels et leur reconnaissent une forme de légitimité à intervenir. Il s'agirait ainsi d'un métier choisi et non plus d'un métier en reconversion. La rémunération des MJPM doit être reconsidérée de manière substantielle pour tenir compte de leurs obligations et responsabilités.

Déontologie et Ethique commune à l'ensemble des catégories de mandataires à la protection des majeurs :

La FNAT a jugé essentiel d'engager une vaste réflexion sur le plan Ethique et Déontologique et ce à plusieurs niveaux. De nombreuses initiatives ont été prises en ce sens par les différents acteurs de cette profession qu'ils soient privés ou publics. En effet, depuis la mise en place de la loi du 5 mars

2007, portant réforme des mesures de protection, les contraintes, les obligations nouvelles n'ont cessé de se multiplier (réforme code civil, intégration des services MJPM dans la loi du 2 janv. 2002, réforme du financement, mise en place du CNC etc.). Certaines ont été longues à assimiler et à intégrer, tant la remise en cause des attitudes des professionnels a été profonde. De surcroît, ces bouleversements se sont réalisés dans un contexte budgétaire contraint et incertain, amenant chacun à s'interroger sur son travail et le service rendu à la personne protégée. En effet, la mission que nous exerçons auprès des personnes vulnérables met en jeu des valeurs professionnelles et personnelles pour tous les actes que nous réalisons. Or ces valeurs sont régulièrement mises en tension par le mandat judiciaire, la singularité, mais aussi la complexité et les aléas du parcours des personnes dont la protection est confiée à nos services.

La FNAT a privilégié un travail sur l'Éthique en s'appuyant sur une approche novatrice car elle prend naissance à partir de la pratique des professionnels de terrain. La nécessité de susciter une réflexion collective nationale, de croiser les pratiques, d'en évaluer la pertinence et d'en développer une éthique commune à la profession, constituent à terme les objectifs que nous nous sommes fixés au niveau de notre réseau.

Proposition de la FNAT :

Notre Fédération approuve sans réserve toute démarche qui aurait pour objectif de faire émerger une déontologie et ou une Éthique commune à tous les professionnels MJPM. C'est l'objectif du groupe de travail auprès de la DGCS et auquel la FNAT est associée.

La notion d'opposition d'intérêts.

Dans une profession où la confiance est une valeur cardinale, nous recommandons à ce que les travaux qui pourraient porter sur l'Éthique et la Déontologie puissent aborder la notion d'opposition d'intérêts susceptibles de parasiter les relations entre la personne protégée et l'organe protecteur.

De façon générale, l'exercice désintéressé de la mission de protection marque une limite des pouvoirs des organes protecteurs, avec la notion cardinale d'intérêt du majeur protégé. Ne pas s'abstenir face à l'opposition d'intérêts exprime un manquement grave à la mission pour non-exécution d'un devoir impératif de se faire remplacer (désignation d'un mandataire ad'hoc). Ainsi la gestion patrimoniale suppose d'agir exclusivement dans l'intérêt du seul majeur, directement ou de manière substituée, le cas échéant. La vertu dissuasive de la sanction (nécessité d'une règle) doit encourager à organiser le remplacement pour prévenir l'opposition. L'opposition d'intérêts signifie que l'organe protecteur a un intérêt personnel à la réalisation d'un acte par le majeur protégé et ne peut donc être qualifié d'objectif dans sa mission d'assistance ou de représentation.

Le fait que l'opposition d'intérêts ne soit pas prévue par un texte ne signifie pas qu'elle est inexistante. Bien qu'elle ne soit pas « présumée » par un texte, l'opposition d'intérêt peut néanmoins être démontrée par tous moyens, à la charge de celui qui la critique.

Propositions de la FNAT :

Il ne serait donc pas complètement incongru de prévoir des règles précises pour neutraliser et interdire clairement les cas où la notion d'opposition d'intérêts se poserait dans la mise en œuvre d'une mesure de protection (assistance ou représentation). Cela aurait le mérite de lever le doute sur une profession qui est vite montrée du doigt à tort ou à raison (cf. le dernier reportage de France 5).

7. LA QUESTION DU FINANCEMENT DES SERVICES MJPM

Depuis quelques années, nos organismes et services MJPM sont confrontés à une période de fortes contraintes budgétaires. Les taux d'évolution budgétaire (cf. circulaire budgétaire pour les services MJPM et DPF 2017) qui laissent très peu de marges de manœuvres aux services.

Par ailleurs, dans le cadre de la réglementation budgétaire issue du décret d'oct. 2003, l'action du financeur public est balisée par deux grandes règles :

- **L'enveloppe limitative nationale** déclinée en enveloppes limitatives régionales (**DRL** = Dotation Régionale limitative),
- **La convergence tarifaire** dont l'objectif est la réduction des écarts entre les tarifs appliqués à des services et établissements analogues et comparables.

Ainsi, tous les services doivent composer avec ces éléments réglementaires mais également avec une conjoncture économique pas toujours favorable.

Selon la terminologie consacrée, le mode d'allocation des ressources – pour ne pas dire financement- des services MJPM a été complètement remanié et pensé afin de donner plus de manœuvres aux gestionnaires des services et réduire les disparités de financement entre services. Cette dotation est calculée à partir d'un ensemble de données afin d'évaluer la charge de travail en fonction de certains indicateurs plutôt quantitatifs et ce pour prendre en compte l'activité réelle des services.

Un sous-financement chronique : Malheureusement la réalité est tout autre. En effet depuis de nombreuses années, notre Fédération est saisie par les services MJPM adhérents subissant une forte pression dans le cadre des campagnes budgétaires. Au fil des années l'étau se resserre à tel enseigne que le point de rupture est en passe d'être atteint. Pour preuve de cette dégradation budgétaire des services, l'insuffisance des taux d'évolution des groupes fonctionnels de la DGF qui sont figés depuis des années.

En parallèle, nous assistons depuis des années à une réelle déconnexion entre les budgets alloués aux services et l'augmentation de leur activité. Ce phénomène cumulé à l'inflation des prix et des différentes prestations (énergie, primes d'assurance, valeur de points dans les conventions collectives, etc.) installe un sous-financement chronique des services MJPM.

Une procédure budgétaire à revoir : Par ailleurs, il est temps que la procédure contradictoire en matière budgétaire puisse être appliquée dans l'esprit du décret budgétaire et comptable d'oct. 2003, à savoir, un réel échange argumenté et motivé entre les services en demande de crédits et l'autorité de tarification. Il convient également que le calendrier puisse avoir un ordonnancement cohérent et logique où un service n'aurait pas à déposer son budget prévisionnel N+1 alors même que son budget N n'a pas été autorisé.

Dans ce même esprit du contradictoire, les modifications ou les abattements proposés par l'autorité de tarification doivent être motivés et collés à la réalité de chaque service et ne se contentant pas de reprendre uniquement les grandes orientations fixées dans la circulaire budgétaire. Cette année, les DDCS ont largement utilisé l'argument liés à la Valeur Point Service (VPS) pour appliquer des abattements budgétaires aux services dont la VPS dépasserait la valeur 13.

Il est temps de mettre un peu plus d'intelligence et de bon sens dans le financement des services. Il convient de consacrer une analyse plus fine des demandes de crédits et ce en tenant compte tout d'abord de l'activité réelle mais également des différences liées aux réalités de chaque service, à l'organisation et à l'histoire de chaque organisme : statuts des personnels – application de conventions collectives différentes d'un service à l'autre -, la localisation en milieu urbain ou rural, la pyramide des âges impactant directement le taux GVT, la couverture d'un territoire plus ou moins grand nécessitant ou non la création d'antennes, des temps de déplacement, etc.

8. UN FINANCEMENT PERENNE DE L'ISTF

La réforme de la protection juridique des majeurs réaffirme le principe de la primauté familiale et appelle à accompagner les membres de la famille susceptibles d'être nommés tuteur pour l'un de leurs proches. Ce principe a été posé par l'article L 215-4 du CASF, complété par le décret du 30 décembre 2008 relatif à l'information et au soutien des personnes appelées à exercer ou exerçant une mesure de protection juridique des majeurs. Depuis janvier 2009, le juge a également la possibilité de désigner plusieurs tuteurs ou curateurs chargés d'exercer en commun la mesure de protection. Mais l'aspect budgétaire de cet accompagnement n'a pas été abordé dans les textes.

Dans le courant du 3^{ème} trimestre, les pouvoirs publics ont entre ouvert à hauteur de 3 millions d'euros pour l'ensemble du territoire un financement non pérenne pour la mise en place d'un dispositif d'information et de soutien aux tuteurs familiaux.

Après plus de 10 ans de mise en application de la loi, le constat est sans appel sur l'absence de soutien réel aux tuteurs familiaux alors même que le dispositif repose sur une assise légale.

Les services mandataires judiciaires à la protection des majeurs ne disposent pas de budget spécifique pour mettre en place des dispositifs d'aide aux tuteurs familiaux. Certes, certains systèmes ont été développés ces dernières années mais de l'avis général, ce développement reste aléatoire, l'aide aux familles dépendant le plus souvent d'initiatives locales mises en œuvre par les associations dans le cadre d'une démarche inter fédérative. Il en résulte une certaine disparité sur le territoire quant à cette possibilité d'aide et de de soutien aux tuteurs familiaux.

Propositions de la FNAT :

Donner aux familles les moyens de s'acquitter de leur mission naturelle de protection de leurs proches. En effet, cette carence en matière d'aide et d'appui aux tuteurs familiaux conduit les familles à renoncer à exercer elle-même la mesure. Ainsi, l'engagement des familles auprès des personnes protégées doit être encouragé de manière prioritaire par un effort budgétaire de l'Etat, qui a tout intérêt à favoriser une croissance du nombre de tuteurs familiaux et juguler ainsi les mesures dont le financement repose sur la collectivité.

9. LA NOTION D'ACCOMPAGNEMENT

En préambule à notre discussion sur la notion d'accompagnement, nous tenons à préciser que cette question a fait l'objet d'un travail commun de l'interfédération autour d'une définition partagée. Pour ne pas alourdir le propos, ce document déjà remis à la DGCS vous sera transmis en annexe de la présente contribution.

La FNAT constate avec étonnement qu'au cours des travaux avec la direction générale de la cohésion sociale (DGSC) et la direction des affaires civiles et du Sceau (DACS), émerge « la notion d'accompagnement » comme une nouvelle figure du droit, malgré l'absence de trace dans le code civil. Elle n'en nie pas l'existence mais se pose la question de l'objectif recherché d'une telle mise en exergue de cette notion ?

Les professionnels de la protection juridique des majeurs sont très partagés sur le sens et le contenu de la notion d'accompagnement. Pour les uns, elle serait trop connotée sociale. Pour d'autres, elle serait un outil – *emprunté aux techniques du travail social* - indispensable pour la mise en œuvre de la mesure de protection. La notion d'accompagnement au sens tutélaire n'est pas assez définie. Elle **reste trop floue, et génère des interrogations et confusions auprès du majeur lui-même et des autres partenaires professionnels** qui gravitent autour de la mesure de protection et ont tendance à se retirer dès lors qu'une mesure de protection est prononcée.

Le terme d'accompagnement ne figure pas dans la réglementation actuelle des mesures de protection juridique dans le du code civil. Il est le qualificatif de la mesure d'accompagnement judiciaire (Code civ. art. 495), composante des mesures sociales comme aussi la mesure d'accompagnement social personnalisé (CASF). On comprend la source possible de confusion alors que le législateur de 2007 a clairement voulu empêcher les dérives en séparant les deux types de protection aux objectifs très différents. **Il faut également songer aux tiers qui pourrait confondre un majeur encadré pour ses prestations sociales et celui protégé par une mesure de protection juridique.** Le droit civil de la protection, qui garantit les libertés, pourrait reculer au profit d'une logique exclusivement sanitaire et sociale.

Il sera observé que dans leur pratique éthique de la mission de protection, toujours perfectible pour s'améliorer sans cesse, les professionnels ont pour but de respecter la dignité et l'individualité des majeurs dont ils ont la charge, en faisant montre, avec psychologie, de la plus grande écoute possible,

tant dans le domaine de la protection de la personne que celle des biens. Sans entrer dans le détail (V. CASF), pour une meilleure appréhension de la vulnérabilité, **le document individuel de protection des majeurs, outre les diverses obligations à la charge du mandataire de protection, obligent à prendre en considération et respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne.**

Plus de moyens ne peuvent qu'aider une telle pratique de terrain traduite aussi par l'aide et le conseil.

Cette démarche constante dans la mise en œuvre des règles de la protection, afin de favoriser l'autonomie de tout majeur dans la mesure du possible, ne doit pas être confondue avec la règle de droit elle-même qui exige précision et clarté pour sa correcte mise en œuvre, donc déjà des définitions.

L'accompagnement protecteur / ou de protection /ou juridique, selon l'appellation qui pourrait être retenue pour éviter la confusion avec l'accompagnement social, semble se rapprocher de la décision accompagnée ou assistée. Dans sa condamnation des décisions substitutives, le Comité des droits des personnes handicapées rejette tant la représentation que l'assistance. D'autres réflexions réservent la technique de l'assistance. Celle-ci pourrait être généralisée ou, introduite par exception, lorsque le majeur devrait être davantage aidé pour être mieux protégé en exerçant son autonomie. **D'autres encore ne rejettent pas complètement la technique de la représentation, à condition qu'elle soit exceptionnelle.**

Il faut donc déjà s'entendre sur le contenu de l'accompagnement et la (ou les) technique à mettre en œuvre et comment, avec la répercussion sur le mode de rémunération du professionnel en charge. Dans le projet de programmation de la justice 2018-2022 (art. 16), l'assistance est une des techniques comme la représentation, qui n'est pas réservée à des cas exceptionnels.

Si jamais l'assistance est généralisée pour toutes les mesures ou dans l'optique d'une mesure unique (avec une possibilité ouverte de modulation de capacité du majeur pour agir seul), lorsque la représentation sera exceptionnellement admise, il conviendra de dénommer la mesure pour la distinguer de celles comportant exclusivement l'assistance.

Il faudra surtout que l'autorité qui délivre le pouvoir fixe avec précision les contours exacts de la mission confiée pour faciliter son exercice et les relations avec les tiers. Ce pourrait être avec une liste d'actes énumérés, comme pour la mission du mandataire spécial en sauvegarde de justice. L'individualisation devrait être recherchée. Par ailleurs, la personne protégée pourrait avoir anticipé sa future vulnérabilité et laissé des consignes ou directives pour son accompagnement, toujours d'actualité pour appréhender sa situation présente. Il faudrait informer le public de cette possibilité. Il conviendrait de recueillir l'expression de cette volonté par un support dédié, à réglementer, ou, à défaut de pouvoir interroger l'entourage proche, et s'adapter toujours à la situation contemporaine à envisager.

10. LA QUESTION DE LA RESPONSABILITE

Conscient de l'éventualité de la responsabilité des organes protecteurs, le législateur a imposé une obligation d'assurance aux professionnels exerçant en tant que MJPM. Dans le cadre associatif, la police d'assurance est souscrite par l'association personne morale.

En arrière-plan de toutes les discussions à la DACS sur la mesure unique, la déjudiciarisation, le recentrage de l'office du juge,... se pose la question de la responsabilité des MJPM qui semble mécaniquement aller de pair avec un juge en retrait.

Nous pensons que l'impact de cette réforme, si elle est menée à terme, serait plus important que celui induit par la loi du 5 mars 2007.

D'après les débats cette mesure unique devrait être accompagnée par un recentrage de l'office du juge sur les temps forts de la mesure de protection (ouverture, transformation, mainlevée). Ainsi, le juge ne serait plus amené à se prononcer sur des questions sur le logement, les placements financiers, sur les actes en lien avec la santé de la personne protégée, etc. Il se recentrerait sur une de ses principales missions qui est celle de « gardien des libertés ».

Tel le principe des vases communicants, les actes sur lesquels le juge ne serait plus amené à se prononcer basculeraient ainsi dans le périmètre de compétence du mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Cet élargissement du périmètre d'intervention et d'autonomie du MJPM aurait pour corollaire une responsabilité renforcée du MJPM. La FNAT considère que cette évolution ne pourrait se faire à statut constant pour les MJPM.

Les craintes de la FNAT sont en lien avec l'autonomie encouragée des majeurs protégés et leur accompagnement dans un contexte de déjudiciarisation, obligent à prendre concrètement en compte la situation des personnes chargées de la protection, à savoir leur rôle exact et leur responsabilité consécutive.

Il en va d'autant plus que le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 (art. 17) alourdit les obligations des personnes assumant la protection en organisant le contrôle interne.

Pour l'effectivité du dispositif, le volet primordial des moyens à disposition ne doit pas être occulté. Il faut trouver un équilibre entre la viabilité économique de l'activité des MJPM, sous peine de ne pas susciter des vocations indispensables face aux besoins croissants avec le vieillissement de la population, et l'exécution personnalisée et effective de la mission confiée.

Depuis quelques mois, de nombreux services MJPM ont fait part au représentant de l'Etat et aux juges des tutelles de leur inquiétude quant à leur incapacité à exercer leur mission de protection dans les conditions de sécurité minimum. Il en résulte un risque fort de détérioration de la qualité de prise en charge des personnes protégées, une surexposition des professionnels au phénomène d'usure et de violence (plusieurs dizaines d'agressions ont été signalées ces derniers mois), etc.

Les travaux en cours à la DACS ne peuvent occulter la question des moyens qui est au centre de nos questionnements en tant que professionnel. Une réforme qui se bornerait exclusivement à réduire les moyens injectés dans le dispositif de protection des majeurs serait une réforme qui aurait largement failli à ses objectifs.

Si la tâche du juge judiciaire doit être recentrée, et si le majeur est susceptible de prendre des risques, ce qui motiverait la suppression de la décision substitutive, ou des autorisations judiciaires, ceux-ci ne doivent pas être transférés, au final, à la charge des MJPM.

Leur accès à une couverture assurantielle et son coût sont également à envisager.

11. LE POINT DE DEPART DU DELAI DE PRESCRIPTION DE L'ART. 515 DU CODE CIVIL

La responsabilité des mandataires judiciaires à la protection des majeurs au regard de la prescription quinquennale de l'article 515 du code civil est perçue comme une épée de Damoclès par une très grande majorité de professionnels. Il ne s'agit nullement pour les professionnels que nous représentons de se défilier face à leur responsabilité.

Nous ne traiterons pas à cette place la question de la durée l'archivage – et des coûts y afférents - qui est directement liée à la question de la prescription. Nous fondons beaucoup d'espoir sur les solutions que la digitalisation de notre activité pourrait nous apporter.

Aussi, nous proposons que cette prescription quinquennale commence à courir à partir du moment où la mesure n'est plus exercée par le service (mainlevée, décès et transfert).

Le problème ne concerne donc pas la durée mais le point de départ de cette prescription. L'optique est ainsi de prendre en considération le fait que la personne initialement désignée n'est plus en charge personnelle de la protection.

On peut tirer quelques arguments du code civil et notamment en prenant appui **sur l'article 514, alinéa 1er**, du Code civil qui, sauf exception impose des obligations à l'organe protecteur dès la fin de sa mission : «**Lorsque sa mission prend fin pour quelque cause que ce soit, le tuteur établit un compte de gestion des opérations intervenues depuis l'établissement du dernier compte annuel et le soumet à la vérification et à l'approbation prévues aux articles 511 et 513**» .

Son alinéa 3 montre la transition opérée entre les protecteurs successifs : «**Dans tous les cas, le tuteur remet aux personnes mentionnées au deuxième alinéa du présent article les pièces nécessaires pour continuer la gestion ou assurer la liquidation de la succession, ainsi que l'inventaire initial et les actualisations auxquelles il a donné lieu** ». Tout cela doit intervenir dans les tous meilleurs délais, même si rien n'est précisé dans le texte. Cela se déduit de la suite.

Son alinéa 2 ajoute : «**En outre, dans les trois mois qui suivent la fin de sa mission, le tuteur ou ses héritiers s'il est décédé remettent une copie des cinq derniers comptes de gestion et du compte mentionné au premier alinéa du présent article, selon le cas, à la personne devenue capable si elle n'en a pas déjà été destinataire, à la personne nouvellement chargée de la mesure de gestion ou aux héritiers de la personne protégée** ».

12. L'ELABORATION DU DIPM AVEC LA PERSONNE PROTEGEE

Conformément aux principes fondamentaux de la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale garantissant à toute personne prise en charge l'exercice des droits et libertés individuelles, les MJPM doivent élaborer avec la personne majeure protégée, un Document Individuel de Protection des Majeurs (DIPM) : Art. L.471-8 et D.471-8 du code de l'Action Sociale et des Familles

« La participation du majeur à sa mesure de projection doit être favorisée en recherchant son adhésion et son implication autant que faire se peut, c'est pourquoi il participe à l'élaboration de son Document Individuel de Protection des Majeurs. »

Le DIPM constitue le document cadre du suivi de la personne. Il nécessite de placer le majeur protégé au centre du projet, d'agir selon une approche globale et de travailler en synergie avec tous ceux qui gravitent autour de la personne (acteurs institutionnels, familles et proches).

Face à l'angoisse de certaines personnes protégées mais également pour d'autres raisons (lenteurs administratives, récupération d'informations sensibles, etc.), force est de constater que les DIPM réalisés ne le sont pas forcément dans les délais imposés par la Loi (dans les 3 mois suivant la notification du Jugement).

L'outil doit faire sens pour la personne protégée et peut nécessiter plusieurs rencontres ainsi qu'un temps d'assimilation plus ou moins important. D'autant que concernant les Majeurs protégés en établissement médico-social, les MJPM sont amenés à prendre en compte la préexistence d'un projet individualisé ou personnalisé, ce qui n'est pas pour faciliter l'élaboration du DIPM.

Propositions de la FNAT :

- Doubler le délai d'élaboration du DIPM : le délai de 3 mois est trop court pour la mise en place d'une relation de confiance entre la personne protégée et le professionnel,
- Remplacer le DIPM par un document unique lorsque la personne est usager de plusieurs ESMS. Cette simplification serait gage de cohérence et de lisibilité pour des personnes en situation de vulnérabilité.

13. QUESTIONNEMENT AUTOUR DU SECRET PROFESSIONNEL DES MJPM

La FNAT attire l'attention sur les incertitudes et contradictions des textes qui subsistent autour des conditions de partage d'informations des Mandataires Judiciaires à la Protection des Majeurs avec d'autres professionnels :

Sont-ils soumis à une obligation de confidentialité ou au secret professionnel ?

Le MJPM se doit, dans l'exercice de son mandat, de recueillir des informations concernant la vie privée de la personne protégée.

Certes, le nouvel article L.1110-4 du code de la santé publique dispose que « toute personne prise en charge par un professionnel du secteur médicosocial ou social ou un établissement ou service social ou médicosocial (...) a droit au respect de sa vie privée et au secret des informations le concernant », conformément à sa prestation de serment.

Pour autant, aucun texte spécifique ne fait directement du MJPM un dépositaire du secret au sens de l'article 226-3 du code pénal. Et pour cause, le Code de l'Action Sociale et des Familles qui régit son activité, précise en son article L.311-3 CASF, dans son 4° que les établissements et services sociaux et

médico sociaux (donc les services MJPM) doivent assurer « la confidentialité des informations concernant la personne ». Le nouvel article L.1110-4 du CSP : s'il fait état du secret de l'information, il ne fait d'ailleurs aucun renvoi direct au code pénal.

Par ailleurs, ce nouvel article L.1110-4 du CSP ne vise pas la profession de MJPM en tant que tel, mais son appartenance à un service médico-social. Y a-t-il lieu de viser, en sus des MJPM, tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes ? Cette lecture du texte engendrerait une incohérence et une distinction qui n'a pas lieu d'être car l'alinéa 1er ne viserait pas les MJPM individuels.

Propositions de la FNAT :

Le secret des informations concernant la personne étant régit dans le CSP, ne faut-il pas considérer que le Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs est tenu au « secret » des informations qu'il détient sur la personne protégée, que dans le cadre de son parcours de soin et n'y est pas astreint de façon générale. Et qu'en dehors du parcours de soin de la personne protégée, le MJPM, s'il détient des informations à caractère personnel, relèvent d'une obligation de confidentialité ?

En l'absence de texte, une interprétation littérale laisse à penser qu'il ne s'agit pas du secret professionnel, mais du devoir de confidentialité. D'autant que dans les faits, les notions de « Mandat » et « Secret professionnel » semblent difficilement compatibles : le MJPM est auxiliaire de justice ; il est de l'essence même de la mission de MJPM d'être constamment dépositaires d'informations qui relèvent de l'intimité de la personne protégée et dont il doit rendre compte.

14. LA COMMUNICATION POSITIVE SUR LA PJM ET LE LANCEMENT D'UN DEBAT DE SOCIETE

La nécessaire amélioration de la communication autour du métier comporte principalement deux aspects

- Communication auprès des partenaires :

Le métier de MJPM (son cadre et ses limites), les différentes mesures de protection et leurs caractéristiques sont mal connues des professionnels qui gravitent autour de la mesure de protection et du grand public, faute de visibilité (information/formations) de la profession au niveau national.

Les personnes protégées sont souvent "bridées" dans leur démarche à partir du moment où elles annoncent bénéficier d'une mesure de protection juridique, et tout particulièrement auprès des établissements bancaires et professionnels de santé. Au-delà de la communication, une action de formation, de vulgarisation et d'harmonisation des pratiques serait salutaire

Si certaines initiatives de MJPM s'organisent localement à destination des partenaires pour mieux les informer sur les dispositifs de la protection juridique elles restent insuffisantes en termes d'impact et sont chronophages.

- **Communication positive sur la protection juridique des majeurs :**

Le secteur de la PJM fait souvent l'objet d'une exposition médiatique négative à l'occasion de reportages ou d'articles de presse à partir de cas soigneusement sélectionnés par les journalistes. Ces cas ne doivent pas être l'arbre qui cache la forêt de l'écrasante majorité de mandataires judiciaires qui agissent, avec intégrité et compétence, dans l'intérêt des personnes qui leur sont confiées.

Malheureusement cette couverture médiatique a tendance à se répéter de façon séquentielle et à entacher l'ensemble des professionnels agissant auprès des personnes vulnérables.

Force est de constater qu'aucune autorité publique (Chancellerie ou Ministère des Affaires Sociales) n'a estimé nécessaire d'apporter un démenti ou un quelconque soutien à toute une profession traînée dans la boue.

Aussi, nous proposons que cette question puisse faire l'objet d'une réflexion suivie d'une action en vue de communiquer positivement sur la profession et sur l'apport de la protection juridique pour notre société.

Cette initiative pourrait faire l'objet d'une mission parlementaire dans le cadre d'une demande conjointe de Mme Nicole Belloubet, Ministre de la Justice et Mme Agnès Buzyn, Ministre des Solidarités et de la santé.

C'est une piste que nous avons commencé à esquisser avec la Direction Générale de la Cohésion Sociale (groupe de travail sur l'Éthique et la déontologie du MJPM)



Fédération **N**ationale des **M**andataires
Judiciaires **I**ndépendants
à la **P**rotection des **M**ajeurs

Contributions
au groupe de travail interministériel
sur
LA PROTECTION JURIDIQUE DES
MAJEURS VULNERABLES

13 Juin 2018

Siège social : Parc Georges Besse
Maison des Professions Libérales
85 Allée Norbert Wiener
30 035 NIMES cedex 1
Siret N°532 316 619 00016
www.fnmji.fr

Contributions de la FNMJI au groupe de travail interministériel sur LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS VULNERABLES

Objet : Contributions Générales n°1

Date : 13 juin 2018

PROPOS INTRODUCTIF

La Loi du 5 Mars 2007 est une loi d'envergure, respectueuse des droits de la personne protégée. Les principes de subsidiarité, de proportionnalité, de nécessité doivent régir la prise de décision du magistrat ; les principes d'autonomie, du respect des libertés individuelles et des droits fondamentaux, de la dignité de la personne, de l'intérêt de la personne, la primauté de ses choix et ses préférences comme finalité et objectif de la mesure de protection gouvernent le mandat judiciaire et l'action du mandataire.

Les Assises Nationales de la Protection Juridique des Majeurs (PJM) qui se sont déroulées les 7 et 8 novembre 2017 à Paris ont mis en évidence que les professionnels que nous sommes ont su s'approprier ce dispositif, ont su modifier leurs pratiques, ont su individualiser et personnaliser les mesures qui leur sont confiées.

Le système est néanmoins perfectible, comme tout dispositif existant. Aussi, doivent être envisagées des modifications législatives émergeant des réflexions liées à la philosophie même de la Protection Juridique des Majeurs.

Notre dispositif conserve encore quelques traces de l'ancien régime de la loi de 1968 et de cette culture de la protection paternaliste qui, au nom de l'intérêt général de protection, peut induire la négation de ce que souhaite la personne. Les textes non harmonisés entre le Code Civil, le Code de la Santé Public ou le Code de l'Action Sociale et des Familles entretiennent la confusion mineur/majeur protégé extrêmement infantiliste – la confusion tuteur familial/MJPM professionnel ou utilisent un vocabulaire spécifique avec un sens différent (nous le verrons ultérieurement s'agissant de l'accompagnement) et portent ainsi atteinte aux droits fondamentaux de la personne vulnérable et à sa dignité.

Il nous paraît essentiel d'instaurer un nouveau dispositif législatif consacrant la capacité juridique et les moyens de mise en oeuvre.

Réaffirmer dans les textes la capacité juridique de toute personne, le principe d'agir seul, d'émettre une volonté (toute mesure confondue), de la prendre en compte quelle qu'elle soit et s'en faire le témoin, le soutien, le défenseur : il ne s'agit pas ici de donner son propre avis sur la situation, d'agir selon ses propres représentations morales et sa culture, sur ce que nous estimons bien ou mal, mais de mettre en lumière et faire valoir la volonté et bien souvent dans le domaine des droits personnels de témoigner, se faire le relais de la volonté exprimée.

Une fois informée de façon appropriée, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne : il n'existe pas de « tutelle à la personne » ni de « curatelle à la personne »[...] L'assistance est ponctuelle, restrictive, elle ne doit pas se systématiser et devenir une curatelle à la personne dont la loi n'a pas voulu : l'autonomie du majeur doit ré-émerger en toute occasion possible[...] ; la représentation restant exceptionnelle.¹

L'instauration de la mesure unique pourrait avoir pour vocation première de réaffirmer le principe de capacité juridique, faire disparaître les notions de tutelle et curatelle, stigmatisantes pour la personne, à l'image de la sauvegarde de justice avec mandat spécial, mesure de protection qui ne porte pas atteinte à la capacité de la personne et que nous pourrions réinventer.

Une mesure unique au sein de laquelle **l'information deviendrait un principe général**, principe qui deviendrait effectivement la pierre angulaire de la mesure de protection juridique et d'où découlerait nécessairement la posture et la pratique professionnelle de tout MJPM.

Une mesure unique dans laquelle il convient de conserver l'essence de la fonction du **juge, gardien des libertés individuelles et directeur du mandat**, avec **un domaine d'actes protégés** relevant de sa seule compétence, comme le logement par exemple et avec **un régime des autorisations allégé** entérinant ainsi une pratique déjà existante lorsque les requêtes sont présentées par les professionnels et recentrant ainsi le juge sur la gestion des conflits et la recherche de l'intérêt de la personne en cas de difficulté.

Ce dispositif législatif, pour être efficace et réellement protecteur de la dignité des personnes vulnérables doit être indéniablement complété par un ensemble d'actions et/ou de textes afin d'atteindre les objectifs essentiels.

L'amélioration de la connaissance des tiers sur la mesure de protection est une priorité, une condition sine qua non à l'instauration d'une société responsable et bientraitante. *La protection juridique doit être supportée par l'ensemble de la société civile pour garantir une certaine approche éthique*². Cette connaissance trop approximative des droits des personnes protégées, du contour du mandat judiciaire, des techniques juridiques d'assistance et de représentation, du rôle, des compétences et des devoirs des autres composantes de la société, de la collectivité toute entière, du droit au risque et à l'erreur engendrent de vraies problématiques de terrain qui doivent être notamment solutionnées par :

- La formation initiale et continue des acteurs (Services sociaux, Juges des tutelles, Médecins, MJPM)
- Une politique publique de communication d'envergure à laquelle l'Etat semble s'être engagé dans le groupe de travail national sur l'Éthique et la Déontologie piloté par la DGCS.

Repenser globalement la question du/des contrôles, des champs de compétence et des responsabilités de chacun. Réaffirmer le pouvoir de surveillance générale du juge inscrit dans l'article 416 du Code civil et parce que le juge reste le directeur du mandat, il doit pouvoir être en mesure de délivrer un quitus annuel à l'auxiliaire de justice qui lui rend compte de sa mission chaque année. L'externalisation des contrôles des comptes de gestion pourrait être envisagée mais sur un aspect exclusivement comptable,

¹ Cf. Les Tutelles, Accompagnement et protection juridique des majeurs ; T. Fossier, M. Bauer, E. Vallas-Lenerz (Référence Action Sociale 5^{ème} édition 2011) page 206 et 208.

² P. Morin, intervention Colloque EHESP des 5 et 6 juin 2018

à la condition que la question du règlement des frais soit abordée de manière pragmatique afin de ne pas gangrener le budget de personnes déjà fragilisées.

Enfin s'agissant de la question plus générale des contrôles du MJPM, l'articulation évidente entre les pouvoirs du juge et ceux des DDCS doit être clairement posée amenant ainsi à définir le contrôle de l'activité et le contrôle du mandat.

La création d'un **véritable statut du Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs**, auxiliaire de justice, garant de l'effectivité des libertés individuelles.

- L'affirmation du statut d'auxiliaire de justice
- La question du Remplacement des MJPM exerçant à titre individuel
- L'instauration d'un diplôme et d'une formation initiale et continue
- Un dispositif de financement suffisant et fiable
- Une éthique et une déontologie commune

La création d'un Organe National Pluridisciplinaire dont le rôle est à construire mais qui pourrait en plus d'une mission d'observatoire générale et/ou de pilotage national, pourrait être saisi des questions d'éthique et de déontologie, de régulation, de contrôle et pourquoi pas, se décliner en Région pour être au plus près des spécificités territoriales.

NB : ces trois derniers points : le contrôle, le statut du MJPM et la réflexion autour d'un organe national feront l'objet d'une seconde contribution.

Réaffirmer la capacité juridique de la personne vulnérable

En consacrant un socle commun relevant du domaine personnel

De manière générale, la consécration d'un socle commun relevant du domaine personnel a pour conséquence d'écartier l'intervention du juge et d'affirmer que le MJPM ne peut ni assister ni représenter la personne protégée. C'est sans doute ici que l'information a son rôle à jouer et prend le relais de l'action.

Réaffirmer la capacité juridique en créant un socle commun relevant du domaine personnel revient également à sortir de l'infantilisation d'une société qui a peur que les personnes protégées agissent seules et/ou agissent « mal ». C'est enfin accepter le droit de prendre des risques ou de faire des erreurs, « *la possibilité pour les majeurs vulnérables de décider pour eux-mêmes, aspect le plus essentiel de la concrétisation du principe d'autonomie* »³.

C'est aussi et surtout ne pas se retrancher systématiquement derrière la fin de l'alinéa 1 de l'article 459 du code civil : « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne [...] **dans la mesure où son état le permet** [...] » et accepter d'entendre et écouter la parole de la personne protégée.

Sur le droit de vote

Le droit de vote est un élément constitutif de la citoyenneté d'une personne et reste une substance de sa liberté au sens politique du terme. Il est effectivement fondamental et doit être réaffirmé. Si les textes et principes fondateurs de notre droit sont respectueux des libertés fondamentales, la difficulté réside davantage dans la mise en œuvre des textes que dans les textes eux-mêmes.

Le vrai débat doit se recentrer sur l'effectivité de ce droit fondamental pour toutes personnes en situation de handicap ou de dépendance, protégées ou non.

Dans le cadre d'une mesure de protection juridique, le MJPM peut s'efforcer de mettre en place les moyens (interpeler la famille, une auxiliaire de vie pour l'accompagnement physique, etc) pour favoriser l'exercice de ce droit, sans nécessairement en garantir le résultat.

A-t-on une réponse à cette problématique de société qui est bien plus large que la seule PJM ?

La question du droit de vote va bien au-delà de la seule PJM, elle doit être traitée de manière identique pour tous citoyens en situation de handicap et dans l'impossibilité de participer activement à un scrutin malgré sa volonté.

Dans le cadre de la PJM, la suppression du droit de vote ne doit pas être érigée en principe mais être le résultat d'une appréciation de la situation fondée sur des éléments médicaux et des circonstances exceptionnelles. L'insuffisance de motivations des certificats médicaux circonstanciés et des décisions de justice est à déplorer.

³ « Protéger les majeurs vulnérables : l'intérêt de la personne protégée » 2017 Dans Presses de l'EHESP - Préface Jacques Toubon

Sur la santé

Le principe du consentement personnel du majeur protégé quelle que soit la mesure de protection doit être réaffirmé et surtout entendu.

Le consentement du majeur doit être recueilli. Le tuteur n'intervient que pour vérifier le processus d'information et de recueil de consentement.

Il est impossible d'affirmer concomitamment que la volonté de la personne protégée doit être entendue et permettre à un tiers de donner un avis qui sera déterminant.

En cas de refus, même en tutelle, le soin ne peut être mis en place.

La FNMJI insiste sur l'importance de distinguer si la personne protégée est consciente ou non.

La situation du majeur protégé inconscient est particulière : dans cette situation, le **témoignage** du tuteur peut être recueilli. Il s'agit d'un témoignage et non d'un avis personnel à donner sur une intervention, la limitation ou l'arrêt des traitements ... Dans la situation particulièrement difficile où la décision consiste à limiter ou arrêter les traitements, une procédure collégiale peut être engagée par le médecin qui prend in fine la décision, en sa qualité de spécialiste (*article R.4127-37-2 du code de la santé publique*).

*D'une manière générale, les textes doivent être éclaircis, redonner la primauté au consentement de la personne protégée et **donner à la parole du MJPM la qualité d'un témoignage** et non d'un avis.*

Concernant la santé, le médecin restant le seul spécialiste, à même d'analyser la situation et de convoquer une procédure collégiale qu'il estimera nécessaire ou non.

Sur le mariage, le divorce...

Les exemples où le consentement de la personne protégée ne suffit pas, où nous doutons de sa capacité de jugement et de raisonnement sont nombreux et nous pénétrons, sous couvert de la loi, dans la sphère intime et affective de la personne car évidemment, nous, MJPM, Juge, Législateur, Société, savons mieux que lui ce qui est bon pour lui...

Cette conception paternaliste perdue, laissant peu de marge d'erreur, encadrant toute action, protégeant, interdisant, comme nous le ferions avec un enfant.

Il est grand temps de se défaire des jugements de valeur que nous portons sur la vie d'autrui et de réellement adapter son action à la volonté de la personne protégée.

Cependant, il nous paraît fondamental de distinguer ce qui est de l'ordre de la volonté et du consentement de ce qui est de l'ordre des conséquences patrimoniales engendrées par la naissance d'un acte juridique, un contrat ou par sa résiliation ou rupture, sans toutefois, en pratique, tomber dans le travers d'une exigence normée qui tendrait à vouloir imposer par exemple de manière systématique un régime de séparation de biens au motif qu'un des époux bénéficie d'une mesure de protection. L'exigence consistant à apporter l'information adéquate sur les conséquences du mariage est cependant une évidence.

Réaffirmer la capacité juridique, c'est prendre véritablement en compte la volonté du majeur et adapter son action aux conséquences patrimoniales liées à ce choix personnel.

Il faut donc distinguer les actes ou contrats dont le consentement ne peut être donné que par la personne protégée et les conséquences patrimoniales sur lesquelles le MJPM pourra intervenir.

Sur l'assistance obligatoire du majeur protégé par un avocat

Souhaitant mettre en avant les capacités de majeurs protégés, nous ne pouvons que réfuter un argumentaire qui porterait sur l'assistance obligatoire de l'avocat. Positionner de manière systématique un avocat, en acteur des droits de la Défense, c'est positionner, dès le début, le MJPM et le juge contre le majeur protégé et donner par conséquent une image dégradée de l'action positive qui résultera de la mesure de protection. Le MJPM est LE défenseur des droits de la personne protégée. C'est sa qualité première.

En consacrant une mesure unique « capacitante »

Le Comité des droits des personnes handicapées, mais aussi les rapports de la Cour des Comptes et du Défenseur des Droits, ont mis en lumière les décisions standardisées, les mesures de représentation trop importantes avec un manque d'individualisation et de graduation⁴.

Or le travail d'ajustement de la mesure à la situation de la personne protégée se fait sur le terrain, par le MJPM qui est désigné pour individualiser, personnaliser la mesure grâce à son évaluation de la situation, de par la connaissance qu'il détient du mode de vie et des possibilités de la personne protégée.

Aucune curatelle ou tutelle ne sera gérée de la même manière. Alors que le MJPM détient le même jugement, qu'il détient donc les mêmes pouvoirs, il apparaît évident qu'il n'exercera jamais son mandat de curatelle renforcée de la même façon avec une personne âgée de 97 ans vivant à son domicile qu'avec un jeune schizophrène ou bipolaire.

L'individualisation, l'approche personnelle et la proximité que va développer le MJPM tiennent essentiellement dans **l'évaluation**⁵ qu'il va pouvoir faire de la situation et dans l'évaluation des potentialités de la personne.

Nous reviendrons ultérieurement sur cette évaluation et cette individualisation qui nous poussent à nous interroger concrètement sur les actes et démarches réalisés par le MJPM, mais nous voulons au préalable revenir sur un dispositif de la loi qui nous apparaît spontanément et naturellement protecteur des droits de la personne : **la sauvegarde de justice**.

L'objectif de la mesure unique pourrait être ainsi d'intégrer dans un cadre légal ce qui se pratique sur le terrain au quotidien.

L'architecture et le fonctionnement de la sauvegarde de justice préservent fondamentalement la personne dans son intégrité puisque en dehors du mandat spécialement énoncé et confié au MJPM, la personne conserve sa capacité juridique. Vis-à-vis des tiers, les missions étant facilement identifiables, il est aisé, pour la personne protégée ou le MJPM, de lever toute confusion ou interrogation.

Cette sauvegarde dont le nom est peut être à modifier et la finalité à repenser, car elle est bien souvent utilisée comme une mesure d'instruction, pourrait ainsi dans sa philosophie servir de modèle à la mesure unique, conduisant ainsi le MJPM à s'adresser au juge pour être autorisé à assister ou à représenter la personne pour certains actes.

⁴ Fiche Préparatoire séance 5 Groupe DACS 2018 - Si l'individualisation des mesures est le principe, il ressort de l'analyse des décisions que sur les 77 000 mesures ouvertes en 2016, on dénombre 41 582 placements sous tutelle, 34 415 placements sous curatelle et 1 489 placements sous sauvegarde autonome. Les tutelles sont prononcées le plus souvent, dans 54 % des cas, comme en 2009, ce qui est une tendance constante. Les curatelles représentent 44 % des mesures et les sauvegardes de justice 2%. Avec 5 000 mesures d'habilitation familiales évaluées en 2016, cette nouvelle mesure représenterait déjà plus de 6 % des mesures prononcées.

La tutelle sans aménagement et la curatelle renforcée sont ainsi prononcées dans près de 95% des situations, ce qui tend à établir que les juges des tutelles ne se sont pas pleinement emparés de leur pouvoir d'individualisation des mesures.

⁵ Cf. Travaux du groupe restreint sur les activités clés du MJPM (Informer – Evaluer – Assister ou représenter – Rendre Compte et solliciter) Groupe « Ethique et Déontologie » DGCS

Cette approche capacitaire de la personne vulnérable pose alors nécessairement la question de l'évaluation (par qui ? comment ?) et pousse à s'interroger sur ce qui relève ou non d'une mesure de protection judiciaire.

L'évaluation médicale : Le certificat médical circonstancié (CMC) ne pourrait-il pas être pensé à l'inverse de ce qu'il est aujourd'hui, à savoir, non pas seulement comme un certificat pointant les incapacités et les altérations des facultés mais surtout comme un outil mettant en avant les capacités et les possibilités d'exercice des personnes ?

L'évaluation par les professionnels : Au sein du Groupe de travail « Ethique et Déontologie », les professionnels ont dégagé quatre activités clés du MJPM dont les premières sont l'information et l'évaluation. (Nous développerons ultérieurement le principe général d'information qui, à notre sens, doit sous-tendre la mesure unique puisqu'il permet de s'assurer d'un consentement clair).

L'évaluation a été mise en avant parce qu'elle permet d'apprécier, de diagnostiquer et d'analyser les potentialités de la personne, étant précisé que s'agissant du domaine personnel, par principe la personne vulnérable est en capacité de décider pour elle-même (point développé en supra). Cette évaluation issue de l'appréciation du MJPM aura d'autant plus de valeur qu'elle sera pluridisciplinaire, encadrée et réfléchie. Les travaux en cours à la DGCS dans le groupe Ethique et Déontologie ont notamment cette vocation de consolider cette méthode d'évaluation dans les pratiques professionnelles, parce que de cette évaluation découlent les objectifs fondamentaux d'individualiser, de favoriser l'autonomie, de rendre efficaces les droits...

Enfin, l'évaluation, l'analyse de nos pratiques professionnelles et le principe général de présomption de la capacité réaffirmé, doivent nous conduire à nous interroger sur les actes et les démarches ne relevant pas du mandat judiciaire, doivent nous conduire **à requalifier ce qui relève ou non d'une mesure de protection**.

Nous avons souhaité forcer le trait et pousser l'analyse jusqu'au cœur de la pratique du MJPM et tenter de lister les actes ou les démarches de la vie quotidienne qu'il est amené à rencontrer quelle que soit la mesure de protection et qui questionnent sur le contour de son intervention. L'annexe 1 reprend intégralement le tableau⁶, mais l'idée est la suivante :

S'agissant d'actes ou de démarches impactant les ressources de la personne vulnérable (par exemple : constituer ou renouveler des droits AAH, l'aide à la complémentaire santé, l'aide au logement, les déclarations à Pole emploi, les déclarations d'impôts, etc), s'agissant d'actes ou de démarches impactant le quotidien (par exemple : rechercher des auxiliaires de vie, constituer un dossier PCH aide humaine, se faire rembourser les soins etc), impactant le logement (par exemple : rechercher un logement, souscrire les contrats d'abonnement énergie, téléphonie, etc), **parce que nous sommes des professionnels, mandataires, auxiliaires de justice et que nous n'intervenons que dans un cadre légal, tous les acteurs de la PJM doivent s'interroger sur le rôle du MJPM : Sur quel fondement juridique intervient-il ? Et pour quelle responsabilité ?**

Quel rôle pour le MJPM ? : Le MJPM propose et informe la personne sur les possibles et les démarches ? Il sollicite les tiers, travailleur social ou équipe type SAVS ou CMP pour qu'ils réalisent les démarches avec la personne ? Le MJPM fait-il avec la personne ? Fait-il seul ?

⁶ Cf. Annexe – Tableau sur les actes et démarches de la vie quotidienne page 22

Sur quel fondement exercer l'action ? : Si l'annexe 1 du décret⁷ est relativement claire, les actes d'administration sont réalisés par la personne protégée elle-même dans le cadre d'une curatelle renforcée, alors comment justifier l'action du MJPM s'il devait réaliser ces actes et comment justifier une organisation du service ou de l'activité du MJPM afin de permettre un traitement certain et rapide ? Une éthique ? Une commande sociale ? Pour pallier un manque de la société ? Répondre à un isolement social ? Répondre à une incapacité d'exercice de la personne ? Découlent inévitablement de ces questionnements, la réflexion sur la complexité des dispositifs administratifs, l'inaccessibilité de certains opérateurs, la dématérialisation, etc.

Pour quelle responsabilité ? : Agir pour les professionnels que nous sommes, signifie de penser la responsabilité. Sortir du cadre du mandat pour pallier une difficulté sociétale n'est pas anodin. Il convient alors de s'interroger sur ce qu'il advient si le MJPM propose, informe mais que la personne ne réalise pas les actes d'administration mentionnés dans le Décret 2008-1484 et pour aller encore plus loin que le décret lui-même, ne réalise pas son renouvellement AAH ou sa déclaration RSA ou que le service social concerné ne donne pas suite ? Qu'en est-il en cas d'erreur, d'oubli ?

Poussons la réflexion jusqu'au bout : Parce qu'une mesure de protection judiciaire est intrinsèquement liée à une altération des facultés, appartient-il alors au juge de se saisir de cette question, de désigner un tiers, auxiliaire de justice, en charge d'un mandat judiciaire, pour réaliser des démarches quotidiennes et administratives en lieu et place de la personne elle-même, du service social, des proches, du voisin, de l'ami, de la collectivité en général ?

Les personnes ne pouvant pas réaliser seules leurs démarches en raison de leur complexité ou l'inaccessibilité de certaines administrations relèvent certainement d'une aide, d'un accompagnement, d'une protection sociale, mais relèvent-elles d'une protection judiciaire ? La surcharge des juges et des MJPM trouve peut être une de ses réponses ici.

La mesure unique doit s'adapter à la personne protégée. Le rapport du MJPM est donc essentiel pour appréhender les contours de l'autonomie et les domaines d'actions possibles de la personne protégée.

La sauvegarde de justice avec mandat spécial est à réinventer pour suivre cette évolution de réaffirmation de la capacité juridique de la personne et a l'avantage certain de définir les contours du mandat du MJPM.

En consacrant un principe général d'information comme pierre angulaire de la mesure de protection

L'autonomie du majeur resterait lettre morte sans une information adaptée et appropriée. L'information est le préalable indispensable à toute prise en compte de la parole et de la volonté de la personne protégée.

⁷ Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil

C'est la première activité clé du MJPM identifiée par les professionnels, car cette information est délivrée de manière transversale pour toutes les mesures, et de manière continue, au début, en cours et en fin de mesure. Et, naturellement, alors que l'article 457-1 du code civil l'a initialement prévu dans le domaine des actes personnels, cette information est délivrée par les MJPM dans le domaine des biens, afin que la personne s'exprime, consente de manière éclairée et puisse agir en connaissance de cause.

Il conviendra, là encore, dans le groupe de travail DGCS sur l'Éthique et la Déontologie, d'affiner la méthode : savoir délivrer cette information de manière adaptée, appropriée, savoir écouter, entendre et communiquer.

Reconstruire un modèle reconnaissant la pleine capacité

Réaffirmer la primauté de l'autonomie consacrée par la code civil (La protection étant subsidiaire à l'autonomie)

En instituant un principe général d'information

En définissant l'accompagnement comme une pratique professionnelle

Définition partagée par l'ANDP, la FNMJI, la FNAT, l'UNAF, l'UNAPEI, l'ANMJPM

A partir du moment où la protection juridique a pour objectif de rendre effectifs les droits, de promouvoir les possibles de la personne vulnérable, de rendre sensible aux risques et non pas seulement de s'y interposer, il est alors évident qu'il appartient à la société toute entière d'être inclusive et de s'adapter à la vulnérabilité.

La notion d'accompagnement est au centre des préoccupations du MJPM puisqu'elle traduit une volonté forte d'ancrer l'idée qu'il « est aux côtés de la personne », qu'il « se joint à elle » dans son parcours de vie et qu'il en partage les vicissitudes ; ce qui est indéniable du fait même de la relation interpersonnelle s'établissant entre la personne protégée et le MJPM.

Cette notion d'accompagnement prête cependant à controverse et ambiguïté dans le cadre de l'exercice professionnel de la PJM, au regard de sa référence à l'accompagnement social. Dans notre pratique de MJPM, le mot accompagnement signifie pour un bon nombre de personnes, d'institutions et d'administrations « faire à la place de ». Il est sans doute nécessaire de chercher un terme plus adapté à la profession de MJPM.

Il est fréquent que la personne bénéficiant d'une mesure de protection se voit refusée l'accès au CCAS et sa demande non instruite. La notion permet à certains de refuser l'orientation en SAVS ou en SAMSAH, d'autres estiment qu'au motif que le MJPM détient suffisamment de pouvoir de représentation, il est alors en mesure d'actionner et de coordonner tous les acteurs et qu'il n'est alors pas nécessaire que la personne au domicile bénéficie d'un gestionnaire de cas MAIA.

Il est donc fondamental **pour défendre les droits des personnes vulnérables, de définir clairement le terme d'accompagnement dans la PJM** et de communiquer massivement auprès des tiers, des familles et de l'ensemble des acteurs.

L'ensemble des acteurs et services (auxiliaires de vie, éducateurs, MJPM, SAMSAH, SAVS, etc.) concourt à la même finalité, celle d'aider les personnes en situation de vulnérabilité. Ils partagent ainsi certains outils, certains réseaux professionnels et répondent des grands principes constitutifs de l'action sociale et médico-sociale (articles L. 116-1 et L. 311-1 du CASF).

Mais alors même qu'ils concourent aux missions d'intérêt général et d'utilité sociale énoncées par le législateur, les professionnels que nous sommes exercent **une protection juridique** au profit de personnes placées sous **mandat judiciaire**.

Une protection juridique et un mandat judiciaire qui sont ainsi imposés à la personne vulnérable de sorte que la relation interpersonnelle s'établissant entre MJPM et personne protégée n'est pas contractuelle mais judiciairement instaurée.

Il n'y a donc pas de réciprocité d'engagement et bien que le consentement de la personne à l'ouverture de la mesure de protection soit recherché, celle-ci s'impose à elle dès lors qu'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles est de nature à empêcher l'expression de sa volonté et nécessite qu'elle soit assistée ou représentée dans les actes de la vie civile.

La fonction originelle du MJPM est donc l'exercice d'une contrainte. Les processus de protection (contrainte dans un but de sauvegarde, mouvement défensif, verticalité de la relation entre protecteur et protégé...) et d'accompagnement (libre adhésion, contractualisation, mouvement projectif, horizontalité relationnelle entre accompagnant et accompagné...) sont ainsi antinomiques.

Accompagner dans une mesure de protection constitue bien souvent une injonction paradoxale et l'accompagnement tutélaire ne va pas de soi dans l'exercice des mesures, car l'accompagnement suppose une démarche positive d'adhésion en tant qu'acteur de la relation.

Une protection juridique et un mandat judiciaire qui contraignent également le MJPM.

Ce dernier doit composer avec la volonté d'un être incertain et tenir le mandat quel que soit le degré de coopération possible avec celui-ci. Il ne peut se défaire de ses missions sur demande de la personne ou du fait des difficultés qu'il rencontrerait à les exercer. Et une mesure pourra perdurer y compris dans un contexte d'opposition et de conflictualité, du moment que les principes de nécessité, proportionnalité et subsidiarité sont satisfaits.

Pour autant la protection juridique et le mandat judiciaire, sauf exception, ne portent pas atteinte à la capacité de jouissance des personnes et ont notamment pour vocation d'organiser la capacité d'exercice de la personne vulnérable de manière graduée et personnalisée.

Le processus d'individualisation mis en place par le MJPM permet ainsi bien souvent des processus d'adhésion et de collaboration de la personne vulnérable, que le DIPM permet par exemple de valoriser.

Nous constatons donc que l'action du MJPM a régulièrement pour conséquence des gains d'autonomie chez les personnes protégées :

- Gestion plus régulée de l'argent, plus grande projection temporelle dans les dépenses
- Remobilisation autour de démarches à accomplir, reprise de confiance
- Meilleure connaissance des contraintes de l'environnement et de la situation, et de leurs potentialités, acquisition de certains principes de réalité

Et c'est ainsi que l'action du MJPM peut produire des **effets comparables** à ceux recherchés en matière d'accompagnement social.

Par exemple :

- La personne protégée aura pu décider d'orienter différemment son processus décisionnel au regard des informations qui lui auront été communiquées. Elle se sera alors construite de nouvelles références pour affiner ses prises de décisions ultérieures.
- Ou bien sa situation financière aura pu s'assainir en raison de la mise en place de mesures d'apurement négociées avec ses créanciers.

Pour produire ces effets, le MJPM emploie souvent des techniques empruntées au travail social pour exécuter ses missions : l'écoute active, l'analyse systémique, l'élaboration méthodique d'un diagnostic social....

Au regard de ces éléments **l'accompagnement dans la PJM est une modalité d'exercice des mesures de protection, tandis que dans l'action sociale il est l'objet même de la mission.**

C'est alors **un outil** qui permet l'exercice de la capacité juridique, un outil pour préserver l'autonomie et les volontés alors que qu'en droit social il s'agit de mettre en œuvre des politiques sociales pour lutter contre l'exclusion et pour préserver l'autonomie sociale.

Il ne doit pas être confondu avec la notion d'assistance et de représentation, car il s'agit d'un autre système qui permet aux personnes vulnérables de comprendre les enjeux des actes qu'elles peuvent faire.

Il est en réalité une norme de comportement qui guide le MJPM, un pouvoir matériel par lequel le MJPM va contribuer à la réalisation par la personne protégée de sa volonté et son intérêt.

En ce sens, l'accompagnement, s'il doit être ainsi nommé, est alors **un moyen** et non une finalité de l'activité tutélaire.

Un moyen qui se développe dans le périmètre du mandat (donc autour principalement du processus décisionnel et de l'expression de la volonté de la personne, ainsi que de la sécurisation des actes juridiques)

Un moyen qui a pour ressort principal l'information de la personne et le rendre compte qui lui est dû et qui prend son sens :

- Dans la sphère d'autonomie de la personne afin de lui permettre d'agir et d'exercer au mieux ses capacités
- Dans le cadre de l'assistance, soutenir la personne pour qu'elle s'engage avec le plus grand discernement possible
- Dans le cadre de la représentation, permettre au tuteur d'accomplir un acte le plus conforme à ce que souhaite l'intéressé.

Un moyen qui soutient le processus décisionnel et compense la perte ou l'absence de capacité d'exercice.

Un moyen qui a pour ressort principal **l'information de la personne**. Le rôle du MJPM est de rendre accessible et lisible l'information sur les droits et libertés afin que le majeur protégé puisse y avoir accès (en l'orientant vers le service social adéquat), exercer sa capacité juridique comme tout un chacun et non d'agir en ses lieu et place. La mesure de protection doit permettre aux personnes protégées d'agir comme tout citoyen et d'avoir le choix.

Ainsi, l'accompagnement NE PEUT PAS ETRE UNE TECHNIQUE JURIDIQUE et il serait à notre avis, paradoxal de parler de MESURE UNIQUE D'ACCOMPAGNEMENT.

C'est la raison pour laquelle, nous souscrivons à une définition de l'accompagnement mise en œuvre par le MJPM telle que celle apportée par le GESTO :

« L'accompagnement de la personne dans le cadre de la protection juridique vise principalement

- à consolider certains actes juridiques,
- à vérifier l'existence d'un consentement et la manifestation de ce dernier,
- à aider la personne à faire valoir ses droits fondamentaux ».

En affirmant la fonction du juge, gardien des libertés individuelles et directeur du mandat

Si le nom peut être repensé, dans le cadre de ce dispositif, « juge des tutelles » renvoyant à une technique juridique de représentation, la fonction intrinsèque du juge judiciaire garant des libertés individuelles doit être affirmée.

Les actes protégés

Les principes généraux fondateurs de la PJM, notamment le principe de capacité juridique, doivent être réaffirmés et partagés au sein des codes (Code civil, CASF, Code de santé publique) dans un souci d'harmonisation des pratiques.

Une fois ces principes clairement posés, la PJM pourrait introduire une graduation supplémentaire autour des actes, en y intégrant une notion d'actes protégés : actes qui, quelle que soit la mesure, seraient nécessairement protégés par le juge qui devient le juge des protections des libertés (protection du logement, des relations personnelles, de la liberté d'aller et venir...)

Le régime des autorisations allégé et l'externalisation du contrôle comptable

En pratique, la requête est enregistrée par le greffe et une ordonnance pré remplie est rendue, l'autorisation étant une formalité dans de nombreux cas et dont l'absence de complexité de la situation rend inutile. Ces allers-retours sont chronophages, tant pour le juge que pour le professionnel.

Une distinction demeure cependant nécessaire entre les tuteurs familiaux et les MJPM professionnels.

Nous partons du préalable que le travail d'analyse sur la situation aura été réalisé en amont par le professionnel qui aura vérifié la volonté, l'intérêt du majeur protégé, pris en compte toutes les solutions envisageables, se sera entouré d'autres professionnels pour recueillir leur avis.

Aussi, un système consacrant l'absence du recours au juge pour l'ensemble de ces actes nous paraît opportun, le professionnel gagnant en efficacité.

Concernant le système envisagé d'externalisation du contrôle sur l'aspect purement comptable (même si la question du financement de cette externalisation reste en suspens), il n'est non plus envisageable d'exclure le juge du contrôle sur les diligences accomplies et l'opportunité de la gestion. La gestion financière fait partie intégrante du mandat judiciaire et donc du contrôle du juge. Pour cela, le MJPM aura pris soin de conserver la traçabilité de ses démarches et les justificatifs indispensables à son action.

Reste la question du rôle du juge et de la responsabilité du fait de ces transferts de compétences.

Il nous semble naturel face à ces nouvelles légitimes contraintes d'aborder la question du quitus annuel à délivrer aux professionnels.

Tout système de délégation induit de rendre compte de sa gestion et d'approuver la bonne exécution des missions confiées à la personne à qui on a donné le mandat.

Enfin, afin de permettre une réelle priorité familiale et une formation des familles, au-delà de l'ISTF, la question de la mise en place plus fréquente d'un subrogé MJPM lors de la désignation des familles nous paraît devoir être posée, dans le but de les informer, les autonomiser dans leurs missions et les contrôler dans leur gestion.

Créer un domaine d'actes protégés, indissociable du juge gardien des libertés.

Instaurer un régime allégé d'autorisations va nécessairement de pair avec la question de la responsabilité des MJPM et l'externalisation des comptes de gestion.

La FNMJI n'y est pas opposée à condition que :

- L'externalisation des comptes ne soit possible que sur l'aspect purement comptable*
- La question du coût de l'externalisation pour les personnes protégées doit être clairement posée et l'externalisation ne doit être possible qu'au-delà d'un certain seuil de revenus.*
- L'allègement des autorisations données par le juge ne doit pas signifier l'absence de contrôle des diligences et de l'opportunité de la gestion, des dépenses, du projet de vie*
- Et donc la systématisation d'un quitus annuel délivré par le juge pourrait permettre au MJPM une meilleure lisibilité de son action vis-à-vis des tiers et permet de conforter le juge dans son rôle de directeur du mandat et sa mission de surveillance générale.*
- La désignation de subrogé MJPM lors de désignation des familles.*

NB : une deuxième contribution viendra compléter et aborder la question globale des contrôles et nous seront amenés à revenir sur ce point.

L'architecture du dispositif étant posé celui-ci serait inefficace si des moyens ne sont pas mis en œuvre pour asseoir les droits des personnes. Principalement nous développerons la nécessaire connaissance par les tiers des mesures de protection et dans une deuxième contribution nous aborderons le contrôle, le statut des MJPM et la réflexion autour d'un organe national.

Sur l'amélioration de la connaissance des mesures de protection par les tiers institutionnels (banque, assurance-vie, notaires, professionnels et institutions des secteurs sanitaire, médico-social ou social...)

L'amélioration de la connaissance des mesures de protection par les tiers permettrait de définir les limites et contours du mandat judiciaire. Elle passe nécessairement par une **réelle politique de communication engagée par l'Etat**, la responsabilité que chacun doit prendre au regard de son rôle et par **une formation adaptée des différents acteurs**.

La protection des personnes est un devoir des familles et de la collectivité publique, que le MJPM ne peut porter seul. L'Etat et les collectivités territoriales déploient de larges moyens afin de mettre en œuvre une politique sociale et médico-sociale. Afin que ce dispositif soit efficient, évite les doublons et les dénis de responsabilités, la mise en œuvre d'une politique de communication et de formation sur les droits et libertés des personnes.

Le MJPM n'est pas un travailleur social mais bien un auxiliaire de justice. Chaque professionnel a un rôle à jouer dans la mesure de protection. Notre rôle de MJPM est de « permettre l'accès », de faire collaborer les différents services / organismes permettant à la personne protégée d'être un citoyen comme un autre avec la possibilité pour lui de rendre efficient ses droits et libertés. Nous n'agissons pas à sa place mais nous l'informons des possibilités qui s'offrent à lui, en l'orientant si nécessaire vers le professionnel adéquat.

Force est de constater, dès la désignation du MJPM, le désengagement des tiers professionnels, estimant que « toute » la vie de la personne protégée incombe désormais à ce MJPM nouvellement nommé, avec perte de l'historique des accompagnements et démarches déjà réalisées, sans distinction aucune entre assistance ou représentation, sans prise en compte de la capacité, de l'individualisation nécessaire de la mesure et l'autonomie de la personne protégée, sans tenir compte des limites intrinsèques à notre mandat et à notre profession de MJPM, et faisant fi du droit du majeur protégé de se faire accompagner par le maillage social existant et ainsi le maintenir ou favoriser une certaine autonomie, instituant ainsi une certaine discrimination sociale. La mise en place d'une mesure de protection judiciaire ne décharge pas l'assistant de service social envers l'utilisateur, dès lors que son aide a été sollicitée.

Le travailleur social a des devoirs envers les usagers (cf. code de déontologie de l'Association Nationale des Assistantes de Service Social ANAS). L'article 20 de ce même code prévoit que « L'Assistant de

Service Social n'est délié d'aucune de ses obligations envers l'utilisateur, quelle que soit la forme d'action commune et **quels que soient les intervenants** ».

Est-il utile de rappeler que dans le domaine de l'aide sociale, les CCAS perçoivent des dotations du Conseil départemental pour accomplir leur mission obligatoire de constitution et transmission du dossier; les missions du CCAS sont définies par l'article L 123-5 du Code de l'Action Sociale et des Familles de la manière suivante : " Le centre communal d'action sociale anime une action générale de prévention et de développement social dans la commune, en liaison étroite avec les institutions publiques et privées. Il participe à l'instruction des demandes d'aide sociale dans les conditions fixées par voie réglementaire. Il transmet les demandes dont l'instruction incombe à une autre autorité. **L'établissement du dossier et sa transmission constituent une obligation, indépendamment de l'appréciation du bien-fondé de la demande**".

Est-il utile de souligner qu'un MJPM ne vient pas en remplacement d'une gestionnaire de cas MAIA ou d'un SAVS ?

La FNMJI a déjà au sein groupe de travail « Ethique et Déontologie » entamé une réflexion sur ce sujet.⁸

La plus-value du MJPM n'est-elle pas de s'assurer que les différentes structures accueillent le majeur et traitent avec lui les dossiers sociaux plutôt que d'être dans « le faire » ? Cette démarche permet de favoriser l'autonomie du majeur, comme nous y invitent les textes, lui permettant ainsi de s'approprier les démarches administratives et de reconnaître le rôle de chacun.

Il est essentiel d'apporter aux tiers une meilleure connaissance, de retirer ce « pouvoir » au MJPM d'être le seul interlocuteur, le seul référent et de consacrer ainsi les droits et libertés des personnes protégées.

Cette connaissance doit être apportée par la conscience de la responsabilité du rôle de chacun et par des formations adaptées.

D'une manière générale, il est indispensable de rappeler aux travailleurs sociaux ainsi qu'aux médecins rédacteurs du CMC, qu'une situation de surendettement, d'isolement social, de marginalité, d'intempérance ou de prodigalité ne justifient pas à eux seuls l'ouverture d'une mesure de protection et que, les travailleurs sociaux ont un rôle à jouer dans ces situations-là, sans avoir à faire nécessairement intervenir la justice.

Il est indispensable également que les MJPM saisis de telles situations, réagissent en rapportant au juge des tutelles l'absence de fondement justifiant la mise en place d'une mesure de protection.

Instaurer une formation initiale et continue obligatoire pour tous les secteurs touchant à la PJM, dispensée par des personnes qualifiées capables de mettre en exergue le rôle de chacun et les particularités de la PJM.

L'Etat doit également s'engager sur une large communication auprès du public et des tiers, afin que chacun prenne la mesure de son rôle.

⁸ Cf. annexe tableau des actes et démarches page 22

De la même manière, la méconnaissance des textes mais aussi la pression sociale et la bien-pensance poussent parfois le MJPM, à tort, à intervenir hors mandat ; intervention pour laquelle il n'est pas couvert par son contrat de responsabilité civile professionnelle : **l'organisation des obsèques** en est le bon exemple.

Au cours de la mesure de protection, dans l'hypothèse où le majeur protégé peut et veut s'exprimer, le MJPM recueille les dernières volontés.

La mission du MJPM cesse au jour du décès. Il n'a pas pour mission d'organiser les obsèques, ni de choisir le cercueil et les modalités des funérailles. Dans la situation où un contrat obsèques a pu être conclu, il lui reviendra, s'il en a connaissance de transmettre ces éléments à la famille ou à l'entreprise de pompes funèbres choisie par le défunt ou la famille.

La difficulté réside dans les situations où la volonté du majeur protégé n'a pas pu être recueillie ou qu'il n'a pas souhaité en parler et donc que le MJPM ne peut s'en faire le témoin, et qu'il n'y a ni entourage, ni famille.

Il convient de se reporter à ce qui est prévu par la loi.

Les entreprises de pompes funèbres sont régulièrement confrontées à cette situation : un corps leur parvient via un établissement de santé sans qu'il ne soit réclamé par quiconque.

Il n'y a selon nous aucune distinction à opérer entre une situation où il n'y a jamais eu de mesure de protection juridique et une situation où il s'agit du décès d'un majeur protégé. Il s'agit uniquement d'appliquer ce que la loi prévoit dans ces cas-là ; chacun, dans la collectivité, prenant ses responsabilités.

L'Art. L.2213-7 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit que le maire de la commune du lieu de décès est contraint dans le cas de personnes sans famille ni proche, de « pourvoir d'urgence à ce que toute personne décédée soit inhumée décemment, sans distinction de culte ou de croyance ». Car en effet, une prise en charge rapide est nécessaire puisqu'une dépouille doit être inhumée ou incinérée dans les six jours suivant le constat du décès. Il est impossible donc de mener une enquête pour retrouver d'éventuels proches en un délai aussi court.

Rappelons à toutes fins utiles que :

- L'article L. 2223-27 du CGCT dispose que : « le service est gratuit pour les personnes dépourvues de ressources suffisantes. Lorsque la mission de service public définie à l'article L. 2223-19 n'est pas assurée par la commune, celle-ci prend en charge les frais d'obsèques de ces personnes. Elle choisit l'organisme qui assurera ces obsèques. »
- Par arrêté du 7 mai 2015 pris en application de l'article L. 312-1-4 du code monétaire et financier, les héritiers peuvent demander à la banque de débloquer les fonds nécessaires à l'organisation des funérailles. L'établissement bancaire peut alors débloquer une somme n'excédant pas cinq mille euros (5 000 €).

Les textes existent en la matière et sont suffisamment détaillés pour pallier l'absence de témoignage, de famille ou de ressources.

Sur l'amélioration et la prise en compte des difficultés de terrain

Nous avons à plusieurs reprises alerté les autorités sur nos difficultés de praticiens, sans que jamais ces questions ne soient réabordés sous l'angle de vue du MJPM qui œuvre sur le terrain.

L'inventaire

La rédaction initiale de l'article 503 du Code civil et celle proposée dans le projet de loi de programmation relatives aux majeurs protégés⁹ font fi de la réalité de terrain, des questions éthiques liées notamment à l'intrusion dans la vie privée de la personne protégée et de la construction de la relation de confiance, indispensable au bon déroulé de la mesure de protection.

Outre, pour le MJPM, la charge de travail liée à l'établissement de l'inventaire, la responsabilité du MJPM ne saurait être engagée en raison de dysfonctionnements et délais sur lesquels il n'a aucune maîtrise :

1. Date de réception du jugement

Il n'est pas rare de recevoir la décision quinze jours à trois semaines après la date du jugement.

2. Opposition ou délai de réponses des organismes et tiers professionnels (banque, assurance vie, etc.) :

- Services des impôts fonciers
- Centre des Impôts
- Notaire (actes de propriété)
- FICOBA (recensement de tous les établissements bancaires et comptes bancaires)
- Réception des éléments bancaires (Pour exemple, les délais de traitement de la Banque Postale à réception d'une ordonnance ou d'un jugement d'ouverture varient entre deux et trois mois)
- Existence de comptes bancaires ou de ressources à l'étranger
- Existence de biens à l'étranger

3. Disponibilité du commissaire-priseur

Le délai de trois mois pour convenir d'un rendez-vous avec le commissaire-priseur est régulièrement dépassé. La majorité des inventaires est réalisée avec l'assistance d'un commissaire-priseur, dont l'expertise dans l'identification d'un objet de valeur est la plus fiable. De plus, la réalisation in situ de l'inventaire n'équivaut pas à la remise du procès-verbal d'inventaire par ce professionnel.

Dans la situation idéale où l'inventaire pourrait être réalisé au cours du troisième mois, le relevé bancaire concordant avec la date de l'inventaire ne sera reçu que le mois suivant. Le délai est donc en pratique irréaliste.

Par ailleurs, les opérations d'inventaire peuvent être réalisées par le MJPM en présence de deux témoins qui ne sont pas au service du Majeur ou du MJPM.

De qui parle-t-on, si le Majeur n'est entouré de personne qui puisse être qualifié de proche ? De voisins ? Du gardien d'immeuble ? D'agents de police ?

⁹ Article 503 du code civil ajout de l'alinéa : « En cas de retard dans la remise de l'inventaire, le juge peut désigner un technicien pour y procéder aux frais du tuteur, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 417 »

Outre le fait que, même dans la situation idéale où ce "témoin" aurait tout le temps et le loisir de nous accompagner pendant le temps que durera l'inventaire (une heure, deux heures ?), cette disposition est inappropriée. Le Majeur protégé peut être bouleversé par la venue d'un voisin qui assistera à l'inventaire de ses biens, mais c'est également contraire à la confidentialité des informations (article 510 du Code civil) que nous devons à toute personne protégée par la loi. Nous tenons à rappeler que nous sommes avant tout auxiliaires de justice et assermentés, et que cette qualité pourrait être reconnue en cette espèce.

4. La bientraitance et la personne protégée

Nous sommes ici au cœur de la mesure de protection, au cœur de la relation de confiance qui se construit au fil du temps, au cœur de la bientraitance et du respect des personnes protégées.

La mesure de protection judiciaire est une mesure de contrainte. Afin de permettre d'atteindre ses objectifs les plus louables -l'adhésion de la personne protégée, la compréhension de la mesure – elle demande à ce que le MJPM prenne en compte les sentiments de la personne protégée et ses difficultés à accepter cette contrainte.

Le refus de la personne protégée aux opérations d'inventaire est fréquent. Dépossédée de ses moyens de paiement, elle se retrouve face à un MJPM en charge de sa protection, qui demande à s'introduire chez elle, dans sa sphère intime, accompagné d'un commissaire professionnel ou de deux témoins et ce, pour lister ce qui lui appartient sans que le majeur protégé n'en comprenne nécessairement la finalité.

Force est de constater que les inventaires déposés dans les trois mois sont soit partiels et peu aboutis, soit sont afférents à des situations très simples ne nécessitant que peu de recherches et de demandes extérieures.

Il aurait été préférable de se demander quelle était la raison de ces remises tardives et d'y remédier par des propositions réalistes tenant compte de la réalité de terrain et de l'ensemble des acteurs impliqués dans le dépassement de délais des inventaires.

Le MJPM est un professionnel qui doit être en mesure de rendre des comptes et démontrer les diligences accomplies, il ne saurait être en revanche responsable des délais de réponses des interlocuteurs.

Pourrait-il être envisagé de fixer des délais de réponses impératifs aux professionnels (banque, notaire, service des impôts) et cesser d'ignorer que le MJPM ne peut pas être tenu responsable de toutes les lenteurs du système. Pourrait-il être envisager de permettre l'accès à FICOVIE aux MJPM pour qu'ils puissent avoir connaissance de l'existence de contrats d'assurance vie ?

Cet alinéa, s'il était maintenu, sous-entendrait-il que l'absence d'inventaire est imputable au MJPM par sa faute ?

Pour l'ensemble des explications données ci-dessus, nous refusons cet ajout, mettant à la charge du tuteur les frais de l'inventaire en cas de retard et qui ne lui incombent nullement.

Le budget prévisionnel

L'établissement d'un budget fait face aux mêmes problématiques que celle de la réalisation de l'inventaire.

Au bout de trois mois, il ne sera que partiel et ne sera véritablement arrêté et fiable qu'après plusieurs mois de gestion puisque sera enfin connue, à ce moment-là, la réalité des ressources, charges et autres dettes. Certaines ressources annexes ne sont créditées donc constatées qu'une seule fois par an.

Par ailleurs, si l'actualisation du budget revêt pour le mandataire un outil courant de gestion, l'actualisation a lieu à des périodicités variables liée à l'individualisation de la mesure de protection. Cette obligation conduira à une charge supplémentaire de travail tant pour les mandataires que pour les greffes qui auront également nécessité de traiter et contrôler ce nouveau document.

CONCLUSION

Dans ses contributions, la FNMJI a souhaité mettre en exergue les difficultés des professionnels, se confrontant quotidiennement entre un idéal théorique et la réalité pratique, pris en étau entre la pression sociale et la bien-pensance d'une part et le contour de son mandat d'autre part.

Le travail sur les activités clé des MJPM (Informier – Evaluer – Sécuriser des actes – Rendre compte) du Groupe de travail « Ethique et Déontologie » permet de réaffirmer que le MJPM ne prend pas la place de la personne protégée et des autres professionnels mais valorise l'expression du consentement, aide à faire valoir les droits et libertés des personnes bénéficiant d'une mesure de protection.

Cette décision de justice qui allie évidemment la contrainte et le souci de protection est mise en œuvre sur le terrain par le MJPM qui est à la recherche constante de cet équilibre fragile.

Ne pas prendre en compte dans le prochain dispositif législatif la temporalité, la construction de la relation de confiance, la compétence d'appréciation et d'évaluation de la situation par le professionnel reviendrait à nier les véritables critères qui font la qualité de la prise en charge.

Annexe – Tableau sur les actes et démarches de la vie quotidienne

ACTES D'ADMINISTRATION (Décret 2008-1484) ou DEMARCHES DE LA VIE QUOTIDIENNE (liste non exhaustive)	Rôle du MJPM : Fait-il seul ? Fait-il avec le MP ? Sollicite travailleur social ou équipe (CMP, SAVS...) ? Informe ? Propose ? Signature du dossier : Le MP seul ? Le MJPM seul ? Les 2 ?	OBSERVATIONS Fondement de la signature : Juridique ? Ethique ? Déontologique ? Commande sociale ? Isolement social ? Organisation du service ou activité du MJPM ? Rapidité de traitement ?	RESPONSABILITE Droit à l'erreur du MP ? Droit à l'inaction du MP ? Réparation du préjudice par le MJPM en cas d'erreur ou d'oubli ?
IMPACTANT LES RESSOURCES Constitution dossier/ ouverture droits / renouvellements : <ul style="list-style-type: none"> - AAH - RSA - ASH - Action sociale (caisses de retraite, mutuelle, employeur, CCAS) - Dossier CMU, ACS - ASPA - Droits à la retraite (vérification droits et constitution dossier avec la problématique de la recherche des éléments) - Allocation logement - Mise en place de réductions liées à AAH par ex (réduction transports en commun, tarifs sociaux énergie) - MDPH - Dossier FSL - Dossier de surendettement Inscription :			

- Pôle emploi			
Déclarations :			
- Pôle emploi			
- Fin d'activité professionnelle à Pôle Emploi			
- Arrêt de travail			
- AAH			
- RSA			
- Pension invalidité			
- Pension de réversion (retraite, orphelin)			
- Retraite de combattant			
- Demande de dégrèvement Impôts TF et TH			
- Déclaration d'impôts			
- Vérification de la régularité des infos sur les anciennes déclarations d'impôts			
- Vérification de l'exhaustivité des droits à la retraite			
IMPACTANT LE QUOTIDIEN			
- Dossier aide sociale aide-ménagère ou restauration			
- Dossier action sociale caisse de retraite et mutuelle (ex : prise en charge par SS, mutuelle d'intervention chez dentiste, d'aide à domicile suite hospitalisation)			
- Dossier épicerie solidaire ou accès aux restos du cœur			
- Dossier MDPH :			

PCH aide humaine PCH aide technique Carte mobilité Orientation foyer Orientation SAVS-SAMSAH Reconnaissance travailleur handicapé			
LIEU DE VIE			
Recherche du logement			
Demande de devis			
Trouver Société de déménagement			
Signature de l'Etat des lieux entrée ou de sortie			
Conclusion du bail d'habitation			
Signature d'un contrat de séjour EHPAD			
Trouver une famille d'accueil, un FAM, un foyer de vie, un EHPAD et constitution du dossier			
Choix mobilier, électroménager			
Déclaration de sinistre			
Trouver un contrat entretien : gaz, clim etc...			
SOUSCRIPTION DE CONTRATS			
Protection juridique			
Mutuelle (= donc analyser les garanties, le tarif...)			
Souscrire un contrat d'assurance MRH-PJ- GAV			
Souscrire un contrat de téléphonie			
AUTRES DEMARCHES			
Trouver un cabinet d'infirmiers			

<p>Trouver une entreprise d'aides à domicile (imposer une aide-ménagère ?)</p>			
<p>Trouver comment faire adopter un animal ou un chenil lors hospitalisation</p>			
<p>Inciter à cure désintoxication (drogue alcool)</p>			
<p>Refaire carte grise (process par internet et payable par CB)</p>			
<p>Faire ou refaire une CNI, des papiers d'identité</p>			
<p>Alerte des échéances :</p> <ul style="list-style-type: none"> - MDPH - Révision de la mesure - Fin droits ACS – CMU 			
<p>Présence et Vote aux AG de copropriété</p>			
<p>Actes pris à titre conservatoire</p>			
<p>Déclaration de sinistre (Problématique du PV et du non dépôt plainte du MP)</p>			
<p>Prévenir la Préfecture d'un danger relatif à la conduite</p>			
<p>Contrôler la bonne gestion de biens délégués à syndic</p>			



Fédération **N**ationale des **M**andataires
Judiciaires **I**ndépendants
à la **P**rotection des **M**ajeurs

Contributions
au groupe de travail interministériel
sur
LA PROTECTION JURIDIQUE DES
MAJEURS VULNERABLES

23 Juin 2018
Contributions n°2

Siège social : Parc Georges Besse
Maison des Professions Libérales
85 Allée Norbert Wiener
30 035 NIMES cedex 1
Siret N°532 316 619 00016
www.fnmji.fr

Contributions n°2 de la FNMJI au groupe de travail interministériel sur LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS VULNERABLES

Objet : Contributions Générales n°2

Date : 23 juin 2018

La seconde partie de nos contributions portera sur trois grands thèmes qui méritent à chacun leur développement :

Repenser globalement la question du/des contrôles, des champs de compétence et des responsabilités de chacun. Réaffirmer le pouvoir de surveillance générale du juge inscrit dans l'article 416 du Code civil et parce que le juge reste le directeur du mandat, le magistrat doit pouvoir être en mesure de délivrer un quitus annuel à l'auxiliaire de justice qui lui rend compte de sa mission chaque année. L'externalisation des contrôles des comptes de gestion pourrait être envisagée mais sur un aspect exclusivement comptable, à la condition que la question du règlement des frais soit abordée de manière pragmatique afin de ne pas gangrener le budget de personnes déjà fragilisées.

Enfin s'agissant de la question plus générale des contrôles du MJPM, l'articulation évidente entre les pouvoirs du juge et ceux des DDCS doit être clairement posée amenant ainsi à définir le contrôle de l'activité et le contrôle du mandat.

La création d'un **véritable statut du Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs**, auxiliaire de justice, garant de l'effectivité des libertés individuelles par :

- L'affirmation du statut d'auxiliaire de justice
- La question du Remplacement des MJPM exerçant à titre individuel
- L'instauration d'un diplôme et d'une formation initiale et continue
- Un dispositif de financement suffisant et fiable
- Une éthique et une déontologie commune

La création d'un Organe National Pluridisciplinaire dont le rôle est à construire mais qui en plus d'une mission d'observatoire générale et/ou de pilotage national, pourrait être saisi des questions d'éthique et de déontologie, de régulation, de contrôle et pourquoi pas, se décliner en Régions pour être au plus près des spécificités territoriales.

Le contrôle des MJPM exerçant à titre individuel par les DDCS : Constat sur une maltraitance institutionnelle

L'articulation nécessaire entre les pouvoirs du juge et ceux des DDCS doit être clairement posée amenant ainsi à définir le contrôle de l'activité et le contrôle du mandat.

D'un point de vue général, on constate un manque d'harmonisation des conditions de mise en œuvre des contrôles effectués sur le fondement de l'article L. 472-10 du Code de l'action sociale et des familles et par voie de conséquence, des abus de pouvoir de l'administration sont à déplorer.

D'une part, l'article L.472-10 du CASF sur lequel se fonde le contrôle exercé par les DDCS est exclusivement lié au contrôle de l'activité du MJPM. C'est l'organisation de l'activité du MJPM (locaux, permanence téléphonique, etc) qui aurait pour conséquence de compromettre la santé, la sécurité, le bien-être de la personne protégée, qui peut être contrôlée et non le cœur du mandat qui reste à notre sens de la compétence exclusive du juge, seul à même d'évaluer l'opportunité des décisions prises par le MJPM.

La délimitation du champs de contrôle pour les DDCS et celui de la Justice s'impose et cela fera l'objet de la part de la FNMJI d'une étude approfondie. Il ne nous paraît pas envisageable, comme cela a été cité lors de la préparation des travaux à la DACS, que, par exemple, la DDCS soit compétente pour évaluer les conditions de mise à disposition de l'argent disponible. Comment le pourrait-elle ? cette décision est prise en opportunité, suite à des échanges avec la personne protégée et faisant l'objet d'évolution dans le temps en fonction des capacités, des besoins et des possibilités.

D'autre part, ce flou artistique engendre inévitablement des dérives de la part de **l'administration** qui sont constitutives d'un **abus de pouvoir**.

Depuis plusieurs années nous dénonçons ces dérives qui ne peuvent plus être considérées comme marginales, demandons la clarification des champs de compétences, et la communication du cahier des charges des contrôles à la DGCS sans aucune réponse.

Nous ne pouvons tolérer de voir balayer d'un revers de main les nombreux exemples recensés avançant qu'il ne s'agit que de cas isolés. Nous ne pouvons pas non plus entendre que les pratiques des contrôles sont conformes puisqu'il n'existe pas de contentieux. C'est là une évidence : le MJPM est seul face à ces inspections désorganisées et ces sollicitations déplacées ; la survie de son activité en dépend. Il est seul, dépendant à la fois du juge pour l'octroi des dossiers et dépendant de la DDCS pour le maintien de son agrément. Il ne fait pas de vague, reste silencieux et ne formera aucun recours.

Ce mépris est révélateur du positionnement de l'administration et de son absence de remise en question. Il nous est asséné que ces contrôles sont constructifs, « accompagnants » et doivent être compris ainsi par les MJPMi mais le cahier des charges n'est pas transmis et nos arguments rejetés.

La FNMJI a pour objectif de s'engager au plus près de ses adhérents dans le but de permettre l'harmonisation du processus de contrôle, l'appui préalable d'un avocat, les recours systématiques en cas de sollicitations illicites et de dérives constatées, une formation des inspecteurs (En quoi consiste la formation mise en place? Qui la délivre ? Quelle est sa durée et son contenu ? Existe-t-il une immersion auprès des MJPM exerçant à titre individuel ?), la distinction entre un contrôle classique et un contrôle sur signalement, la création d'un organe national pluridisciplinaire.

Les différentes étapes du contrôle permettent d'ores et déjà de constater les lacunes existantes dans la formation des contrôleurs, le manque de rigueur, l'absence d'information délivrée et les dérives qui en découlent inévitablement :

L'information du contrôle délivrée au MJPM

Quelle forme et quel délai ?

Une distinction indispensable entre les deux types de contrôle

Le contrôle dit « léger » ou « de routine » qui portant sur la seule activité doit évidemment faire l'objet d'une convocation et d'une lettre de mission.

Le contrôle lourd engagé à la suite d'un signalement peut seul expliquer l'effet de surprise.

En pratique : Certaines DDCS profitent du silence de la loi pour déterminer elles-mêmes les modalités du contrôle alors que rien ne justifie l'effet de surprise. Certains MJPM ont reçu un courrier ou une convocation les informant d'un contrôle dans un délai variant d'une semaine à trois mois. Parfois, le rendez-vous a été convenu par téléphone avec le MJPMi. On constate également que les MJPMi travaillant à domicile soient traités plus favorablement que ceux exerçant en cabinet, ce manque d'équité allant à l'encontre du professionnalisme recherché.

Ces écarts de méthode et de délais sont inacceptables, compte-tenu de l'exigence d'égalité de traitement devant la loi.

La lettre de mission

Tous les MJPMi ne sont pas informés de la même manière de l'étendue du contrôle portant sur leur activité, certains l'étant par le détail, d'autres succinctement, ils ne peuvent préparer dans ces conditions les documents qu'ils doivent tenir à la disposition de l'inspecteur. Elle n'est parfois même pas divulguée par l'inspecteur.

Ici aussi, l'égalité de traitement devant la loi impose une indispensable harmonisation.

Le contenu et le déroulement du contrôle

C'est notamment sur ce point là que des dérives inadmissibles sont à dénoncer.

Raison pour laquelle nous préconisons la **présence d'un tiers** (avocat, autre auxiliaire de justice, officier public ministériel, voire le MJPM de son choix) alors même que certains DDCS ont opposé un refus à cette demande.

Ce tiers peut être une garantie procédurale.

Nous vous rapportons également l'étonnement de certains MJPMi qui ne connaissaient pas la qualité exacte de toutes les personnes effectuant le contrôle. Lorsque les conditions du contrôle apparaissent tendues, et elles peuvent l'être lorsque sa durée est excessive (de 3 à 24 h, sur quatre jours, a-t-on pu constater), la présence d'un tiers permet de rétablir l'équilibre. Il nous a semblé excessif que quatre ou cinq personnes puissent interroger quatre jours durant un même MJPMi, sans lui permettre d'être assisté.

Quant à l'**objet de certains contrôles**, il est parfois assez mal défini, puisqu'il glisse assez facilement de l'activité du MJPM à la mesure de protection juridique dont la bonne exécution ne peut être appréciée que par le juge des tutelles, directeur du mandat.

En effet, le projet de vie par exemple formalisé par le DIPM doit être de la compétence exclusive du contrôleur du juge car il est au cœur du mandat judiciaire. La construction d'un projet de vie naît de la création d'une relation de confiance et de longs échanges avec le majeur protégé. La personne protégée peut changer d'avis, ne pas savoir y répondre, avoir besoin de temps pour mettre en avant et poser ses projets... Nous sommes ici au cœur de la bientraitance et le MJPM ne peut être intrusif, user de contrainte et de persuasion auprès d'une population vulnérable afin que le DIPM soit acté, réalisé, signé dans un délai de trois mois.

Les directives générales appliquées par certaines DDCS paraissent nier le principe de proportionnalité du MJPM qui doit respecter dans la mesure du possible l'autonomie du majeur protégé (C. civ., art. 415, al. 3) laquelle doit toujours être adaptée à leur pathologie. On retrouve ici le questionnement sur le nombre de visites trimestrielles ou mensuelles effectuées par le MJPMi auprès de chaque majeur protégé.

Plus grave est le décalage entre les questions posées aux MJPMi et les règles du Code civil, interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation. Or ce décalage est assez net en ce qui concerne le respect de la vie privée du majeur protégé. Ainsi, le respect du secret médical s'impose à l'égard de tous les majeurs protégés mais à l'exception de ceux qui sont en tutelle (CSP., art. L. 1111-2, al. 5 et art. L. 1111-6, al. combinés) ou ont fait l'objet d'une mesure spéciale d'assistance à la personne (C. civ., art. 459, al. 2). On ne peut reprocher à un MJPMi de détenir des certificats médicaux concernant des majeurs en tutelle, dès lors que cette documentation fait l'objet d'un archivage dans un lieu prévu à cet effet et dont la consultation par des personnes étrangères au mandat est impossible ou interdite.

Le contrôle du financement des mesures entre évidemment dans le cadre du contrôle de l'activité, mais le fait de solliciter la consultation des comptes personnels du MJPMi ou de son conjoint et l'ouverture d'un coffre-fort professionnel, voire personnel, soulèvent des doutes dans le cadre d'un contrôle systématique de l'activité. Il en irait autrement en cas de signalement transmis par le Procureur de la République sur des détournements de fonds. Mais, en ce cas, l'inspection s'exercerait dans un autre cadre que le contrôle administratif.

À l'inverse, on peut s'étonner que les contrôleurs oublient de vérifier si les MJPMi ont bien renouvelé leur assurance civile professionnelle permettant une couverture optimale des risques encourus. Les déclarations auprès de la CNIL, l'attestation du règlement des charges sociales et fiscales et la véracité des déclarations semestrielles auprès des financeurs (fiche 2035 sur la comptabilité de l'activité du MJPMi) ne font pas l'objet d'un contrôle systématique de la part des inspecteurs DDCS, alors que tout bon professionnel devrait se plier à ces exigences légales élémentaires. Il pourrait être facilement porté remède à ces lacunes.

Précisons enfin que la pratique consistant à interroger les majeurs protégés pour évaluer leur degré de satisfaction de la mesure semble assez peu satisfaisante au regard de la fiabilité du contrôle. Seuls les majeurs protégés dont la pathologie est compatible avec cet entretien mériteraient d'être entendus. On peut aussi s'étonner que les DDCS s'affranchissent de toute attestation d'un médecin traitant ou de la consultation du certificat médical circonstancié pour écouter les usagers, alors que les juges des tutelles, gardiens des libertés individuelles en vertu de l'article 66 de la Constitution, ne sauraient passer

outre un avis de non-audition ! L'article 432 du Code civil doit ici être appliqué par les inspecteurs des DDCS.

En somme, on peut regretter que les DDCS soient plus attentives à l'accomplissement du travail administratif des MJPMi (Vérification de la signature de la charte des droits par tous les majeurs protégés) plutôt que par la qualité de l'organisation de l'activité et des moyens mis en place par le MJPM pour prendre en charge les intérêts personnels et patrimoniaux de chaque majeur protégé.

Notre Constitution dans son article 66 institue le juge judiciaire comme garant des libertés individuelles. Appliqué à la PJM, il permet au juge de garantir et donc de contrôler le respect de la vie privée, le respect des souhaits de la personne, de sa volonté, de sa dignité tant sur l'aspect patrimonial (gestion du budget, du disponible ou actes de disposition) que sur l'aspect personnel (choix du lieu de vie, relations personnelle, etc).

Ainsi, **l'autorité judiciaire est garante de l'équilibre entre autonomie** (en tant qu'expression de la liberté individuelle) **et protection** (mesure contraignante portant atteinte à la liberté individuelle). Nous sommes bien là au cœur du mandat judiciaire et au cœur de la mission pour laquelle le MJPM est désigné par le juge des tutelles.

L'autorité administrative est quant à elle garante que l'organisation de l'activité du MJPM respecte les lois et règlements et ne compromet pas la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes protégées. Il est donc logique que ce soit, elle, autorité administrative, en charge du contrôle de l'organisation de l'activité du MJPM, qui délivre les agréments sur la base notamment d'un projet professionnel construit, prévoyant les moyens mis en œuvre (moyens matériels : informatique, locaux ; moyens humains ; moyens permettant l'accueil et les échanges avec les personnes protégées) pour garantir la qualité et la continuité de prise en charge.¹

A la suite du contrôle administratif de l'activité du MJPM

Qu'en est-il de la **publicité du rapport** ? Quelle finalité ? Quels destinataires ?

Les MJPMi s'inquiètent de ne pas connaître la publicité qui est faite au rapport de contrôle.

Est-il communiqué aux juges des tutelles ? Au procureur de la République ?

Les MJPMi aujourd'hui contrôlés nous ont fait part de la diversité des délais qui séparent chacune des étapes du contrôle et du manque d'informations qui le suit.

¹ Décret no 2016-1898 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs et Décret no 2016-1896 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs

Cas concrets de situations vécues par les MJPMi lors des contrôles et qui posent question :

- Réception de l'information du contrôle pour certains par courrier simple ou par téléphone, pour d'autres, par l'intermédiaire d'une convocation
- Délai de la mise en œuvre du contrôle variant de quelques jours à plusieurs mois
- Contenu vague et succinct de la lettre de mission qui ne permet pas la préparation des documents par le MJPMi, voire absence de lettre de mission
- Qualité et légitimité inconnue des personnes réalisant l'inspection et en surnombre (un inspecteur, une secrétaire administrative DDCS, une assistante administrative, un stagiaire, un attaché d'administration, une assistante sociale...)
- Durée excessive du contrôle : de 3 heures à 24 heures, sur trois jours ou quatre jours
- Visite impromptue au bureau du MJPMi qui doit justifier son absence sous 24 heures aux horaires d'ouverture de ses locaux indiqués dans sa notice d'information
- Sollicitations douteuses :
 - Consultation des comptes personnels du MJPMi ou de son conjoint. En cas de refus, l'inspecteur aurait considéré cela comme une entrave au contrôle, menaçant de radiation le MJPMi
 - Demande d'ouvrir le coffre-fort professionnel, voire personnel
 - Demande de transfert sur clé usb de 5 dossiers de majeurs protégés avec les mails reçus et envoyés
 - Demande du nombre de visites réalisées
 - Vérification auprès d'EHPAD sur la véracité du nombre de visites réalisées
 - Demande de vérification du disque dur
 - Jugement sur l'organisation du MJPM « le classement des dossiers des majeurs n'est pas rigoureux[...] Aucune règle de classement n'est définie et respectée[...] »
 - Contrôle de l'inventaire (déclaré comme « non exhaustif » car manquait la valorisation des biens immobiliers)
 - Vérification de la demande de plusieurs devis pour la réalisation de gros achats ou travaux
 - Vérification des budgets prévisionnels « le lien de l'argent de poche avec le projet de vie n'a pas été évoqué »
 - Refus essuyé par le MJPM de se faire assister par un tiers au bout de 3 jours de contrôle « de routine »
 - Visite des majeurs protégés sans la présence du MJPM, sans tenir compte des pathologies des personnes protégées (Alors que le juge des tutelles se doit d'obtenir un rapport médical attestant de la possibilité d'audition...)
 - Demande de transporter tous les dossiers à la DDCS
 - Recommandation pointant un « défaut de suppléance en cas d'absence inopinée » alors que le remplacement du MJPMi n'est pas prévu par la loi
 - Remarques adressées au MJPMi quant à l'accueil en EHPAD d'une personne protégée
 - Information des dossiers contrôlés le jour même du contrôle et demande de dépôt de ces dossiers sélectionnées à l'accueil de la DDCS
 - Demande de transporter le matériel informatique à la DDCS
 - Lettre de mission du 15 janvier pour un contrôle prévu le 6 mars (4 personnes) avec mise à disposition à adresser par mail à la DDCS avant le 12 février des documents ci-après :
 - Procédures écrites d'organisation de l'activité de MJPM (le cas échéant)
 - Copie des conventions en de recours à des prestataires
 - Formations suivies par le MJPM
 - Communication du contrat de travail des salariés avec horaires et attributions et formations suivies
 - Règlement de fonctionnement
 - Protocole de gestion des mesures si existant
 - Nombre de plaintes sur les 3 derniers exercices
 - Signalements réalisés dans le cadre de maltraitance
 - Il est précisé que sur place : le choix des dossiers consultés le sont à la discrétion de l'équipe d'inspection, consultation du logiciel de gestion, examen des comptes rendus d'activité mensuels, bilans annuels aux juges, cahier des incidents et signalements...

CONCLUSION

En définitive, on peut déplorer que certains contrôles administratifs privilégient la recherche de données factuelles sur l'analyse du sens organisationnel du MJPMi, qui révèle le sérieux avec lequel la profession est exercée.

La compétence du MJPMi à gérer de nombreuses mesures au quotidien, sa capacité d'analyse pour hiérarchiser les urgences, son organisation administrative permettant le suivi des mesures en créant des alertes informatiques pour réagir dans les délais, sa posture professionnelle, les moyens dont il dispose pour s'assurer une veille juridique ou se former régulièrement, sont les cibles que le contrôle administratif ne doit pas manquer d'atteindre.

Un contrôle administratif visant à comprendre l'organisation générale du MJPMi, ses méthodes de travail et la cohérence de l'ensemble est beaucoup plus efficace qu'un contrôle factuel et par définition incomplet.

Enfin, les DDCS ne font pas la différence entre le contrôle des services MJPM et celui des MJPMi. Le contrôle des MJPMi s'exerce de manière disproportionnée, sans offrir la moindre garantie au MJPMi sur la durée du contrôle et les moyens mis en œuvre.

Le dispositif d'évaluation entre pairs

Dans un souci d'amélioration des pratiques professionnelles et de la qualité d'exécution des mandats judiciaires confiés, la FNMJI a conçu, développé, et pleinement finalisé un dispositif d'évaluation à destination de ses adhérents.

Le dispositif contient essentiellement un référentiel d'évaluation croisé et une méthode d'évaluation.

Le principe est un entretien semi directif sur le lieu d'exercice, suivant une grille d'évaluation préétablie, par un binôme de pairs évaluateurs désignées par la Fédération locale et formés au dispositif.

Pour finir, nous réitérons le fait que les MJPMi sont favorables aux contrôles administratifs réalisés par les DDCS mais dans un cadre clairement défini et bienveillant.

1 – Instaurer des garanties procédurales pour le contrôle des MJPMi.

2- Préconiser un état d'esprit constructif et positif dans lequel les contrôles doivent être effectués en recherchant les moyens généraux mis en œuvre par le MJPMi et en ayant en tête la spécificité de leur mode d'exercice : mise en place d'un contrôle adapté et intelligent.

3 – Distinction fondamentale à opérer entre un cas de contrôle dit classique et un contrôle sur signalement et délimitation des champs de chaque type de contrôle.

3 - Harmoniser les processus de contrôle engagés sur le fondement de l'article L. 472-10 du Code de l'action sociale et des familles, si ce n'est les unifier sur le territoire de la République française, et ce dans

le plus grand intérêt des majeurs protégés et des MJPMi qui oeuvrent pour une prise en charge rapide et de qualité.

4 – Former les inspecteurs à la Protection Juridique des Majeurs et à l'activité de l'exercice à titre individuel : les DDCS ne font pas la différence entre le contrôle des services MJPM et celui des MJPMi.

5 – Diffuser le cahier des charges de contrôle aux MJPMi dans un état d'esprit constructif, puisqu'il n'a jamais été communiqué aux professionnels. Conserver cette opacité sous tend l'idée d'une volonté de sanction plutôt que la nécessaire volonté d'amélioration commune et de professionnalisation toujours grandissante des MJPMi.

La création d'un véritable statut des MJPM

La création d'un **véritable statut du Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs**, auxiliaire de justice, garant de l'effectivité des libertés individuelles.

- L'affirmation du statut d'auxiliaire de justice
- La question du Remplacement des MJPM exerçant à titre individuel
- L'instauration d'un diplôme et d'une formation initiale et continue
- Un dispositif de financement suffisant et fiable
- Une éthique et une déontologie commune

L'affirmation du statut d'auxiliaire de justice

Le juge confie à titre habituel des mesures de protection des majeurs à des MJPM. A ce titre, le MJPM exerce un mandat judiciaire.

La qualification d'auxiliaire de justice s'applique à des professions diverses qui concourent à l'administration de la justice soit principalement en assistant le juge dans l'exercice de ses fonctions, soit principalement par le soutien qu'ils apportent aux parties².

Nous n'avons eu de cesse de rappeler que les MJPM exercent un mandat judiciaire et que même si nos organes de contrôle sont la Justice et la Cohésion Sociale, nous n'exerçons pas un mandat administratif et les outils que nous empruntons aux travailleurs sociaux ne font pas de nous des travailleurs sociaux.³

Affirmer le statut d'auxiliaire de justice des Mandataires Judiciaires à la Protection des Majeurs, quel que soit leur mode d'exercice.

Le remplacement du MJPM exerçant à titre individuel

Par souci de bienveillance et de bientraitance, les MJPM sont conscients de la nécessité d'assurer la continuité de leur mission auprès des personnes protégées.

Mais cette continuité demandée au seul MJPM en charge de la mesure est un idéal qui ne tient absolument pas compte de la réalité et se confronte à une impossibilité matérielle pour un professionnel, quel qu'il soit, d'assumer une permanence, une ininteruption dans son action.

Le MJPM dont la charge est personnelle n'a aucun moyen de recourir à un procédé légal lui permettant de pallier son absence.

² Définition tirée du Vocabulaire Juridique – Doyen Cornu

³ Cf. Définition sur l'accompagnement

Sur le remplacement du MJPM par un autre MJPM

Le refus de la loi de distinguer entre le mandat confié à un membre de la famille et le mandat confié à un MJPM agissant à titre professionnel pose des difficultés, dans le cas où le professionnel est empêché momentanément d'exercer son mandat. Le MJPM exerçant à titre individuel se heurte à l'article 452 du Code civil qui prévoit que : « La curatelle et la tutelle sont des charges personnelles ».

Les MJPM exerçant à titre individuel subissent ce système du fait d'un statut hybride non défini : profession libérale ne leur permettant pas de définir les modalités de leur activité et de leur remplacement.

Face à cette insécurité, les MJPMi font preuve tour à tour de créativité, et se trouvent contraints de chercher, seuls, des solutions pratiques à leur remplacement, en y associant ensuite la DDCSPP et leurs juges, ou d'opacité en fonction des juges et DDCSPP qui se trouvent face à eux et dont ils connaissent la position sur le sujet.

Deux propositions de solutions législatives:

La rénovation de l'institution du subrogé « le subrogé adjoint »

Le juge des tutelles pourrait désigner à côté du MJPMi exerçant le mandat à titre principal, un second MJPMi exerçant à titre accessoire ou subsidiaire, pour les besoins d'un remplacement ponctuel.

La modification de l'article 452 du code civil

Serait ajouté un alinéa ainsi rédigé : « En cas d'indisponibilité provisoire, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs peut toutefois s'adjoindre, sous sa propre responsabilité, un autre mandataire judiciaire à la protection des majeurs pour accomplir les actes que requièrent la situation du majeur protégé. Il en informe sans délai le juge ».

Rénovation de l'institution du subrogé

Modification de l'article 452 du code civil permettant au MJPM de pallier son absence

L'instauration d'un diplôme, la rénovation de la formation initiale et l'obligation de formation continue

Les qualités et niveaux de formation sont très inégaux sur le territoire en raison de la pléthore ou de l'absence de centres de formation, et en raison de l'appréhension des contenus par les DRJSCS.

Les organismes de formation étudient de manière très inégale le dossier d'admission du candidat, peut-être plus sensibles à la réalisation d'un chiffre d'affaires qu'aux critères imposés par la loi. L'intervention de l'État n'est pas suffisamment définie et les contrôles de ces organismes sont insuffisants.

Il paraît indispensable que les conditions d'entrée en formation exigent un diplôme au minimum de niveau II qui correspond à la profession (niveau II : « A ce niveau, l'exercice d'une activité professionnelle implique la maîtrise des fondements scientifiques de la profession conduisant généralement à l'autonomie dans l'exercice de cette activité⁴ »)

Pour rappel, le niveau III exigé actuellement pose question sur la vision du métier : le niveau III « correspond à des connaissances et capacités de niveau supérieur, sans toutefois comporter la maîtrise des fondements scientifiques et des domaines concernés »

La formation initiale doit également être révisée.

Elle n'est plus adaptée aux exigences d'aujourd'hui. Instaurée à l'origine pour des gérants de tutelle qui poursuivaient leur activité, la profession a évolué en 10 ans, le niveau de compétence, l'exigence des familles et des magistrats ont augmenté, le métier s'est complexifié. Nous sommes aujourd'hui sur une profession juridique avec des aptitudes sociales et non sur une profession sociale à compétence juridique.

La déjudiciarisation en cours augmentant encore ce niveau d'exigence, place le MJPM au cœur du processus juridique et justifiant des connaissances solides en droit que la formation actuelle n'apporte pas.

Il est nécessaire de faire évoluer le référentiel formation pour faire évoluer les mentalités. D'un institut à l'autre, d'une université de droit à un institut de travailleurs sociaux, l'apprentissage du métier peut être très orienté et peu axé sur ce qu'est un mandat judiciaire et une protection juridique.

La dite « complexité » de la constitution d'un dossier MDPH ou d'un dossier de surendettement, évoquée lors des travaux DACS pour justifier du fait que le contenu de la formation prend en compte cette complexité du métier, n'apparaît pas pertinente face à la complexité des décisions juridiques, face à la vérification des actes et contrats juridiques et à leur opportunité (...) sans revenir évidemment sur ce que nous avons déjà évoqué dans nos premières contributions concernant la distinction à opérer entre le MJPM et le travailleur social.

La vision du métier est fautive. A sa dimension humaine s'ajoute une vraie dimension juridique pourtant niée, qui impose une expertise juridique indispensable pour que le MJPM puisse se positionner sur l'opportunité des décisions qu'il prend ou sur le réseau à activer.

Le droit est partout dans l'exercice de la mission du MJPM : obligations alimentaires, vente, baux d'habitation, bail à ferme, procédures judiciaires, abandon d'usufruit, cessions diverses, occupation sans droit ni titre, procédure d'expulsion, biens en indivision, nullité de vente, les questions de la personne protégée et de son statut d'employeur, de salarié, d'associé dans une société, de conseiller municipal, de président d'association, de membre d'un syndicat, de victime d'infraction, d'auteur d'infraction, de locataire, d'exploitant agricole, de commerçant, de propriétaires de biens, parfois à l'étranger (et donc les questions de réévaluation de loyers ou d'expulsion), de conflit de loi nationale et internationale, de droit d'usage et d'habitation, de rente viagère, de recouvrement de créances, droits patrimoniaux, droit extra patrimoniaux, spoliation, abus de faiblesse, actes conservatoires, logement non conforme aux normes de sécurité, convention de jouissance précaire, succession (et succession internationale), donation-partage, fiscalité ...

⁴ Source : Commission Nationale de la certification professionnelle

Ces exemples ne sont pas des situations isolées et exceptionnelles et nous ne comprenons pas comment le métier peut être exercé dans de bonnes conditions dans l'intérêt des personnes protégées sans un cursus juridique solide. La véritable plus-value du métier est bien là : dans le regard que le MJPM pose sur ces situations, afin de pouvoir rendre compte au juge de ses démarches, de ses questionnements, ses initiatives et son avis argumenté sur la question.

Outre une formation initiale repensée pour être en phase avec le niveau d'exigence demandé et les responsabilités afférentes à ce niveau d'exigence, **l'instauration d'une formation continue obligatoire** est le gage d'une véritable professionnalisation, permettant une actualisation des connaissances.

Enfin, nous l'avons déjà évoqué mais une formation plus large devrait être réalisée à destination de tous les encadrants des services et plus généralement, l'ensemble des acteurs de la PJM (médecins, travailleurs sociaux, juges, etc)

Instauration d'un diplôme national de niveau II

Repenser la formation initiale

Instauration d'une formation continue obligatoire

Un dispositif de financement suffisant et fiable

Pour les professionnels exerçant à titre individuel la question du financement est cruciale car c'est sa régularité qui garantit en partie les bonnes modalités d'exercice de notre activité.

Bon nombre de questionnements concourent à l'incompréhension des professionnels mandataires qui s'investissent au quotidien.

Si la profession de MJPM est jeune puisque mise en place par la Loi du 05 mars 2007, elle a néanmoins été impactée, bousculée par de multiples textes législatifs dont la Loi d'Adaptation de la Société au Vieillessement, imposant à chaque fois de nouvelles contraintes, de nouvelles responsabilités aux professionnels. Si nous acceptons toutes ces évolutions et sommes force de propositions comme pour la mise en place des appels à candidatures pour les agréments des MJPM exerçant à titre individuel, nous ne pouvons pas être insensibles à l'absence de reconnaissance des professionnels de la PJM et plus particulièrement à notre mode d'exercice.

Quelle profession accepterait de voir sa rémunération bloquée depuis le 1^{er} janvier 2014, sans aucune revalorisation ? Aucune ! Alors que parallèlement nous répondons aux attentes du législateur et accroissons de manière permanente notre professionnalisme, investissons tant en formation que dans des structures matérielles (locaux professionnels, cabinets, logiciels et dématérialisation, RGPD, moyens de transport...) et des moyens humains en recrutant et formant des collaborateurs permettant de prendre en charge et d'accompagner les situations de vulnérabilité qui nous sont confiées par les Juges des Tutelles.

Nos charges augmentant (tant par choix professionnel que par la pression fiscale croissante), cette absence de revalorisation, qui, si elle intervient un jour, n'est pas augurée avant 2021 selon les dires de la DGCS, correspond en réalité à une baisse de nos revenus.

Comment se contenter de cette absence de considération alors que la Cour des comptes, le Défenseur des droits et la Loi souhaitent une protection de qualité.

Ainsi, **comment l'état peut-il déceimment annoncer tenir compte et protéger ses concitoyens vulnérables lorsqu'il octroie à un MJPM exerçant à titre individuel la somme de 142,95 € Brut/ mois soit 70€ net /mois pour assumer une mesure de curatelle renforcée au bénéfice d'une personne titulaire de l'AAH vivant à domicile ?**

Comme si cela ne suffisait pas, le projet de décret prévoit des baisses significatives des indicateurs (voire leur disparition) qui selon nos estimations entrainera mécaniquement des baisses sur le coût des mesures de protection de plusieurs pourcents en laissant miroiter l'augmentation de la mission de subrogé curateur/tuteur, qui reste une mesure de protection qui ne représente que 0.1% des mesures de protection. **Si nous étions favorables à la suppression ou la simplification de certains indicateurs, cela était conditionné à une revalorisation de nos missions et de la prise en compte de la réalité des charges de travail.**

Comment le législateur peut-il sans cesse augmenter les obligations d'une profession sans jamais s'interroger sur les moyens à y consacrer et sur les modalités de règlement de la contribution de l'Etat ? En effet, les DDCS sont plus ou moins promptes à considérer comme prioritaire le paiement régulier de la participation de l'État au dispositif de financement de la PJM. Si dans la majorité des cas, nous nous sommes pliés à un financement trimestriel, les MJPMi portant la charge de la trésorerie nécessaire, nous ne pouvons tolérer les mois de retard qui nous sont imposés, par le manque de temps, de moyens humains, du congé d'une personne en charge des vérifications, d'une signature, pour vérification du Trésorier Payeur Général, quand ce n'est pas pour absence de crédit, alors que les autres départements de la même région administrative ont eu leurs crédits délégués ! La régularité de nos paiements doit être une normalité et un vecteur de reconnaissance pour des auxiliaires de justice ayant une mission de service public.

Nous ne pouvons que regretter les signaux que nous transmet la DGCS, nous laissant à penser que l'Etat n'a qu'une seule perspective : réduire ses coûts, **sans jamais s'interroger sur toutes les dépenses et les coûts évités lorsqu'une personne bénéficie d'une mesure de protection !!** Bien souvent les hospitalisations sont raccourcies, le maintien à domicile des personnes âgées privilégié, des procédures contentieuses amiablement résolues, les loyers sont de nouveaux payés (évitant ainsi l'augmentation des dettes auprès des bailleurs sociaux ou bien les expulsions), les spoliations, dol et abus de faiblesse disparaissent et n'encombrent plus les tribunaux en procédures pénales et civiles... et ceci ne prend pas en compte ce qui ne peut pas se mesurer financièrement: la bientraitance des personnes âgées, handicapées ou vulnérables, le respect de leurs droits et de leur dignité. Ne serait-il donc pas primordial avant tout arbitrage purement déflationniste d'une politique court-termiste de coût, d'étudier les gains pour la société obtenus grâce à l'action de tous les mandataires judiciaires à la protection des majeurs par le biais d'une mission de l'IGAS ou d'une enquête parlementaire.

La FNMJI et les 925 MJPM exerçant à titre individuel qu'elle représente à ce jour ne sauraient accepter de charges supplémentaires à droit et à moyens constants.

La création d'un organe national pluridisciplinaire

Le métier de MJPM est hybride. L'autorégulation ne semble donc pas adaptée à notre profession. Un organe interministériel et même interdisciplinaire paraît être désormais indispensable.

La création d'un Organe National Pluridisciplinaire dont le rôle est à construire mais qui, en plus d'une mission d'observatoire générale et/ou de pilotage national, pourrait être saisi des questions d'éthique et de déontologie, de régulation, de contrôle, de schémas régionaux et pourquoi pas, se déclinier en Régions pour être au plus près des spécificités territoriales.

Cette question doit être traitée en partie dans le cadre du groupe de travail Ethique et Déontologie.

Il serait possible d'envisager un organe national pluridisciplinaire avec des compositions différentes selon les enjeux.

Par exemple :

- Pour des questionnements éthiques : une composition large avec philosophe, universitaire, juge, MJPM...
- Une composition restreinte pour des questions de contrôle ou de déontologie avec la DDCS, juge, MJPM

C'est une réflexion à élargir sur le contrôle en général. Il paraît invraisemblable et contreproductif de constituer plusieurs commissions pour des thèmes différents qui sont pourtant fortement imbriqués entre eux : contrôle de l'activité, agrément, régulation, déontologie, éthique...

Il faut donc envisager ce maillon collectif manquant permettant d'organiser la profession : **un organe unique** permettant un **réel pilotage de la politique publique dans le cadre de la PJM**.

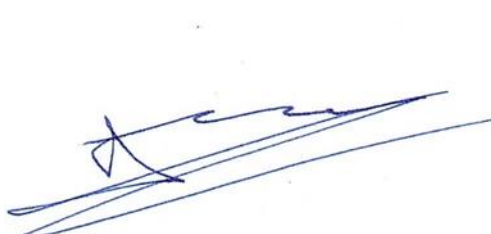
Séverine Roy, Co Présidente de la FNMJI



David Matile, Co Président de la FNMJI



Sandrine Schwob, Déléguée Générale





interRAI™
France

CONTRIBUTION AU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS
VULNERABLES : « AMELIORATION DES CONDITIONS DE SAISINE DU JUGE »

**L'ÉVALUATION MULTIDIMENSIONNELLE :
EN AMONT ET DANS LE SUIVI AU LONG COURS DE LA PROCÉDURE JUDICIAIRE**

L'Association InterRAI France propose la mise en œuvre d'expérimentations territoriales dans lesquelles une personne vulnérable pourrait bénéficier d'une évaluation multidimensionnelle conduite par un instrument interRAI dès lors que des difficultés concernant les décisions de la vie quotidienne sont repérées par son entourage familial, professionnel, voire par elle-même. Les évaluations multidimensionnelles déterminent les conséquences des problèmes de santé (maladies et/ou accidents), conduites régulièrement elles aident les prises de décisions partagées et adaptées : déterminer le temps du besoin, organiser et suivre les mesures de protection. Ces expérimentations devraient être conduites en coresponsabilité interministérielle, sous la gouvernance des organisations impliquées dans l'accompagnement des personnes vulnérables.

Contact : valerie.cerase@laposte.net

Juin 2018

CONTEXTE ET QUESTIONNEMENT	P. 3
PROPOSITION	P. 4
EN ANNEXE :	
1 LES INSTRUMENTS INTERRAI	P. 6
○ ORIGINE	
○ CARACTERISTIQUES DES INSTRUMENTS INTERRAI	
• multidimensionnels	
• standardisés	
• validés scientifiquement	
• favorisant l'interdisciplinarité	
• en évolution continue	
○ INTÉRÊTS DES INSTRUMENTS INTERRAI	
○ LA SUITE D'INSTRUMENTS INTERRAI	
2 LE CONSORTIUM INTERRAI	P. 10
3 L'ASSOCIATION INTERRAI France	P. 10
4 ÉLÉMENTS DE BIBLIOGRAPHIE	P. 11

CONTEXTE DE LA CONTRIBUTION - QUESTIONNEMENT

Plusieurs rapports ont préconisé un renforcement de l'évaluation de la situation de la personne, et notamment de sa dimension pluridisciplinaire (et/ou multidimensionnelle), avant l'ouverture d'une mesure de protection.

Le Défenseur des droits, dans son rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables de septembre 2016, recommande « de mettre en place une évaluation pluridisciplinaire de la personne à protéger et d'ajouter au certificat médical **une évaluation médico-sociale de la personne** ».

Le groupe de travail sur l'évaluation médico-sociale mis en place par la DGCS proposait en juin 2003 : De « mettre à la disposition du procureur de la République et du juge des tutelles **un nouvel outil d'investigation de la situation sociale, familiale, médicale et financière de la personne à protéger, l'expertise médico-sociale (EMS)** », cette expertise pouvant « être ordonnée lors de la demande d'ouverture d'une mesure de protection, au cours de l'exercice de la mesure ou au terme de son exécution ».

Et l'article L. 116-1 du code de l'action sociale et des familles précise que « l'action sociale et médico-sociale tend à promouvoir, dans un cadre interministériel, l'autonomie et la protection des personnes, la cohésion sociale, l'exercice de la citoyenneté, à prévenir les exclusions et à en corriger les effets. Elle repose sur **une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux, en particulier des personnes handicapées et des personnes âgées, des personnes et des familles vulnérables, en situation de précarité ou de pauvreté**, et sur la mise à leur disposition de prestations en espèces ou en nature ».

A l'évaluation médicale du certificat médical circonstancié, ne devrait-il pas être fondamental de procurer également une évaluation multidimensionnelle de la personne qui doit être protégée, dans son lieu de vie habituel ?

Une réponse à une recommandation du rapport de septembre 2016 du Défenseur des droits « souhaite rappeler que si l'ouverture par le juge d'une mesure de protection juridique ne se fonde aujourd'hui que sur l'évaluation médicale du majeur à protéger, il n'en demeure pas moins qu'une évaluation pluridisciplinaire du majeur **permettrait au juge, de bénéficier d'un recueil de renseignements sur la situation socio-économique ou médico-sociale de la personne** lui permettant de prononcer une mesure de protection plus adaptée, graduée et individualisée. »

L'évaluation multidimensionnelle n'est pas une expertise médicale, elle envisage tous les aspects d'une situation : facteurs personnels et environnementaux, obstacles ou facilitateurs aux activités et à la participation à la vie sociale. Conduite dans un dialogue avec la personne, elle tient compte de son projet de vie et de son environnement pour que puisse lui être proposé, dans le plan personnalisé de compensation, un accompagnement adapté. (Les documents de la CNSA)

Les dimensions qui doivent être abordées font consensus dans la littérature : santé physique, statut fonctionnel, santé psychologique, santé cognitive, environnement social, statut économique, situation administrative, environnement et aspects de sécurité et les besoins spirituels. En revanche les outils demeurent trop différents, nombreux, individualisés, centrés d'avantage sur les incapacités et ne sont pas toujours validés. La compréhension globale de la situation n'est pas aisée.

Il existe peu d'outils qui intègrent et relient toutes les dimensions qui permettent de comprendre une situation.

Les instruments interRAI appartiennent à la génération d'outils intégrés, ils ont été élaborés dans le cadre conceptuel de la Classification Internationale du Fonctionnement humain, du handicap et de la santé (CIF) de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS - 2001) qui définit l'état de fonctionnement et de handicap d'une personne comme le résultat d'interactions dynamiques entre l'état de santé et les facteurs contextuels. Leurs applications peuvent ainsi dépasser les frontières de l'âge, de l'origine des troubles et des contextes de vie et/ou prises en charge.

Quelque-soit la population, le fonctionnement est défini par une description des fonctions organiques, des activités et de la participation à la société, cette description est assurée par les interRAI.

Ce qui permet de repérer les situations de handicap ou risque de handicap, déterminer les déficiences et/ou limitation des activités et/ou restriction de participation, et répondre aux nécessités de compensation.

Les instruments interRAI ont applicables à toutes personnes vulnérables et à tout lieu de vie/soins. Ils permettent de conduire des évaluations multidimensionnelles qui recherchent les attentes, les ressources et les capacités d'une personne.

PROPOSITION D'INTERRAI France POUR LE RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

Dans le rapport 2016 « Protection juridique des majeurs vulnérables » du Défenseur des droits on note parmi les recommandations : l'institutionnalisation de la création de comités locaux interdisciplinaires dans le ressort de chaque tribunal de grande instance.

En effet, la protection des personnes vulnérables réunit des acteurs multiples, qui concourent chacun, à leur niveau, au processus de prise en charge de la personne vulnérable. A ce jour, aucun dispositif législatif ou réglementaire n'institue cependant entre eux de collaboration interdisciplinaire pourtant indispensable à la mise en œuvre des mesures judiciaires ou extra-judiciaires qui sont prononcées au bénéfice des personnes protégées.

Certaines expérimentations locales de partenariats ont toutefois été menées en 2014, à l'initiative d'un juge des tutelles du tribunal d'instance de Montreuil, en Seine Saint Denis. En raison de changements d'affectations du magistrat, celles-ci n'ont cependant malheureusement pas été poursuivies plus avant. Aussi le Défenseur des droits préconise de généraliser la création de comités locaux interdisciplinaires, sous la coordination du président de chaque tribunal de grande instance. Les comités réunissaient, notamment un représentant de l'Etat, des juges des tutelles, un greffier des tutelles, un directeur de greffe, le bâtonnier, le procureur de la République, le président du conseil départemental, de la direction régionale de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale (DRJSCS), de l'agence régionale de santé (ARS), des mandataires, des professionnels associatifs et individuels, des mandataires familiaux ainsi qu'un médecin figurant sur la liste établie par le procureur. Ces comités locaux auraient pour mission, entre autres : d'évoquer des situations dont la résolution exige un partenariat interdisciplinaire approfondi - d'alerter les autorités locales compétentes concernant des problématiques locales particulières - de proposer la mise en œuvre d'actions locales de nature à favoriser le développement du partenariat interdisciplinaire.

Les mesures de protection s'inscrivent dans un accompagnement des personnes vulnérables dans une logique d'un parcours dans lequel les besoins évoluent, impliquant la personne, son entourage familial et des professionnels de disciplines multiples. Les parcours doivent être identifiés dans un système intégré d'aides et de soins (integrated care) dans lequel les acteurs du système judiciaire partagent les prises de décisions avec ceux des systèmes sanitaires, sociaux et médico-sociaux.

Une telle collaboration au service des personnes vulnérables nécessite un langage commun et la pratique commune de l'évaluation multidimensionnelle qui est facteur de réussite de l'intégration. Le système interRAI répond à de tels fondamentaux.

InterRAI France propose l'élaboration d'expérimentations territoriales dans le cadre de dispositifs d'intégration existants (Méthode d'Actions pour l'intégration des services d'aide et de soins dans le champ de l'autonomie - MAIA - CNSA ou Plateformes territoriales d'appui - PTA - DGOS).

Ces dispositifs exigent le partenariat interdisciplinaire indispensable décrit dans le rapport cité du défenseur des droits. De plus, pour ce qui concerne les MAIA, la CNSA conduit actuellement le projet d'implémentation de l'instrument interRAI Home Care retenu comme outil d'évaluation multidimensionnelle unique pour les gestionnaires de cas en France.

- Population cible : Les personnes pour lesquelles se pose la question d'une mesure de protection
- Évaluation multidimensionnelle par les instruments interRAI Home Care ou interRAI Mental Health en amont de la décision judiciaire - au temps de la décision - au décours de la décision
- Évaluateurs : Professionnels formés de l'accompagnement
- Objectifs : Déterminer la pertinence de l'évaluation multidimensionnelle dans l'aide à la décision - Déterminer la mesure d'accompagnement la plus adaptée au temps T et son efficacité
- Méthodologie : Traitement d'une base de données standardisée et informatisée qui garantit la qualité de l'analyse et la comparaison des résultats

ANNEXES

1

LES INSTRUMENTS INTERRAI

Ils permettent de conduire une démarche d'évaluation multidimensionnelle standardisée qui prend en considération les atouts, les préférences et les besoins d'une personne. Le principe de cette évaluation permet différentes applications à destination des cliniciens, des responsables de services et de soins, des organisations décisionnelles en politiques de santé et des chercheurs.

Les instruments interRAI ont été conçus dans le cadre conceptuel de la CIF pour comprendre le fonctionnement des personnes et leur qualité de vie dans leur environnement (lieu de vie et/ou de soins). (Berg & al. 2009)

Ils sont continuellement développés pour améliorer la qualité des soins, accompagner les modifications des pratiques professionnelles et renforcer l'intégration de nos organisations.

o ORIGINE

1990 : élaboration du premier outil RAI (Resident Assessment Instrument) aux Etats-Unis pour les résidents des maisons de retraite (Morris & al. 1990).

1992 : création d'une organisation scientifique internationale de chercheurs et de cliniciens, le consortium InterRAI.

1997 : création d'une version de l'outil pour les soins à domicile, l'instrument InterRAI-Home Care (InterRAI-HC) (Morris & al. 1997).

Dès 1997, le consortium InterRAI élargit les champs d'application de la démarche d'évaluation multidimensionnelle à d'autres populations vulnérables dont les personnes en situation de handicap mental ou sensoriel.

2001 : InterRAI travaille une dimension intégrative au système d'information.

En effet, les différents instruments sont construits autour d'une série d'items communs, avec des items spécifiques selon les populations évaluées et le contexte d'aide et de soins. Une telle compatibilité entre instruments apporte une culture commune, qui facilite la continuité de la prise en charge grâce à un système d'information intégré et permet de suivre les parcours des personnes en perte d'autonomie (Gray & al. 2009).

- **CARACTERISTIQUES DES INSTRUMENTS INTERRAI**

- **Des instruments multidimensionnels**

Tous les domaines-clés de la santé sont évalués avec un seul et même outil qui intègre et relie les informations multidimensionnelles pour une meilleure compréhension du fonctionnement de la personne dans son environnement (Morris & al. 1997).

1. Données sociodémographiques
2. Admission dans le service et historique du parcours de soins
3. Contexte de l'évaluation
4. État cognitif
5. Communication - Vision - Audition
6. Humeur - Comportement
7. Bien-être psycho-social
8. Etat fonctionnel dont Activités de la Vie Quotidienne (AVQ), Activités Instrumentales de la Vie Quotidienne (AIVQ) et locomotion
9. Continence
10. Diagnostics médicaux
11. Problèmes de santé (dont chutes, douleur, fatigue, dyspnée, santé perçue)
12. État Nutritionnel et buccodentaire
13. Etat de la peau et des pieds
14. Médicaments
15. Mesures de prévention, traitements et programmes d'aide et de soins
16. Responsabilité juridique
17. Soutiens sociaux (dont aidants et état de santé des aidants)
18. Environnement, habitat et conditions financières
19. Perspectives d'évolution

- **Des instruments standardisés**

Le cadre de l'évaluation est standardisé dans un formulaire, chaque domaine des informations normées sous forme d'items. Pour assurer une uniformité de leur compréhension par les différents évaluateurs, les manuels d'utilisation contiennent un descriptif item par item avec des consignes clairement structurées.

1. Objectif (pourquoi l'item est retenu)
2. Définition précise de l'item (ex : faire les courses signifie : « Comment se font les achats des aliments ou des articles ménagers, le choix des produits et le paiement » ; activité indépendante de l'item sur les transports)
3. Procédure d'évaluation, précisant les sources d'information (privilégiant chaque fois que possible le point de vue de la personne) et la méthode pour déterminer la réponse la plus appropriée
4. Méthode de codage (explication des catégories de réponse aux items qui prend en compte une durée de période d'observation standard).

- **Des instruments validés scientifiquement**

Le consortium InterRAI maintient des standards élevés de qualités métrologiques dans les instruments d'évaluation multidimensionnelle. Les équipes de recherche qui participent au développement des outils conduisent des études cliniques pour s'assurer que les versions publiées sont valides et fiables. Des études d'acceptabilité par les cliniciens ont été effectuées pour tester les instruments dans la pratique quotidienne des lieux de soins.

Dans le consortium InterRAI, un comité de développement des systèmes et des instruments (Instruments and Systems Development -ISD-) confirme les différentes étapes de validation pour utilisation en pratique courante. Le travail de ce groupe est réalisé grâce à l'utilisation des bases de données internationales.

- **Des instruments qui favorisent l'interdisciplinarité**

La démarche RAI a été conçue pour permettre une utilisation pluri professionnelle des outils afin de renforcer pluridisciplinarités et interdisciplinarités. Ces professionnels peuvent être infirmiers, travailleurs sociaux, ergothérapeutes, kinésithérapeutes, psychomotriciens, psychologues, gestionnaires de cas ou médecins. Ce qui implique des formations avec la participation de l'ensemble de ces professionnels.

- **Des instruments en évolution continue**

Les travaux du consortium InterRAI permettent de réaliser des mises à jour du contenu des instruments selon l'évolution des données de la science, des recommandations internationales en santé et de l'analyse des remarques de pool utilisateurs de chaque pays.

Les algorithmes qui définissent les différents indicateurs sont régulièrement testés dans les nouvelles productions de données et ajustés.

En fonction des besoins exprimés, de nouveaux outils peuvent être élaborés, leur pertinence est soumise aux standards de validation et production.

Cette particularité permet de proposer des instruments d'actualité.

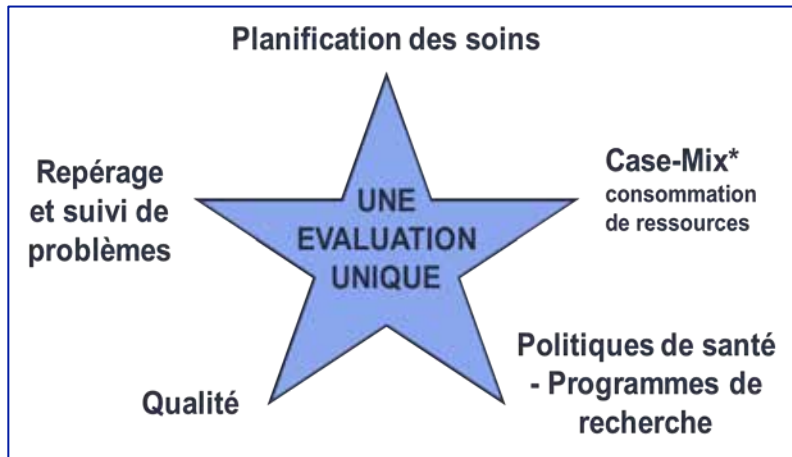
- **Des instruments producteurs de données de santé au niveau mondial**

Les données de santé standardisées des instruments interRAI, des algorithmes de traitement des informations sont utilisés dans plus de 35 pays. Le regroupement des données pays utilisateurs (dans l'anonymisation et le respect des réglementations nationales) permet de mettre à disposition des membres du consortium une data base de qualité qui ne cesse de s'accroître.

Elles permettent d'avoir une connaissance de l'état de santé des populations, un suivi de son évolution et de les comparer à différents niveaux en évitant les biais méthodologiques de mesures des facteurs de santé.

○ INTÉRÊTS DES INSTRUMENTS INTERRAI

Une seule évaluation multidimensionnelle de la personne permet de produire des données plusieurs applications.



○ LA SUITE D'INSTRUMENTS INTERRAI

Le concept de la démarche d'évaluation multidimensionnelle standardisée interRAI est utilisé dans les multiples lieux de soins et adapté à des populations spécifiques. Des versions pour chaque lieu de soins et/ou type de population.

- Acute Care
- Acute Care for Comprehensive Geriatric Assessment
- Assisted Living
- Brief Mental Health Screener (BMHS)
- Community Health Assessment (CHA)
- Community Mental Health
- Contact Assessment
- Deafblind
- Emergency Department
- Emergency Screener for Psychiatry

- Home Care
- Hospital Systems
- Intellectual Disability
- Long-Term Care Facilities
- Mental Health for Correctional Facilities
- Mental Health for In-Patient Psychiatry
- Palliative Care
- Post-Acute Care and Rehabilitation
- Quality of Life
- Wellness

2**LE CONSORTIUM INTERRAI**

Organisation internationale à but non lucratif

Object : « produire l'information la plus exacte possible, à travers différents services de soins et dans différents pays, pour augmenter le bien être des personnes âgées fragiles et permettre une distribution efficace et équitable des ressources » (Fries & al. 2003).

Le consortium InterRAI est dirigé par un "board" international de 7 membres représentant 6 pays, présidé par le Professeur Brant Fries (Université d'Ann Arbor, Michigan, Etats-Unis). La cellule opérationnelle est le comité de développement des instruments et des systèmes (ISD) qui comprend 16 membres de 10 pays (parlant 8 langues dont le français).

Le développement de chaque outil est validé sur des bases de données internationales représentant des millions d'évaluations.

Du fait de son évolution (plus de 100 membres) et pour renforcer les liens entre membres, le consortium InterRAI est désormais constitué de 3 groupes de travail selon les profils cliniques des personnes et les secteurs de soins.

- Le groupe « ageing and integrated care » présidé par le Professeur Anja Declerck (Belgique). Il travaille sur les instruments soins de longue durée en établissement et à domicile et soins palliatifs.
- Le groupe « acute care » présidé par le Professeur Lan Gray (Australie)
- Le groupe « mental health » présidé par le Professeur John Hirdes (Canada)

Depuis 1990, on dénombre environ 700 publications scientifiques produites par les équipes universitaires internationales en lien avec le consortium InterRAI (www.interrai.org).

3**L'ASSOCIATION INTERRAI France**

Association loi de 1901 à but non lucratif

Objet : L'association InterRAI France, régie par les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901, a pour objet l'expérimentation, l'aide au développement notamment informatique, la diffusion et la promotion de la démarche interRAI en France. A cet effet, l'Association entreprend les activités nécessaires et tous objets similaires, connexes ou complémentaires ou susceptibles d'en favoriser la réalisation ou le développement.

Organisation : 5 départements en interrelation pour la mise en œuvre des projets

RECHERCHE - FORMATION - SYSTEME D'INFORMATION - RELATIONS INTERNATIONALES - RECOMMANDATIONS ÉTHIQUES

L'association bénéficie en France du temps et des compétences de nombreux bénévoles qui s'activent dans les différents Départements afin de développer le réseau interRAI initié il y a 30 ans aux USA et présent dans plus de 40 pays aujourd'hui. (De Stampa & al. 2018)

Le développement informatique des instruments basé sur les spécificités techniques développées par interRAI est assuré par startRAI pour encadrer les programmes de recherches et expérimentations.

- Berg, K, Finne-Soveri, H, Gray, L, Henrard, JC, Hirdes, J, Ikegami, N, Ljunggren, G, Morris, JN, Paquay, L, Resnik, L and Teare, G. Relationship between interRAI HC and the ICF: Opportunity for operationalizing the ICF. *BMC Health Services Research* 2009, 9:49. DOI: 10.1186/1472-6963-9-47.
- De Stampa M, Cerase V, Bagaragaza E, Lys E, Alitta Q, Gammelín C, Henrard JC. Implementation of a standardized comprehensive assessment tool in France: a case using the interRAI instruments. *International Journal of Integrated Care*. Accepté Janvier 2018.
- Fries B, James M. Identifying “appropriate” applicants for home and community based services: The MI Choice screening system. *Policy Brief. Cent Home Care Policy Res* 2003;13
- Gray, LC, Berg, K, Fries, BE, Henrard, JC, Hirdes, JP and Steel, K. Sharing clinical information across care settings: the birth of an integrated assessment system. *BMC Health Services Research* 2009; 9:71. DOI: 10.1186/1472-6963-9-71.
- Morris JN, Hawes C, Fries B, Philips C, Mor V, Katz S. Designing the National Resident Assessment Instrument for Nursing Homes. *Gerontologist* 1990;30:293-302
- Morris JN, Fries BE, Steel K, Ikegami N, Bernabei R, Carpenter GI, Gilgen R, Hirdes JP, Topinkova E. Comprehensive clinical assessment in community setting: applicability of the MDS-HC. *J Am Geriatr Soc*. 1997 ;45(8):1017-1024
- Morris JN, Fries BE, Steel K, et al. Comprehensive clinical assessment in community setting: applicability of the MDS-HC. *J Am Geriatr Soc* 1997;45: 1017-24

Paris, le 13 juin 2018

Observations devant le groupe de travail interministériel et pluridisciplinaire sur la protection juridique des majeurs

Le Syndicat de la magistrature partage l'essentiel des conclusions du rapport rendu au mois de septembre 2016 par le Défenseur des droits sur la question de la protection juridique des majeurs vulnérables.

Il ne peut néanmoins que s'interroger sur le télescopage entre les travaux du groupe installé par la direction des affaires civiles et du Sceau (DACS) et le projet de loi de programmation pour la justice porté parallèlement par la chancellerie, qui prévoit notamment d'ores et déjà l'assouplissement de la mesure d'habilitation familiale et la déjudiciarisation du contrôle des actes de gestion.

Surtout, en supprimant la fonction de juge d'instance et le tribunal d'instance en tant que juridiction autonome, le projet de loi fera disparaître la spécialisation et la spécificité du juge des tutelles, au détriment du justiciable vulnérable. Si demain ce juge des tutelles devenu juge au tribunal départemental perd toute spécificité et doit siéger au tribunal correctionnel, participer au Tribunal des affaires de sécurité sociale ou à toutes autres composantes du service général, il sera conduit à multiplier les dispenses d'auditions ou à limiter ses déplacements sur les lieux de vie des majeurs protégés.

Par ailleurs, alors que le nombre de juges et de personnels de greffe affectés à la mission de protection juridique des personnes vulnérables est notablement insuffisant, le projet de loi en cours n'est conçu que comme un mode de gestion de la pénurie. Le Syndicat de la magistrature a ainsi pu apprendre, à l'occasion de diverses commissions institutionnelles, que :

- Aucun nouvel emploi de magistrat ne sera créé à l'occasion de la circulaire de localisation des emplois (CLE) 2018, même lorsque les circonstances particulières et objectives locales l'imposeraient, et que 82 emplois de fonctionnaires seront supprimés de la CLE.

- Sur les 6500 créations nettes d'emplois sur cinq ans annoncées pour le ministère de la Justice, seuls 584 seront destinées aux services judiciaires, répartis en 400 postes de magistrats et 184 postes de fonctionnaires de greffe. Une moyenne, pour les magistrats, de 80 créations nettes par an, étant précisé que pour l'année 2018, 147 créations sont annoncés. Enfin, le ministère espère un gain de « 800 à 900 postes qui pourraient être économisés grâce à la simplification et à la transformation numérique », et qui seront redéployés, soit 10% de l'effectif de la magistrature française dont les effectifs sont déjà parmi les plus bas d'Europe.
- Le projet de CLE indique que la fusion des 20 tribunaux d'instance parisiens en un tribunal d'instance unique entraînera la suppression de 38 postes de fonctionnaires et de 12 postes de magistrats, illustration des restrictions en germe derrière les fusions et mutualisations annoncées.

Aussi il nous paraît important d'aborder dans un premier temps l'office du juge pour décliner ensuite les règles de procédure, le travail partenarial et le contrôle pour terminer par les droits des personnes protégées.

A) L'office du juge : de la protection et son statut

La proposition du changement de dénomination, de juge des tutelles à juges de la protection, est intéressante. Un tel changement est en effet de nature à éviter les interprétations péjoratives du rôle de ce juge.

Néanmoins, le seul changement de nom, et la seule affirmation d'une spécialisation ne suffisent pas. Il convient d'assurer une autonomie à ce juge de la protection afin de lui permettre de se concentrer sur cette mission. Juge formé, spécialisé, il doit être assuré d'une certaine pérennité dans ces fonctions et de pouvoir disposer de moyens en greffiers et fonctionnaires suffisants. Il est important également que le justiciable, particulièrement fragilisé en la matière, puisse identifier « son » juge.

Il devra être assisté d'un greffier qui lui aussi sera assuré d'une certaine pérennité dans sa fonction, là encore pour préserver la compétence du greffier du juge de la protection et la relation qu'il entretient avec les justiciables.

Le Syndicat de la magistrature ne peut toutefois que constater que le projet de loi de programmation en cours, qui entend supprimer le tribunal d'instance et la fonction de juge d'instance en tant que telle, s'inscrit totalement à rebours de cette exigence fondamentale.

B) Les règles de procédure

L'assistance obligatoire par avocat

Il paraît excessif d'imposer le recours systématique à un avocat dans la procédure, au vu du nombre très important de situations familiales non conflictuelles. L'adoption de l'habilitation familiale, et sa prochaine extension, va plutôt dans le sens d'un allègement et d'une simplification des démarches pour les familles.

Cependant, on note que les avocats sont de fait très peu présents dans les cabinets de tutelles, alors même que la technicité et les enjeux de la matière rendent leur présence pertinente dans certains dossiers.

En pratique il peut exister un contentieux assez important sur la désignation de l'avocat lorsque le majeur et/ou sa famille sont en conflit avec un tuteur professionnel. Si le majeur veut désigner un avocat, le paiement de ses honoraires doit être effectué par le tuteur qui, sachant que le rôle de cet avocat est de contester son travail, se trouve en situation de conflit d'intérêt. Dans l'hypothèse où le majeur s'appuie sur sa famille, qui paie alors l'avocat, une confusion peut toujours subsister, rendant difficile de déterminer si l'avocat défend les intérêts personnels du majeur protégé ou ceux de sa famille.

Afin de surmonter ces difficultés, le Syndicat de la magistrature recommande la mise en place d'un système d'aide juridictionnelle provisoire de droit, afin de permettre à la personne de pouvoir recourir à un avocat sans que cette démarche n'ait à être validée par le tuteur ou par ses proches.

La mesure unique

La mesure unique semble être une orientation intéressante. Elle obligerait le juge à déterminer, pour chaque personne, le ou les domaines pour lesquels elle doit être assistée ou représentée. Certes, les textes actuels offrent déjà la possibilité d'adapter la mesure à la situation, entre la curatelle simple ou renforcée, tutelle ou tutelle allégée. Cependant, en pratique et en raison du manque de temps, les juges des tutelles ont tendance à simplement choisir l'une des mesures types.

La mesure unique fera rentrer dans les habitudes la mise en place de mesures adaptées au profil et aux besoins spécifiques des majeurs à protéger.

L'accompagnement

La notion d'accompagnement des majeurs est issue de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) et a été reprise dans l'avis rendu le 26 janvier 2017 par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH) sur le droit de vote des personnes handicapées.

Le Syndicat de la magistrature est favorable à la prise en compte de cette dimension, mais note que la question de la prise en charge du surcoût lié n'est pas envisagée.

Déjudiciarisation

Certaines autorisations judiciaires exigées pourraient être supprimées, notamment en matière d'ouverture ou de clôture de compte bancaire ou de virement de compte d'épargne à compte courant, le tuteur ou le curateur devant en tout état de cause rendre compte de sa gestion.

En matière de curatelle (ou situation assimilée dans l'hypothèse d'une mesure unique), il serait possible de ne prévoir le recours au juge qu'en cas de désaccord entre le majeur protégé et son curateur et en cas de conflit d'intérêt, le principe demeurant celui de l'assistance.

C) Partenariat et instances de contrôle

Statut et professionnalisation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM)

Alors que seul est aujourd'hui exigé un certificat national de compétence, il est nécessaire de mettre en place un véritable diplôme, de prévoir une charte éthique et déontologique, et un organe qui pourrait s'apparenter à un conseil de l'ordre.

Il est par ailleurs indispensable de mettre en place une procédure de retrait de l'agrément plus claire et plus simple.

Enfin, les MJPM exercent nécessairement seuls et ne peuvent en aucun cas déléguer leur signature. Si certains partagent leurs locaux ou moyens, ou ont des secrétariats spécialisés, ceux-ci ne peuvent en théorie accomplir aucun acte à la place du MJPM, occasionnant des difficultés en cas d'arrêt maladie ou de congés. Il existe une forte revendication en faveur de la possibilité d'un exercice sous la forme de société civile professionnelle (SCP) qui permettrait une continuité dans l'accompagnement et une amélioration des conditions de travail.

Coordination Interministérielle/observatoire de la protection juridique

Alors que des observatoires régionaux existent d'ores et déjà, il serait pertinent de prévoir le développement d'instance de coordination et d'observation nationales impliquant notamment les juges de la protection.

Formation des médecins

Le nombre de candidats à être inscrit sur les listes et l'absence de formation de ceux-ci impose un réel effort en ce domaine.

De trop nombreux certificats médicaux circonstanciés ne correspondent pas aux exigences des textes et n'éclairent pas suffisamment les juges des tutelles, qui s'en contentent souvent afin d'éviter de faire supporter aux familles le coût d'un nouveau certificat alors même qu'elles ont eu recours à un médecin inscrit.

Un effort sur la formation des médecins est dès lors indispensable.

D) Les aspects patrimoniaux

La fiducie-gestion

Cette mesure, aujourd'hui impossible dans le cadre d'une tutelle, est présentée comme un moyen d'éviter la «lourdeur» d'une mesure de curatelle ou de tutelle. La fiducie-gestion, à la différence d'un mandat de protection future, n'est pas révoquée par la mise en place d'une mesure de protection par le juge des tutelles, et ne porte que sur le patrimoine et non sur les actes relatifs à la personne.

Dans le cadre de la fiducie-gestion, le constituant (un particulier) transfère des actifs, des droits, des sûretés, existants ou même futurs, à une autre personne, le fiduciaire (banque, assurance, avocat, Trésor public, Banque de France, Caisse des Dépôts et des consignations).

Le Syndicat de la magistrature relève qu'un tel dispositif peut être confié à des acteurs privés à but lucratif, en dehors de toute charte éthique et de toute mesure de prévention des conflits d'intérêts, et qu'elle ne saurait dès lors constituer un moyen de mieux protéger les majeurs vulnérables.

Les comptes de gestion

Le Syndicat de la magistrature s'étonne de l'absence de prise en compte de la thématique du contrôle des comptes de gestion, sujet pourtant indispensable. Par exemple, dans le département de Seine-Saint-Denis, 11 000 mesures de protection sont en cours, donc 11 000 comptes de gestion doivent être vérifiés tous les ans, mission qui n'est pas exercée de manière effective compte tenu de l'insuffisance des moyens humains de la justice.

Le projet de loi de programmation pour la justice prévoit un assouplissement ou une privatisation du dispositif de contrôle.

Si la dispense de compte de gestion, lorsque la mesure est gérée par un proche peut être envisagée, il paraît pertinent de la favoriser plus particulièrement au moment du renouvellement de la mesure. En effet la vérification des comptes de gestion et les échanges lors des auditions de renouvellement sur l'établissement de compte constituent des vecteurs de vérification du bon déroulement de la mesure.

En revanche, il ne paraît pas pertinent de dispenser les professionnels de toute vérification des comptes de gestion. Si les abus sont rares, ils existent et le juge doit pouvoir les détecter. Une procédure allégée avec une périodicité plus longue pourrait éventuellement être mise en place dans les dossiers simples.

De même la contresignature des comptes par le subrogé tuteur comme valant vérification des comptes n'est pas pertinente. Dans les familles dont les membres s'entendent, le contrôle sera inexistant et dans les familles conflictuelles, une telle vérification attisera davantage encore les conflits à l'inverse du but annoncé de simplification.

Quant au recours à une personne « qualifiée chargée de la vérification et de l'approbation des comptes », le Syndicat de la magistrature y est fermement opposé. Cette proposition est motivée par le fait que les directeurs de greffe ne sont pas en mesure de vérifier effectivement les comptes des mesures ordonnées. La difficulté ne provient pas d'un manque de compétence, s'agissant de professionnels spécifiquement formés et dont la formation pourrait être renforcée si nécessaire, mais d'un manque d'effectifs. En outre, il peut être utilement rappelé que pour les très gros patrimoines le juge peut déjà prévoir avant la vérification des

comptes l'intervention d'une personne qualifiée, comptable ou expert-comptable.

La vérification des comptes par le directeur de greffe est aujourd'hui gratuite pour le majeur protégé. La vérification par une personne privée sera évidemment payante et ce coût supplémentaire sera mis à la charge de la personne protégée. Ainsi le gouvernement envisage dans son projet de loi de faire peser le coût de la carence de l'Etat sur les justiciables les plus fragiles. En outre, la vérification par le directeur de greffe permet une certaine souplesse, alors que les personnes privées en charge de cette nouvelle mission auraient à n'en pas douter une approche plus rigide, par crainte de voir leur responsabilité engagée, là encore au préjudice des majeurs protégés et de leur famille.

Le Syndicat de la magistrature considère qu'il convient d'augmenter les effectifs de directeur de greffe pour leur permettre d'assurer leur mission, et non d'abandonner cette mission à des acteurs et intérêts privés.

E) Les droits des personnes protégées

Le droit de vote

Les difficultés proviennent du régime actuel (article L5 du code électoral), qui ne fixe aucun critère pour déterminer les conditions de retrait du droit de vote. Les professionnels qui doivent se prononcer sur la question – médecins inscrits ou juge des tutelles – adoptent une approche capacitaire du droit de vote, via des questions sur leur connaissance de l'actualité politique ou sociale.

Cette approche est discriminatoire puisque aucune connaissance ni compétence préalable n'est imposée pour l'exercice du droit de vote aux autres électeurs. En outre poser la question typique, suggérée dans les formations de l'Ecole nationale de la magistrature, « qui est le président de la République ? », peut être ressenti comme humiliant pour des personnes qui sont en mesure de répondre. D'autres questions relatives à la pratique antérieure du vote (« êtes-vous allé voté aux dernières élections ? ») peuvent également être considérées comme attentatoires au droit de s'abstenir.

Le Syndicat de la magistrature alerte le groupe de travail sur la question de la procuration de vote. Cet acte serait-il considéré comme « strictement personnel » donc sans l'intervention ni du tuteur ni du curateur ? Est-il nécessaire de prévoir l'intervention du juge si la procuration est donnée en faveur du tuteur, ou d'un membre de l'établissement d'accueil du majeur protégé ? Si oui, quels devront être les critères d'appréciation du juge pour valider ou non la procuration, sachant que le juge des tutelles n'est pas le juge de la sincérité du scrutin électoral ?

Les droits en matière de santé

Il est nécessaire de rendre cohérentes les dispositions du code civil et du code de la santé publique quant à l'articulation du rôle du représentant légal et de la personne de confiance, et de préciser la notion d'acte portant gravement atteinte à l'intégrité physique au sens de l'article 549 du code civil, qui donne lieu à des interprétations très diverses parmi les juges

des tutelles.

La position du Syndicat de la magistrature, en conformité avec les recommandations du Défenseur des droits, préconise la mise en conformité des articles 460 et 462 du code civil avec les stipulations de la CIDPH. Il rappelle, sur ce point, l'obligation faite par la CIDPH de respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée.

Le droit de divorcer

Le Syndicat de la magistrature estime nécessaire de mettre en conformité l'article 249 du code civil avec les stipulations de la CIDPH. En effet, le majeur protégé doit pouvoir demander le divorce par consentement mutuel ou par acceptation du principe de la rupture du mariage.

*

En conclusion, si le droit à l'autonomie et au respect de sa dignité est rappelé par le Défenseur des droits, celui-ci recommande que l'Etat « prenne sans délai les mesures efficaces et appropriées afin de rendre effectif, pour toute personne placée sous un régime de protection juridique, le droit, l'autonomie et au respect de sa dignité, notamment par l'augmentation des moyens accordés aux services en charge de l'accompagnement des majeurs protégés ».

Le Syndicat de la magistrature souligne que la sécurité juridique en ce domaine implique le maintien voir l'augmentation du nombre de juges et de personnels de greffes en charge de la protection.

La solution qui consisterait à transformer ce juge spécialisé en juge de l'incident en déjudiciarisant ou en privatisant une part importante du droit des personnes protégées serait de nature à multiplier les contentieux et à transférer de fait la responsabilité sans faute du juge du fait de sa mission générale de surveillance (article 416 du code civil) à la charge des professionnels (responsabilité professionnelle, voire pénale, de la personne chargée du contrôle).

CONTRIBUTION DE L'UNAF

AU GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL

SUR LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS

EN PRÉAMBULE

L'UNAF salue la mise en place du groupe de travail interministériel et interprofessionnel, conformément aux engagements de Madame la Garde des sceaux lors des dernières assises nationales de la protection juridique des majeurs, et exprime ses remerciements particuliers à Anne CARON-DEGLISE pour son investissement, l'intensité et la qualité des débats qu'elle a su animer, dans des délais les plus contraints. Nous remercions également les services de la DACS, réactifs et diligents qui ont alimenté et organisé les séances de travail, ainsi que la DGCS.

La protection juridique des majeurs touche au respect de la dignité, à l'autonomie et à la qualité de citoyen des personnes en situation de vulnérabilité (personnes âgées, personnes handicapées). Monsieur le Directeur des affaires civiles et du sceau a ouvert ces travaux en affirmant que « *tout doit être fait pour valoriser les droits des personnes protégées et garantir la prise en compte effective de leurs intérêts personnels* », rappelant « *que de ce point de vue, la situation actuelle n'est pas satisfaisante* ».

L'UNAF partage cette ambition d'amélioration et d'évolution du dispositif national, en vue de rendre les droits des personnes plus effectifs. Aussi, dans la présente contribution, synthétique et non exhaustive, nous insisterons sur les **effets concrets** attendus par les familles et par le secteur professionnel.

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est fondée sur des principes généraux (nécessité, subsidiarité, proportionnalité) qui n'ont pas lieu d'être remis en cause. Elle comporte de multiples outils juridiques (ex : grande palette de mesures qui permettrait en théorie de personnaliser la protection) qui n'ont pu produire les résultats escomptés ou même connaître de réalité, faute de moyens pour

les déployer. **Renforcer les droits des personnes exige de renforcer les moyens notamment en temps pour la Justice et pour les MJPM.**

Le présent rapport constitue, nous l'espérons, la première étape d'un processus d'amélioration du dispositif français actuel, qui nécessite, au vu de sa complexité et de ses multiples enjeux, que la co-construction se poursuive. Compte-tenu de cette nécessité, **un pilotage interministériel s'impose avec la désignation d'un délégué interministériel incarnant et mettant en œuvre cette politique publique, et ce d'autant que le contexte particulièrement tendu exige des réponses urgentes.**

En effet, nous constatons que le nombre de mesures de protection confiées aux services continue d'augmenter dans un cadre financier très contraint. **L'UNAF ne cesse d'alerter sur la situation de nombreuses UDAF dépassant leur plafond d'activité autorisée, auxquelles les juges répondent qu'elles ne peuvent refuser d'exercer les mesures pour lesquelles elles sont désignées. Concrètement, la gravité de cette situation entrave le bon fonctionnement des services, crée de la souffrance au travail et pénalise inéluctablement la qualité du service rendu aux personnes.** Dans la logique des schémas régionaux, il est inconcevable que le dispositif français ne prévoit pas de coordination globale entre les services de la cohésion sociale et ceux de la justice, afin que les juges puissent tenir compte du taux d'activité des MJPM de leur ressort, et que les financements puissent tenir compte de l'évolution de l'état de vulnérabilité des personnes nécessitant des mesures de protection décidées par les juges.

Par ailleurs, l'UNAF considère que toute ambition de renforcer les droits des personnes, ne peut s'abstenir de tenir compte des difficultés et de la réalité des conditions d'exercice des professionnels. Les MJPM souffrent d'un manque de reconnaissance, ravivée à chaque campagne médiatique à charge. Il est exigé du secteur professionnel d'être qualifié, de renforcer ses compétences et sa disponibilité, de suppléer le retrait progressif du juge et des greffes, sans jamais valoriser l'impact social de ses missions. Il faut créer un statut professionnel assorti de conditions salariales et de déroulement de carrière à hauteur des ambitions fixées pour améliorer la prise en compte effective de chaque personne protégée.

La question du financement est centrale et déterminante dans l'application de toute norme. De ce point de vue, deux phénomènes concomitants à nos travaux nous paraissent peu compatibles avec cette condition nécessaire :

- D'une part le désengagement de la justice civile, garante des libertés et droits fondamentaux, qui prend effet dans le projet de loi programmation justice, en allégeant la charge et en dégageant la

responsabilité des juridictions pour certaines autorisations et en matière de contrôle des comptes,

- D'autre part, la réforme de la participation financière des majeurs qui met à contribution les plus fragiles économiquement, et dont le décret d'application (prévu par la loi de finances au 1er avril) n'est toujours pas publié. Cette réforme, critiquable sur le principe, inquiète vivement le secteur professionnel qui va devoir prélever les plus précaires et expliquer à ceux dont les ressources sont au niveau de l'AAH qu'ils devront désormais payer, et aux autres qu'ils paieront davantage, sans aucune amélioration de service puisqu'il s'agit de compenser la diminution des dotations publiques.

En ratifiant la CIDPH en 2010, l'État français s'est engagé à prendre toutes les mesures appropriées pour son application. Cela s'entend y compris des impératifs économiques nécessaires à les mettre en œuvre.

RENDRE EFFECTIFS LES DROITS DES PERSONNES

❖ Le droit de vote

Le droit de vote permet de participer à la vie de la cité, la vulnérabilité ne justifie pas qu'il soit sanctionné. Il est donc primordial que le prononcé d'une mesure de protection ne l'interdise pas systématiquement. Néanmoins, l'article L.5 du Code électoral, fixant le principe du maintien du droit de vote en tutelle, avec des exceptions possibles au cas par cas par le juge, apparaît problématique dans son application.

S'il nous paraît incontournable que le juge motive tout retrait de ce droit fondamental, nous nous interrogeons sur la nature des fondements qui peuvent le justifier, ainsi que sur la temporalité de sa décision qui peut intervenir loin d'échéances électorales et donc s'avérer obsolète. En outre, l'avis d'un médecin en ce domaine, médecin de surcroît non formé à la protection juridique, n'apparaît pas pertinent.

En réalité, la véritable question porte sur les modalités d'exercice du droit de vote pour les personnes en tutelle. Il convient d'innover en ce domaine, afin que les personnes puissent exercer leur droit, sans être l'objet d'utilisation déviante. **L'UNAF demande que l'État garantisse à nos concitoyens vulnérables un accompagnement concret (information, logistique ...) pour qu'ils expriment leur suffrage s'ils le souhaitent, sans entrave d'ordre matériel et sans risque d'usurpation de leur expression.** Le choix du vote reste un acte strictement personnel. L'accompagnement par un service

civique dédié à cette mission, basé notamment sur la promotion de la citoyenneté, l'accessibilité et l'accompagnement bienveillant, constitue une piste intéressante pour répondre aux besoins des personnes protégées.

❖ Les questions relatives à la santé

↳ Une **harmonisation des Code civil, Code de la santé publique, Code de l'action sociale et des familles s'impose** depuis de nombreuses années, car l'application des textes actuels rencontre de multiples difficultés en pratique, au détriment des personnes protégées. Si nous devons nous acheminer vers une mesure unique, il est impératif que cette réforme intègre ce chantier, afin d'anticiper les problèmes qui ne seront qu'aggravés par la méconnaissance du nouveau droit.

↳ Le **corps médical doit impérativement être mieux formé au droit de protection juridique**, en particulier concernant l'information qui est due au majeur protégé en tant que patient. Les soignants doivent notamment être sensibilisés au recueil nécessaire du consentement et au respect de la volonté des personnes en tutelle. L'UNAF suggère que les services ISTF puissent participer à diffuser l'information juridique sur la PJM auprès des interlocuteurs du secteur sanitaire. Nous encourageons également le développement des instances éthiques multidisciplinaires.

↳ Le double dispositif actuel de la personne de confiance (santé et social) est peu lisible pour les familles et pour les professionnels (services et établissements d'accueil, services MJPM compris, soignants ...). Nous observons que malgré les textes, la confusion persiste sur les rôles et les conséquences que ces désignations impliquent. Par souci de clarté, de simplification et d'efficacité, **nous préconisons de ne pas multiplier les démarches pour les personnes et d'harmoniser les règles de désignation et d'intervention des personnes de confiance.**

Par ailleurs, les services MJPM nous font part de leur difficulté, dans les faits, à articuler le rôle du tuteur ou du curateur avec celui de la personne de confiance. A l'instar du régime prévu pour le droit de vote, le principe de la désignation de la personne de confiance ne pourrait-il pas, conformément à la CIDPH, relever du libre choix de la personne protégée ? Ce choix de la personne pourrait être mentionné dans le cadre du certificat médical circonstancié ou de tout autre processus d'évaluation mis en place en amont de la mesure de protection. Il ne pourrait être invalidé que par décision du juge des tutelles spécialement motivée.

❖ La dématérialisation

L'UNAF alerte sur les conséquences et les enjeux du développement accéléré et exclusif des services et de l'administration électroniques. Ce phénomène endémique pour les personnes et les familles en situation de vulnérabilité peut renforcer, voire institutionnaliser des facteurs d'inégalité déjà existants, là où il doit engendrer des gains de temps, d'argent et de simplification.

Les services MJPM qui gèrent bon nombre de démarches administratives et fiscales pour les personnes protégées sont inquiets, car ils en mesurent et en assument déjà les effets, à l'occasion des multiples difficultés et blocages rencontrés (ex : comptes Améli de la CNAM, gestion des comptes et relations avec les banques, assurances, délivrance de pièces d'identité, Ficovie ...). Le secteur se confronte à des services publics ou privés qui n'entendent pas nécessairement ou méconnaissent les spécificités juridiques induites par la mesure de protection. Trop souvent, l'accès aux droits et l'autonomie de la personne en font les frais. Les démarches administratives et les plateformes dématérialisées doivent être conformes aux dispositions du droit de la protection juridique des majeurs et à celles de la CIDPH.

L'enquête de 2017 du Défenseur des droits (DDD) sur l'accès aux droits *« constate que la dématérialisation des procédures par les services publics exclut une part des usagers qui, de ce fait, se trouvent en difficulté pour effectuer des démarches »*. Il révèle qu'une personne sur 5 déclare *« éprouver des difficultés à accomplir des démarches administratives courantes »* et soulève un risque de *« marginalisation probable des personnes les plus vulnérables touchées par la fracture numérique »*. Lors de l'Assemblée générale 2017 de l'UNAF, l'adjoint du Défenseur des droits, Patrick GOHET, a réitéré ses vives inquiétudes face à ces processus de digitalisation, notamment pour les personnes vulnérables.

En effet, de multiples vulnérabilités liées à la santé, au handicap, à la vieillesse, à une situation de précarité sociale et/ou économique ... doivent impérativement être prises en compte afin de ne pas générer une forme nouvelle d'exclusion. La dématérialisation doit constituer un levier vers plus d'autonomie et d'insertion, et non un générateur de fracture sociale.

L'UNAF rejoint le DDD dans ses préconisations de *« conserver des lieux d'accueil physique sur l'ensemble du territoire et de veiller, à chaque fois qu'une procédure est dématérialisée à ce qu'une voie alternative - papier, téléphonique ou humaine - soit toujours proposée en parallèle »*. Il est

impératif de développer des outils adaptés aux capacités des personnes accompagnées, afin de prévenir les risques d'exclusion numérique de ces personnes et de ces familles.

L'UNAF propose qu'une partie des économies réalisées par la dématérialisation des services publics ou privés soit redéployée pour financer l'accompagnement des personnes protégées.

❖ Les personnes protégées en France résidant en établissement en Belgique

Face à l'insuffisance de structures adaptées en France, de plus en plus de familles et de MJPM se voient contraintes d'avoir recours à des établissements en Belgique, pour accueillir la personne protégée. Comme le soulève le Défenseur des droits dans son rapport 2016, au-delà « de la violation d'un certain nombre de libertés et droits fondamentaux des personnes concernées », ces situations entravent « *le bénéfice de leurs droits sociaux* ». Les UDAF alertent sur les nombreuses difficultés qu'elles rencontrent dans l'exercice de ces mesures et qui méritent **que des obstacles soient impérativement levés, dans l'attente que l'offre sur le territoire français réponde aux besoins des concitoyens** :

- Modifier les conditions d'attributions de l'AAH et de la couverture sociale qui restent problématiques,
- Simplifier l'accès aux démarches administratives, aujourd'hui impossibles ou complexes (ex : prise en charge du forfait hospitalier par la CPAM, avis d'imposition),
- Répondre aux nombreuses interrogations relatives à l'articulation entre le droit belge et le droit français en matière de fin de vie, d'euthanasie et de refus des soins notamment,
- Lever les difficultés à souscrire un contrat d'assurance responsabilité civile, obligatoire.

SOUTENIR ET RENFORCER LA PLACE DES FAMILLES

❖ L'habilitation familiale

L'UNAF est favorable au développement de l'habilitation familiale, qui constitue une avancée dans la place accordée aux familles et aux proches en matière de protection, conformément au principe général de priorité familiale.

De ce point de vue, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice apporte avec l'habilitation plus de fluidité et de souplesse qu'avec la tutelle ou la curatelle, pour adapter la protection aux besoins de chaque personne vulnérable, en envisageant son

environnement familial. Ainsi, davantage de familles seront encouragées à s'impliquer dans la protection d'un proche, du fait des modalités simplifiées de l'habilitation.

L'UNAF est favorable à l'extension de l'habilitation familiale à un régime d'assistance, ainsi qu'à la suppression de la condition trop restrictive que les personnes soient « hors d'état de manifester leur volonté ».

Toutefois s'il convient de ne pas avoir de défiance abusive à l'égard des familles, il ne faut pas non plus surestimer leur capacité à assumer seules la charge de protection d'un proche vulnérable.

Le juge n'ayant plus vocation à intervenir sauf exception, l'habilitation requiert un consensus et une bonne entente familiale durables, au-delà de son prononcé. Elle est totalement inadaptée aux situations familiales complexes ou conflictuelles, notamment concernant les aspects patrimoniaux.

Les personnes habilitées devront pouvoir trouver une aide auprès des services d'information et de soutien aux tuteurs familiaux, sans que ces derniers ne soient incités à outrepasser leur fonction, faute d'organe d'autorité et de contrôle par ailleurs.

Enfin, il est nécessaire que la surveillance générale des habilitations familiales reste confiée aux juridictions et aux parquets et qu'elle soit réellement exercée compte-tenu des allègements d'autorisations et de contrôles des juridictions.

❖ L'information et le soutien aux tuteurs familiaux (ISTF)

Forte de l'expérience des UDAF depuis le début des années 2000 en matière d'aide aux tuteurs familiaux, l'UNAF insiste sur le fait que les besoins des familles se situent à deux niveaux : avant toute décision de protection et en cours de mesure. En amont, l'information et la compréhension des proches et de la personne elle-même sur les différents dispositifs et leurs conséquences permettent de faire les choix les plus appropriés. Durant l'exercice de la mesure, il est primordial que le soutien aux tuteurs en exercice soit de proximité et fonctionne en lien étroit avec les juridictions. Une meilleure coordination entre les magistrats, les DDCSPP et les services ISTF est nécessaire pour davantage d'efficacité du dispositif.

Dans le contexte de déjudiciarisation actuel, l'UNAF alerte sur le fait que l'ISTF ne doit pas venir pallier le retrait des missions du juge et des greffes, en particulier pour l'habilitation familiale qui fonctionne quasiment sans autorisation ni contrôle. Il s'agit d'une question de compétence, d'autorité, mais aussi d'éthique. Aujourd'hui déjà les professionnels des services ISTF s'interrogent

sur leur posture lorsqu'ils observent des manquements ou agissements inappropriés des tuteurs désignés.

Par ailleurs, il nous paraît essentiel de développer les espaces d'échange et d'entraide entre tuteurs familiaux, animés par des professionnels qui les sensibilisent également aux questions éthiques relatives à la bientraitance ou à l'accompagnement dans le respect des droits et libertés de leur proche vulnérable.

Enfin, nous saluons qu'une enveloppe nationale existe depuis 2017 et que des outils pour les services soient créés et homogénéisés. Cependant, cette enveloppe ne suffit pas à couvrir l'ensemble de l'activité des services existants à ce jour, eux-mêmes ne permettant pas de répondre totalement aux besoins partout en France. Comme l'a relevé la Cour de comptes « *les expériences sont concluantes ... et les résultats encourageants ... En outre, le développement des tutelles familiales ne grève pas les finances publiques* ». **Dix ans après l'inscription de l'ISTF dans le CASF, il est indispensable que des moyens suffisants soient consacrés à exercer cette activité sur l'ensemble du territoire de façon pérenne.**

AMÉLIORER LE DISPOSITIF DE 2007

❖ Une évaluation pluridisciplinaire et multidimensionnelle

L'ouverture d'une mesure de protection exige aujourd'hui un certificat médical circonstancié dont les contours sont encadrés par décret, souvent abusivement qualifié d'expertise médicale dans le langage courant.

L'UNAF est convaincue que la question de la protection juridique dans un parcours de vie, exige une approche plus globale que la seule analyse médicale. La base médicale incontournable est trop limitée compte tenu des enjeux et conséquences de l'ouverture d'une mesure de protection.

Évaluer la situation de la personne induit de la rencontrer, qu'elle soit associée si possible, que son environnement, ses conditions et ses aspirations de vie soient pris en compte, mais aussi ses éventuels projets. Il est également important de rencontrer et recueillir l'avis de la famille et des proches pour entrevoir la diversité des points de vue.

Une évaluation pluridisciplinaire aidera le juge dans sa prise de décision. Il pourra échanger avec des professionnels, des proches, croisera les regards. Il bénéficiera d'un faisceau de renseignements sur

la situation de la personne, lui permettant de prononcer une mesure de protection mieux graduée et d'orienter son choix vers la solution la plus adaptée.

Ces éléments évaluatifs pourront également être utiles au protecteur, en particulier à l'ouverture de la mesure.

L'UNAF insiste sur le fait qu'il est impératif que les médecins habilités à intervenir dans ces évaluations, comme tout autre professionnel qui le sera, suivent obligatoirement une formation spécifique sur la protection juridique.

Une condition de réussite d'une véritable évaluation pluridisciplinaire réside dans sa coordination, son homogénéité sur l'ensemble du territoire et le fait de ne pas multiplier les outils et les structures.

❖ Vers la mesure unique

Les principes énoncés par l'article 415 du Code civil constituent le socle du dispositif français. Le juge civil, le juge des tutelles dont la dénomination pourrait évoluer en « juge de la protection des majeurs », doit conserver son rôle actif de garant des droits et liberté des personnes en situation de vulnérabilité. C'est pourquoi toute concrétisation, voire accélération donnée à la déjudiciarisation doit être prudente et avisée.

D'ores et déjà, les professionnels ont fait évoluer leurs pratiques, depuis 2007, dans le but de respecter l'esprit de la loi et d'optimiser les capacités réelles des personnes.

A présent, la mise en œuvre de l'article 12 de la CIDPH nous invite à passer d'un système de prise de décisions substitutive, à un système de prise de décisions assistée, reconsidérant ainsi le paradigme de la protection : la volonté et les préférences de la personne remplacent son intérêt supérieur. Il s'agit d'un changement important qui induit que la protection des personnes pourra comporter plus de prises de risques. **Corrélativement au renforcement de la libre volonté des personnes, la question de la responsabilité du MJPM doit être clarifiée.**

Il nous apparaît prématuré de nous prononcer précisément sur le projet d'une mesure de protection unique, sans une réflexion partagée plus approfondie, au-delà du présent rapport. En effet, l'UNAF attire l'attention sur le fait **qu'une apparente simplification du droit peut se traduire par une complexification dans les faits.**

Par ailleurs, l'instauration d'une mesure unique ne doit pas nuire à la sécurité des actes juridiques en apportant un flou à la capacité de chacun à contracter, car cela porterait fortement préjudice aux personnes protégées. Elle ne peut non plus renvoyer à une liste d'actes, impossible à arrêter de façon exhaustive.

Aussi, l'instauration d'une mesure unique fondée sur l'optimisation de la capacité de la personne nécessitera de la singulariser pour l'adapter aux besoins et aux capacités d'autonomie de chaque individu et devra évoluer nécessairement dans le temps en fonction de ses potentialités.

Cette démarche permanente de participation de la personne représente autant de temps auprès de la personne et de coûts pour les juridictions et les MJPM. L'UNAF insiste donc sur le fait que toute ambition concernant l'évolution vers une mesure unique est donc intrinsèquement liée à celle des moyens à mettre en œuvre. Cette condition est absolument déterminante.

Enfin, il va de soi que les situations les plus graves nécessiteront toujours un régime de représentation, a minima pour des actes ponctuels. En ce cas, bien sûr, la recherche de la volonté et des préférences de la personne doit être déployée, dans la mesure du possible.

❖ La notion d'accompagnement

L'accompagnement est au cœur des pratiques professionnelles des MJPM. Il se fonde notamment sur la prise en compte des capacités de discernement de la personne, sur l'information, la relation de confiance et la disponibilité du protecteur. Il s'ajuste en fonction de chaque personne, de ses besoins et de ses volontés.

Sur la notion proprement dite « d'accompagnement », une première réflexion est issue des travaux entre fédérations du secteur (ANDP, FNMJI, FNAT, UNAF, UNAPEI, ANMPJM), en lien avec les travaux pilotés par la DGCS pour l'élaboration d'un « référentiel éthique ». Il convient de préciser que l'accompagnement concernera également les protecteurs familiaux.

Cette réflexion doit conduire à mieux définir le périmètre et les grands axes de la mission du MJPM. En effet, nous constatons que malgré l'existence des régimes juridiques de représentation et d'assistance dont les contours sont définis de longue date dans le Code civil, les représentations erronées perdurent. Les missions du tuteur et du curateur sont globalement méconnues et mal comprises du corps social (tiers, partenaires, population ...). Il est souvent demandé au protecteur qu'il agisse et résolve toute situation problématique, bien au-delà de son mandat. Paradoxalement, il

est également reproché aux mêmes tuteurs et curateurs de détenir les pleins pouvoirs sur la vie et le sort de la personne vulnérable.

Si comme cela a été envisagé au sein du groupe de travail, le terme d'accompagnement s'entend comme d'une aide à la prise de décision, d'un soutien à l'exercice des droits, il serait opportun que la loi le précise. Ainsi, l'accompagnement attendu du MJPM pourrait-t-il être évalué à la lumière de critères explicites. De ce point de vue, le terme « d'accompagnement » n'est peut-être pas le plus approprié, car il renvoie à une définition du travail social largement répandue, qui prête à confusion sur le rôle du MJPM en particulier pour les multiples intervenants sociaux, médico-sociaux, professionnels de santé et pour le « grand public ». Nous observons par exemple que la Cour des comptes a considéré que la mission de mandataire devait passer par un nombre plus important de rencontres avec la personne protégée, et que leur nombre limité était une défaillance dans l'exercice des mesures. Compte tenu des objectifs de mieux tenir compte de la volonté des personnes et de leur liberté à vouloir entretenir ou non des contacts, ce type d'injonction mériterait d'être reconsidéré à l'aune de la notion d'accompagnement à l'autonomie, et de réflexion concomitante sur les moyens correspondants. Car au-delà de la bienveillance et de l'empathie indispensables, notons aussi que toute amélioration des pratiques d'accompagnement dépendra des conditions d'exercice des professionnels.

❖ La coordination par le magistrat délégué à la cour d'appel

Ce magistrat, encore trop mal identifié sur le terrain, **doit devenir plus opérationnel pour trouver toute sa place.** Il doit être systématiquement partie prenante au(x) schéma(s) régional(aux) des MJPM de son ressort. Il devrait être en mesure d'animer le travail entre les juges des tutelles et avec les différents partenaires sur les territoires, être une personne ressources pour les magistrats ... Son activité devrait être communiquée dans un rapport annuel.

Ses fonctions pourraient être précisées, à l'instar de son homologue en protection de l'enfance.

TENIR COMPTE DE LA REALITE DES PROFESSIONNELS

❖ L'archivage et la protection des données

Le protocole d'archivage établi entre l'UNAF et le ministère de la Culture et de la Communication en 1998 acte que les données des personnes accompagnées par les UDAF sont considérées comme relevant du régime des archives publiques. Toutefois, dans le cadre de la refonte de ce protocole, les Archives de France s'interrogent, aujourd'hui, sur la nature de la mission qui est confiée aux services

MJPM, relevant que l'article L 311-1 du CASF vise des missions « d'intérêt général et d'utilité sociale », mais ne prévoit pas strictement qu'il s'agit là d'une mission de service public.

Depuis plus de deux ans, l'UNAF travaille sur ces sujets majeurs et se heurte à des blocages du côté des pouvoirs publics. À ce jour, l'État n'est pas en mesure de clarifier les règles applicables au secteur des MJPM.

Pourtant l'archivage, la protection, l'accès et la sécurisation des données, la valeur juridique des documents dématérialisés sont au cœur de l'actualité avec l'entrée en vigueur du nouveau règlement européen « RGPD ».

Les professionnels ont besoin d'une réglementation claire dans le cadre de l'information due aux personnes protégées, surtout depuis le renforcement des droits prévus par le RGPD. L'UNAF demande que ces thématiques essentielles soient inscrites à l'agenda de la présente mission, ou d'une prochaine délégation interministérielle, à laquelle le ministère de la Culture et de la Communication doit être associé, pour que des décisions soient enfin prises.

❖ La reconnaissance et l'évolution du métier de MJPM

L'UNAF tient à souligner que le manque de reconnaissance de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM) est préjudiciable à l'ensemble du dispositif dont les enjeux sociétaux sont considérables, et par conséquent aux personnes accompagnées. Le système légal de protection, lui-même, est souvent considéré comme abusif et assimilé à une sanction. Ce sujet est trop grave pour n'être abordé dans les médias, y compris publics, que sous cet angle et jamais de façon plus didactique. L'État doit garantir une information plus objective des concitoyens sur la protection juridique. Il est nécessaire de lever toute stigmatisation et idées reçues, a fortiori s'il est attendu que ceux-ci anticipent ou assument davantage ces situations à titre personnel.

Le métier de MJPM requiert de larges champs de compétences et des qualités humaines indéniables. Il permet de mettre en œuvre des décisions de justice, dans des phases de vie difficiles, avec une forte pression sociale. Les MJPM sont des professionnels de terrain, au carrefour du judiciaire et de l'action sociale, qui ne cessent de faire évoluer leurs pratiques pour que la théorie du droit prenne tout son sens et devienne une réalité.

Les attaques à charge systématiques sont absolument délétères pour l'avenir d'une profession déjà mal connue et peu reconnue. Le manque de considération et les faibles niveaux de salaire

provoquent la pénurie des candidats MJPM. Le turn over est important et les services éprouvent des difficultés à recruter, ce qui révèle un malaise croissant.

L'UNAF propose qu'une **campagne nationale d'envergure soit portée conjointement par les ministères signataires de la présente mission, pour améliorer l'information auprès du public sur la protection juridique, encourager le rôle des familles et objectiver celui des MJPM. Si ces problèmes ne sont pas traités, l'objectif d'améliorer le dispositif restera vain.**

L'UNAF pense que **les contenus du certificat national de compétences ou d'un diplôme spécifique aux MJPM doivent impérativement comporter un socle juridique ainsi qu'un volet relatif à l'intervention sociale.** La spécificité de ce métier réside dans cette double approche.

Par ailleurs, **la formation continue doit être renforcée et rendue obligatoire.** L'enjeu de la formation tout au long de la carrière des MJPM est multiple. Elle leur permet non seulement de s'approprier les évolutions juridiques, mais également d'alimenter leur réflexion éthique, pour prendre la distance nécessaire afin d'adapter leurs pratiques. L'évolution des problématiques des publics accompagnés nécessite de se réinterroger régulièrement. Conserver une posture professionnelle de bienveillance et d'empathie appelle une vigilance continue que la formation permet de garantir.

Enfin, il nous paraît essentiel d'**ancrer la participation des personnes protégées dans la formation des MJPM**, dans la poursuite de l'esprit de la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale. Cet objectif qui s'inscrit dans la convention d'objectifs État-UNAF 2016-2020, vise à croiser les savoirs, pour mieux faire évoluer les regards et le paradigme de la relation. Les personnes protégées sont détentrices de savoirs expérientiels qu'il serait utile de mobiliser dans le processus pédagogique des professionnels. Cela pourrait aussi se concevoir dans la formation des magistrats.

❖ **Le contrôle des MJPM**

La situation actuelle en matière de contrôle n'est, de l'avis général, pas satisfaisante. Il persiste en particulier une incertitude sur le champ d'investigation des DDCS compétentes pour contrôler l'organisation et le fonctionnement des services, notamment quant à leur légitimité à entrer dans le fond des dossiers des personnes protégées.

L'UNAF est convaincue qu'une meilleure coordination entre ces contrôles d'ordre judiciaire et d'ordre administratif est indispensable. Opposer et scinder strictement les champs de compétences, ne constitue pas la solution la plus efficace, il faut davantage de collaboration entre les deux.

La protection juridique des majeurs est une politique publique qui requiert un pilotage interministériel et un contrôle combinant justice et cohésion sociale.

L'UNAF souhaite que le contrôle des MJPM soit effectué par les services de l'Etat, de façon concertée entre eux et structuré au plan méthodologique au niveau national.

Les contrôleurs doivent être formés aux spécificités du secteur de la PJM. Ils doivent échanger en amont de chaque contrôle avec les juges des tutelles concernés. La dimension des contrôles des MJPM doit intégrer la logique constructive des schémas régionaux et impliquer le(s) Magistrat(s) délégué(s) à la cour d'appel, car l'enjeu du contrôle se situe non seulement dans une dynamique de repérage des risques ou des dysfonctionnements, mais aussi des bonnes pratiques à promouvoir.

❖ La participation financière des majeurs protégés

La réforme du financement, à laquelle vient s'ajouter l'étude concomitante de l'IGAS sur le coût de la mesure, viennent bousculer les travaux du présent groupe de travail. **Une délégation interministérielle pourrait utilement coordonner tous ces chantiers, avec davantage de cohérence globale.**

De récents arbitrages très défavorables aux personnes protégées marquent une rupture, puisque pour la première fois les personnes dont le niveau de ressources est équivalent à l'AAH vont devoir payer pour la mesure de protection qu'ils n'ont souvent pas demandée. L'UNAF déplore cette décision qui contrevient l'engagement de l'État à améliorer le niveau de vie des personnes bénéficiant de l'AAH, et des personnes à très faibles ressources.

Au-delà du calendrier, l'esprit et l'incohérence de ces changements nous interrogent d'autant plus dans le contexte de déjudiciarisation qui s'accroît avec le projet de loi programmation justice 2018-2022. En effet, ce texte prévoit notamment des dispenses de contrôle des comptes pour les personnes les plus vulnérables économiquement - celles-là mêmes à qui l'on demande aujourd'hui de contribuer financièrement. **L'UNAF considère que cette double évolution a un caractère choquant, qui ne constitue aucunement un renforcement effectif de leurs droits, ni même un traitement équitable.**

Les conditions de mise en œuvre de la réforme du financement ne sont pas réunies. Il s'avère que le décret fixant le barème de participation financière des majeurs protégés n'a toujours pas été soumis à l'avis du Conseil d'État, alors que la loi de finances prévoyait son application au 1^{er} avril. En outre, il n'est pas exclu que la haute juridiction administrative demande des modifications de ce texte. Si nous demeurons en profond désaccord sur le fond de cette réforme, nous exprimons nos plus vives inquiétudes sur les conséquences de ces retards, dans la mesure où tout mois de retard entraîne

mensuellement un manque de 3 millions d'euros par rapport aux recettes attendues avec la hausse de participation des personnes.

L'application concrète de la nouvelle réglementation inquiète les MJPM, tant sur le respect des nouvelles contraintes calendaires, que sur les risques d'erreurs dus à la complexité des calculs. En cas d'ajustement à la hausse de la participation de la personne protégée au financement de sa mesure, il conviendra de respecter un délai de prévenance de plusieurs mois afin que le budget, souvent contraint de la personne, puisse être ajusté sans être déstabilisé.

Au vu des nombreuses vicissitudes entourant la mise en œuvre de la réforme – il n'est même pas sûr que le décret soit prêt avant l'automne - **la solution raisonnable consiste à reporter la mise en œuvre de la réforme, et à prévoir le recours à une loi de finances rectificative permettant de combler les insuffisances budgétaires pour 2018.**

Cette solution serait d'autant plus cohérente que l'IGAS s'est vue confier une étude pour déterminer le coût des mesures, qui est en cours de réalisation. Dans la mesure où le niveau de participation est fixé en référence au coût réel de la mesure, il serait hautement préférable d'attendre les résultats de cette étude, pour opérer un changement des participations des personnes. À défaut, il faudra à nouveau changer les règles du jeu à moyen terme, entraînant de nouvelles charges de gestion et de l'incompréhension pour les personnes protégées et pour leur entourage.

Le retard pris par l'État dans l'élaboration de son décret réformant le système de participation offre ainsi l'opportunité de faire une seule réforme tenant compte des résultats de la mission IGAS. Elle permettrait de rechercher les moyens d'une réforme plus juste, qui épargne les plus vulnérables. Elle faciliterait ses conditions de mise en œuvre.

Enfin, elle serait plus respectueuse des principes affichés par l'État pour améliorer le droit et l'intérêt des personnes protégées.

Unapei : Union nationale des associations de défense des droits des personnes handicapées et de leur famille

Contribution au groupe de travail interministeriel sur la protection juridique des majeurs vulnérables

Introduction

L'Unapei est la première fédération d'associations française de représentation et de défense des intérêts des personnes handicapées et de leurs familles. Créée en 1960, elle rassemble 550 associations de bénévoles, parents et amis, qui agissent pour que toute personne déficiente intellectuelle dispose d'une solution d'accueil et d'accompagnement dans une société inclusive et solidaire.

L'Unapei, c'est un mouvement militant, au service d'un projet et d'un but central. C'est aussi des valeurs communes et des engagements partagés, portés par un fonctionnement démocratique et riche d'une belle histoire d'innovations... une commission protection juridique composée de Présidents, d'administrateurs d'AT, de l'ancien Président de l'Unapei et de professionnels et d'un groupe de réflexion, national composé de directeurs d'AT représentant leur région qui apporte leurs questionnements et leur technicité sur des sujets, notamment d'actualité

- 70 des associations tutélaires ;
- 84 000 mesures familiales
- **86.000** majeurs protégés.

I/Réflexion et position de l'Unapei quant à la mesure unique de protection

Pour l'Unapei, la mesure de protection juridique tourne autour de trois mots : autonomie, accompagnement, et assistance

L'autonomie, c'est la capacité de répondre à ses propres besoins, de prendre et d'assumer ses décisions, tout en tenant compte de son entourage et de son environnement; c'est l'aptitude à se gouverner soi-même.

L'autonomie est liée à la capacité d'exercer et de jouir de ses droits

L'accompagnement dans la relation tutélaire n'est pas défini ni utilisé dans les code civil concernant les mesures de protection des majeurs ; cependant c'est un préalable nécessaire à l'autonomie qui est l'objectif de la mesure unique de protection.

La mesure unique de protection nécessitera de prendre en compte les capacités de la personne même si elles sont limitées et non ses incapacités, avec un accompagnement proportionné et nécessaire.

L'objectif de la mesure unique de protection juridique est de promouvoir une évolution vers la prise de décision assistée, l'accessibilité à la justice et l'assistance juridique dans la ligne de la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées (CIDPH).

Elle est de nature à renforcer la capacité juridique des personnes ayant une déficience intellectuelle et soumises à un régime de protection juridique, et à favoriser leur accès à la justice sur un pied d'égalité avec les autres

Au-delà des principes de subsidiarité, proportionnalité, existants dans la loi du 5 mars 2007, la mise en place de la mesure unique de protection devront répondre aux principes fondamentaux suivants :

1/ le principe est la capacité à faire seul

Préalablement il conviendra de définir les capacités et les potentiels de la personne qui seront le déterminant d'un accompagnement adapté à ses besoins

Généralisation et déploiement des aides à la décision qui doivent être techniques, humaines organisationnelles

2/Le consentement de la personne aux actes est un principe fondateur

Tout acte posé dans le cadre de la mesure doit être à l'initiative de la personne ou à minima avoir fait l'objet de décision accompagnée

(et cela, tout au long du processus de l'aide par ses pairs, du début jusqu'à la prise de décision, dans le cadre de la relation avec l'accompagnant)

3/L'information et la recherche systématique de consentement de la personne fondé sur ses capacités sont des préalables à toute décision

Cela nécessitera d'être défini et développé en fonction des différents dispositifs proposés et adaptés à chaque personne et à chaque situation.

•4/la mesure unique de protection est un dosage entre, autonomie, expérimentation et protection.

L'intérêt de la personne et le respect de sa volonté et de ses droits fondamentaux doivent primer sur l'intérêt supérieur, entendu dans sa composante de normes dominantes et sociétales.

Elle doit être pensée en termes éthique et mettre en balance les principes d'autonomie et d'accompagnement à la décision tout en tenant compte des impératifs juridiques

5/ Limitation au maximum des fenêtres de représentation

La capacité à prendre des décisions à caractère personnel est le principe de base et ne peut subir que des exceptions qui doivent être motivées (fenêtres de représentations tuteur et juge)

L'expression de la volonté n'est pas uniquement verbale et peut être le fruit d'un faisceau d'indices qu'il est nécessaire d'exploiter pour ne pas limiter et invalider la personne dans sa capacité à agir par elle-même et pour elle-même

Dans les cas où le recueil de l'expression du consentement est impossible, des recherches doivent être faites autant que possible sur ce qu'avait exprimé et souhaité la personne pour elle-même

Des comités d'experts pluridisciplinaires pourraient être prévus et privilégiés pour ces exceptions. La décision collégiale est une garantie d'optimisation et d'objectivité vis-à-vis de la personne vulnérable

L'Unapei souhaite que cette mesure unique de protection soit à la charge financière et entière de la solidarité nationale en ce sens qu'elle constitue une compensation du handicap (revendication formulée depuis 2007 pour les tutelles et curatelles).

Cette nouvelle mesure nécessitera de nouveaux moyens. Elle ne pourra être mise en place et produire des effets bénéfiques pour les personnes protégées que si elle est financée à hauteur de l'investissement en temps, en moyen humains, en matériels et en formation qu'elle suppose

L'Unapei souhaite qu'une campagne d'information et de formation à la charge de l'Etat, et en collaboration avec les acteurs de la protection juridique, soit prévue, afin que cette nouvelle mesure unique d'accompagnement et ses modalités soient connues de tous les acteurs de la justice, du sanitaire, du social et du medico social, et afin que chaque acteur puisse y trouver sa place, connaisse son rôle et respecte le périmètre de chacun. Cela constitue une condition obligatoire pour que l'accompagnement soit garant de qualité et ait pour seul objectif de développer, de recouvrer, de promouvoir l'autonomie de la personne (conformément aux engagements pris par la France lors de la ratification de la CIDPH)

II/Réflexions et position de l'Unapei relativement aux dispositifs des personnes de confiance

La désignation des personnes de confiance est intégrée à la liste des actes strictement personnels tant en matière de santé qu'en matière médico-sociale et constitue une modalité de la mesure unique de protection

Ce droit doit faire l'objet d'un accompagnement dans le sens de l'information faite aux personnes sur cette disposition.

II/Réflexions et position de l'Unapei relativement aux dispositifs des directives anticipées

La rédaction des directives anticipées est intégrée à la liste des actes strictement personnels tant en matière de santé qu'en matière médico-sociale et est une modalité de la mesure unique de protection

Pour pouvoir, comme pour toute personne majeure, établir ses directives anticipées, la personne protégée doit être accompagnée. Cet accompagnement se fera par une information correctement délivrée sur cette disposition et lui permettant de décider, d'émettre des souhaits et ses volontés sur les soins en fin de vie

III/Réflexions et position de l'Unapei relativement à la mesure d'habilitation familiale

L'Unapei est favorable au dispositif de l'habilitation familiale en ce qu'elle permet aux familles au sein desquelles règne un climat d'entente et de confiance, d'éviter le recours aux mesures judiciaires qui peuvent être considérées parfois comme trop lourdes à gérer tant du point de vue technique que psychologique.

Ce dispositif a pour bénéfice de donner toute sa place aux familles et réaffirme le principe de la priorité familiale.

La réforme envisagée de ce dispositif permet de répondre en partie aux interrogations de l'Unapei sur ce dispositif car elle clarifie le public auquel elle peut s'adresser, permet de répondre à une demande des jeunes adultes en situation de handicap intellectuel et de leur famille. Elle permet une passerelle entre mesure de protection juridique et mesure de protection judiciaire.

L'Unapei souhaite cependant que soit affirmée la possibilité d'une information efficace et effective de ce dispositif, tant en amont que pendant la mesure ; cette information et ce soutien devront être le fait des services d'aide et de soutien aux tuteurs familiaux, et devront être financés de manière pérenne et juste par l'Etat.

L'habilitation familiale ne peut être efficace que si les personnes habilitées reçoivent une formation correcte et régulière, leur permettant d'accompagner leurs proches au plus près des intérêts de ces derniers. Cette formation pourrait être dispensée par les ISTF, ou les associations tutélaires.

Le critère de sérénité familiale qui détermine le prononcé de cette mesure d'habilitation familiale devra faire l'objet de critères communs à toutes les juridictions.

Pour l'unapei, la désignation d'un subrogé habilité familial, semble une garantie pour que la mesure d'habilitation soit bien exercée dans l'intérêt de la personne protégée. Il serait souhaitable de généraliser cette possibilité

L'Unapei souhaite qu'une campagne d'information à la charge de l'Etat, et en collaboration avec les acteurs de la protection juridique soit prévue afin que cette mesure d'habilitation ne reste pas « confidentielle », comme a pu l'être le mandat de protection future.

IV/ Réflexions et position de l'Unapei relativement au droit de vote des personnes en tutelle

L'Unapei revendique un droit de vote pour tous et donc l'abrogation de l'article L5 du code électoral afin que chaque citoyen soit égal

L'Unapei affirme que le droit de vote ne peut être retiré aux personnes en tutelle conformément à l'engagement pris lors de la ratification de la CIDPH le 20 mars 2010

L'Unapei demande que cet article soit abrogé dans les plus brefs délais

Pour l'Unapei les dispositions actuelles du code électoral (article L71 et R72 du code électoral, circulaire du 4 décembre 2006) suffisent à garantir la sincérité du scrutin, et il n'y a pas lieu de prévoir quelque restriction au droit de vote des personnes en tutelle pour que cette sincérité soit préservée,

Cependant, l'accompagnement à la citoyenneté doit être proposé et mis en place pour les personnes qui le requiert et financé par la solidarité national (références sur des exemples étrangers) comme par exemple :

Au Royaume-Uni

- Au Royaume-Uni toutes les personnes handicapées intellectuelles ont le droit de vote, ce qui représente 1 million de personnes âgés de plus de 18 ans
- Pas de débat sur l'impact sur la sincérité du scrutin.
- La problématique rencontrée est celle de la forte abstention des personnes handicapées intellectuelles : environ 2/3 des personnes handicapées intellectuelles (selon sondage), s'abstiennent de voter en raison notamment :
 - Des difficultés à s'inscrire sur les listes électorales
 - Des préjugés (refus du bureau de vote)
 - Mais aussi des mêmes raisons que les autres citoyens (pas d'intérêt pour les élections, pas de candidat qui donne satisfaction, etc.)

- Partenariat entre Mencap (équivalent de l'Unapei – www.mencap.ork.uk) et la Commission électorale (l'organisme indépendant qui supervise les élections au Royaume-Uni - <https://www.electoralcommission.org.uk/>) pour encourager la participation aux élections, avec la publication pour chaque élection d'un guide du vote en facile à lire et à comprendre.
Voir par exemple le guide pour les élections générales de 2017 :
<https://www.mencap.org.uk/sites/default/files/2017-05/Mencap%20and%20Electoral%20Commission%20Easy%20Read%20guide%20to%20voting%20in%20the%202017%20General%20Election.pdf>
- Autres activités de Mencap pour rendre les élections plus accessibles :
 - Guide du vote pour les personnes de soutien.
Voir par exemple guide pour les élections générales de 2017 :
<https://www.mencap.org.uk/sites/default/files/2017-05/Mencap%20supporter%20guide%20to%20the%20General%20Election.pdf>
 - Mise en place d'un n° d'appel avant les élections (helpline)
 - Travail avec les partis politiques pour qu'ils produisent des programmes accessibles.
Ex. pour les élections générales de 2017, tous les partis ont, pour la 1^e fois, fait une version accessible de leurs programmes, mais souvent très tard (par exemple 1 semaine seulement avant le scrutin.

Les guides et programmes en facile à lire et à programme sont les documents les plus téléchargés sur le site de Mencap.

- Au Royaume-Uni il existe plusieurs cas de personnes handicapées intellectuelles élues conseillers municipaux et même maires. Ces personnes ont souvent un parcours d'auto-représentants (personnes impliquées dans des associations ou ONG permettant aux personnes handicapées intellectuelles de représenter elles-mêmes leurs intérêts)

En Suède

- En Suède toutes les personnes handicapées intellectuelles ont le droit de vote depuis 1989
- Pas de débat non plus sur l'impact sur la sincérité du scrutin.
- La problématique rencontrée est aussi celle de la forte abstention des personnes handicapées intellectuelles : 8 personnes sur 10 pour les élections de 2010 puis 6 sur 10 plus récemment, pour différentes raisons dont des problèmes liés à l'attitude vis à vie des personnes handicapées intellectuelles et au manque d'accessibilité.
- Des bonnes pratiques de Studieförbundet Vuxenskolan, une organisation qui promeut la démocratie locale (<https://www.sv.se/>):
 - Un programme de formation pour les personnes handicapées intellectuelles, en partenariat avec FUB (équivalent de l'Unapei - <http://www.fub.se/>)
140 groupes d'étude dans toute la Suède, 7 sessions de 3h, matériel pédagogique en facile à lire et à comprendre

Ce programme a permis de réduire le taux d'abstention à 2 personnes sur 10 parmi les participants à ces groupes d'étude

- Un module de formation en ligne pour les politiciens pour apprendre à être facile à lire et à comprendre.
Module de formation gratuit
10 chapitres, au total 4 à 6h pour le suivre dans sa totalité
Des vidéos avec des conseils et des exercices (le dernier exercice consiste à traduire en facile à lire et à comprendre les principaux points du programme)
Ce module va être expérimenté dans plus de 100 communes en Suède

En Espagne

- La loi espagnole prévoit des restrictions au droit de vote pour les personnes en tutelle
- Le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU a demandé à l'Espagne de modifier sa législation
- Après le refus de la Cour constitutionnelle début 2017 d'octroyer le droit de vote à une personne en tutelle, campagne menée par Plena Inclusion (équivalent de l'Unapei – www.plenainclusion.org)
- A la suite de cette campagne, des décisions ont été prises d'un commun accord par les différents partis représentés au Parlement espagnol de réformer la loi électorale (réforme en cours)

Et sur des pratiques et expériences françaises qui consistent à faire participer les personnes handicapées intellectuelles aux élections, et plus largement dans la vie politique.

- améliorer l'accessibilité des bureaux de vote <http://victoires.unapei.org/Creer-et-diffuser-un-mode-d-emploi>
- échanger avec les candidats ou les équipes de candidat (travail de la délégation locale Nous Aussi de Perpignan)
- pour former les autres personnes handicapés intellectuelles au vote <https://www.francebleu.fr/infos/societe/ddd-1492618174>
- pour rendre les programmes plus accessibles
- rapport Handeo pour favoriser le droit de vote <http://www.handeo.fr/l-observatoire/elections-presidentielles-legislatives-favoriser-lacces-au-vote-des-personnes-en>

V/Réflexions sur l'accompagnement des familles dans la protection juridique des majeurs

Intervention de Mme Marie Thé Carton, Présidente de la Commission Protection juridique de l'Unapei et Présidente de l'Association départementale de tutelle des majeurs protégés, de

Pau ,au colloque de l'EHESP du 6 juin 2018 dont le thème était l'accompagnement éthique et déontologique des familles dans la protection juridique des majeurs

« Si le sujet de **l'éthique et celui de l'accompagnement, interrogent depuis quelque temps régulièrement l'ensemble des professionnels** de l'action sociale et médico-sociale, les familles ne doivent pas être écartées ou se soustraire de la réflexion, car elles sont un **déterminant capital** de la **construction d'une société inclusive**.

Pour l'Unapei , Union nationale des associations de défense des droits et intérêts des personnes handicapées et de leurs familles, qui prône et œuvre pour ce **modèle de société**, celle-ci ne peut être conçue sans l'accompagnement, la participation active et l'adhésion des familles.

Cependant, nous constatons que les notions **d'éthique et d'accompagnement**, proposées à la réflexion des **professionnels**, n'ont pas fait l'objet de travaux, permettant de dégager les grandes lignes d'une **doctrine** à l'usage des familles.

Aussi vais-je poser les questions suivantes:

- 1 Peut-on parler d'éthique concernant les relations familles/ personnes protégées ?**
- 2 D'autre part, comment accompagner les familles dans la transition inclusive ?**

Ce qui revient à poser la question des moyens mis à leur disposition pour qu'elles s'inscrivent pleinement dans ce changement de paradigme?

Pour cela j'évoquerai **sommairement**, mais **nécessairement** l'impact, qu'ont eues pour les familles, les **réformes législatives importantes de 2002, 2005, 2007** dont l'enjeu majeur est de mettre la **personne dans une position décisionnelle**, sur tous les projets et les dispositifs qui la concernent ; pour en faire qu'il soit pleinement acteur de sa vie et du corps social, indépendamment de ses particularités et de ses difficultés.

S'est opéré alors, un changement au niveau des **missions de l'intervention sociale** et l'obligation d'appréhender autrement les **principes** guidant toute l'**activité** professionnelle.

Ceci a inévitablement eu un **impact sur les familles** qui ont dû et pu évoluer grâce notamment à une **relation de proximité** avec les **professionnels** notamment dans les établissements et services sociaux et médicosociaux. Les obligations d'information aux personnes et aux familles leur ont permis d'être correctement éclairées et donc de modifier leur **vision et leur approche** concernant la **personne et la vulnérabilité** (qu'il s'agisse du handicap, de la vieillesse, de la maladie, ou bien toute difficulté altérant les capacités de la personne)

Cependant, le cheminement des familles n'a pas été simple surtout lorsque le handicap de la personne est **omniprésent** dans la relation familiale et nécessite de l'attention, du soin, de l'assistance en permanence pour tout acte au quotidien.

Pour les proches très âgés dépendants, il est particulièrement difficile pour la famille, de se projeter dans un avenir fusse t'il limité.

S'agissant plus précisément de la protection juridique, les tuteurs et curateurs familiaux, se trouvent dans un contexte bien différent puisque ils ne sont pas mis en relation ou très peu, avec des **structures professionnelles** avec lesquelles ils pourraient partager leurs problématiques et leurs questionnements ; et donc se retrouvent la plupart du temps **seuls** dans l'exercice de la mesure de leur proche avec des **schémas** et des représentations qui leur sont **propres** et sont bien éloignées de l'esprit des textes et recommandations qui régissent l'activité de mandataires .

C'est pourquoi, le **juge a une place importante** puisqu'il donne les informations nécessaires pour exercer la mesure et exerce un **contrôle** tant que dure cette mesure ; pour les familles il représente **l'objectivité nécessaire** en cas de conflits, mais aussi de doutes sur des choix à faire ou des actes à accomplir.

A cet endroit, j'aimerais évoquer l'**insuffisance** de temps dont dispose le juge pour vérifier la **cohésion** et l'entente familiale. De **vraies enquêtes sociales**, en amont de la mesure, doivent être mises en place afin de communiquer aux magistrats, les informations indispensables, portant sur les relations du majeur avec son environnement familial, leurs liens, leurs sentiments mutuels ; et ainsi de procéder à la désignation du tuteur, du curateur ou de l'habilité dans les **meilleures conditions** et de façon objectivée.

La mesure représente souvent pour les familles une **finalité**, et **conclut** la fin des risques et de la mise en danger du parent vulnérable ; les sentiments empreints d'affect que ressentent alors les familles, bien qu'ils soient naturels et légitimes, ne font guère de place, au **questionnement éthique**.

Il convient assurément de saisir cette période appelée « **transition inclusive** », pour amener les familles à un **questionnement nouveau**.

Cette ère nouvelle qui verra à terme, la fin des mesures substitutives pour envisager la mesure unique de protection, comme un moyen pour accompagner la personne sur sa propre voie et vers son autonomie, est une opportunité pour les familles de se remettre en cause.

Pourtant beaucoup de familles « **font déjà de l'éthique** » sans le savoir, dans leur rôle de parents, bienveillants, attentifs, et respectueux des choix et des préférences du parent vulnérable, malgré leurs **doutes**, leurs incertitudes, leurs craintes aussi de la prise de risque et de l'échec.

A cet endroit je citerai Martine BEAUVAIS qui dans son ouvrage intitulé : **Des principes éthiques pour une philosophie de l'accompagnement**:

« Accompagner l'autre, c'est faire un bout de chemin avec lui, vers quelque chose ; ce bout de chemin se construit en marchant et ce quelque chose s'invente en faisant »

Et « Accompagner c'est accepter l'autre avec ses hauts et ses bas, ses faiblesses et ses errements, sans chercher à l'influencer ni pour autant l'abandonner »

C'est ce que font la plupart des familles !

Nous savons cependant qu'il y a des familles qui exercent encore une autorité sans se poser la **question des voies possibles** concernant les solutions à apporter aux difficultés rencontrées par le parent vulnérable.

Cette approche est souvent **involontaire car pour ces familles protéger c'est supprimer toute prise de risque.**

Par ailleurs beaucoup de familles font de « **la protection de fait** » sans décision judiciaire et se sont auto désignées protecteurs de leur parent vulnérable. Le risque est que ces familles **abusent** de leur devoir de solidarité ; il n'existe aucun moyen de les connaître et de les contrôler, sauf lorsque des situations malveillantes ont été **identifiées** par des tiers.

Ces exemples font l'objet régulièrement de critiques véhiculées par les médias, prêts à montrer cet aspect pourtant marginal de l'abus d'autorité et d'influence par ceux qui exercent la mesure de protection. Et ainsi stigmatiser la protection juridique.

C'est ainsi que j'arrive à cette dernière question :

Les évolutions qui sont en cours ont-elles été conçues pour les familles et quelles orientations à penser pour les aider à s'inscrire dans ce tournant inclusif?

Il est urgent d'y répondre; car si nous nous acheminons vers une **déjudiciarisation** qui reporte la **responsabilité notamment sur les familles**, leur **enlève le recours systématique au juge**, et leur donnera beaucoup de **liberté** ; cette liberté nécessitera d'être encadrée d'autant plus dans le cadre de **l'habilitation familiale**.

Le contrôle par le juge qui sera fait à minima représente, à mon sens, un changement fondamental et aussi risqué.

Par ailleurs, les nombreux rapports, recommandations et réglementations européennes et internationales devront être mis en application par les **opérateurs de terrain** (ils auront pour ce faire, les enseignements sur l'évolution des textes) et à leur disposition des outils.

Par contre nous pouvons nous inquiéter pour les familles qui **risquent**, si nous ne faisons rien pour les accompagner dans ce changement de paradigme, d'être complètement perdues !

Des dispositions immédiates s'imposent **en cette période de transition**, pour renforcer les compétences des familles et les préparer à appréhender la **protection juridique de demain** :

Dispenser systématiquement une réelle formation pro active pour les familles avec un programme de formation thématique.

Cela peut s'envisager s'il y a une vraie volonté de moyens :

- **En développant et valorisant les Services d'informations et de Soutien aux familles** et en **augmentant** leurs missions, en lien avec les services mandataires, qui sont souvent spontanément sollicités par les familles

- **En renseignant les familles sur des instances d'accès aux droits**
- **Peut-être aussi en envisageant la création de lieux de partage et de réflexion collective** dédiés aux familles leur permettant d'**échanger** sur leur situation et leurs questionnements ; à l'image de ce que proposent les dispositifs ALZEIMER, maladies mentales, les café des aidants, les plate forme de répits, les groupes d'entraide mutuelle, les pairs-aidants...

En bref **briser l'isolement des familles** et partager les problèmes, les expériences et les expertises entre pairs! Avec l'aide bien évidemment de professionnels

Et pourquoi pas, sans parler d'analyse de pratiques, inappropriée pour les familles, proposer, **des conseillers**, chargés, à la demande des personnes, d'analyser les **comportements** des tuteurs familiaux, et proposeraient des ajustements, sans pour autant y porter de jugement.

- Et enfin **créer des passerelles ou des liens** avec les mandataires professionnels pour leur permettre de ne pas craindre l'après eux

Ce ne sont que de simples propositions que j'é mets ici.

Tout est à **imaginer** et à construire encore, au service de l'intérêt et des droits des majeurs protégés, mais aussi pour que « **priorité familiale** » ait du sens et soit pleinement efficace. Et enfin afin de réduire les disparités existantes entre les **moyens** mis à la disposition des familles et le peu d'enseignements qui leur sont prodigués, et ceux des professionnels.

Nous devons tous réfléchir à ce qui doit aujourd'hui être impérativement construit et garanti, pour nous lancer ensemble, sur la dernière étape ; celle de la **réalisation d'un nouveau modèle de société inclusive, dans laquelle chaque personne avec ses singularités et ses différences a toute sa place.** »

Propositions de mesures visant à l'amélioration de l'autonomie et l'expression de la volonté des majeurs vulnérables.

Au fond, [la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007](#) a réformé substantiellement le droit des majeurs protégés, en créant l'accompagnement judiciaire, en simplifiant et allégeant les mesures de curatelle et de tutelle, en assurant un renforcement de la liberté individuelle du majeur protégé; en instituant le mandat de protection future; en sécurisant les mesures par la mise en œuvre d'un statut de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et en offrant la possibilité aux parents qui le souhaitent d'organiser la protection de leur enfant handicapé.

En la forme, la loi du 5 mars 2007 évoque désormais "*la personne*" protégée plaçant ainsi l'individu au centre et au cœur de la mesure, ce qui permet d'assurer son exercice de façon dynamique, adaptée et évolutive dans l'intérêt supérieur du majeur protégé.

Cette transformation permet également d'aligner le droit des majeurs protégés sur la philosophie et les objectifs pratiques et juridiques des articles 12 et 13 de [la Convention des Nations Unies relative aux Droits des Personnes Handicapées](#), lesquels visent à offrir aux personnes atteintes d'une altération mentale un accompagnement spécifique pour leur permettre de conserver et disposer de leur capacité juridique et d'exercer leurs droits de la manière la plus étendue possible.

L'amélioration de l'autonomie et l'expression des majeurs vulnérables répondrait de surcroît aux recommandations de la Cour des Comptes [dans son rapport déposé en 2016](#), lorsqu'elle préconise un rééquilibrage budgétaire de la prise en charge publique des mesures de protection. En effet, le coût global pour la collectivité de ces mesures progresse de manière exponentielle, puisqu'il a atteint en 2015, 780 millions d'euros contre 508 millions en 2008.

L'allègement de l'actuel dispositif de protection des majeurs répondrait ainsi au double impératif d'équilibre des comptes publics et de respect des libertés fondamentales.

I. Amélioration du droit à l'information en étendant le champ de l'article 457-1 du Code civil à la situation patrimoniale du majeur vulnérable.

La loi du 5 mars 2007 a amélioré l'autonomie du sujet protégé.

A cet égard, elle a posé un principe d'information et prévu que certaines questions relevaient de la libre décision du sujet protégé.

L'article 457-1 vise : "*toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part*".

Il conviendrait, d'une part d'ajouter à ce texte le principe d'une information relative au patrimoine et à sa gestion, et d'autre part de préciser de manière claire, la procédure, les circonstances dans lesquelles cette information doit être donnée et par qui.

Il est urgent de mettre un terme à la dissociation de la protection à la personne et aux biens.

II. Amélioration de l'expression du majeur vulnérable par une précision des dispositions de l'article 458 du Code civil.

Le texte ne définit pas la notion d'actes "*strictement personnels*".

Se pose alors la question des actes mixtes : par exemple le mariage est une union des personnes mais aussi un engagement patrimonial. De même, l'entrée dans une maison médicalisée ou la vente du bien constituant la résidence principale de la personne protégée engagent la personne autant que son patrimoine.

La distinction des actes personnels et patrimoniaux n'est pas claire. Or, sa précision et son développement sont une garantie de l'expression et de l'autonomie du majeur vulnérable.

Cette distinction, son contenu et son développement de manière globale rejoint l'idée d'un statut complet et cohérent des majeurs vulnérables.

Ce statut doit être affiné et la place du juge précisée en cas d'actes mixtes et de conflits, impliquant la mise en oeuvre de [l'article 459 du Code civil](#), c'est-à-dire l'assistance ou la représentation pour ces actes strictement personnels.

Nous proposons que le régime des actes mixtes soit aligné sur celui des actes patrimoniaux de sorte que le majeur protégé puisse être assisté ou représenté de manière adaptée.

III. Amélioration du statut du majeur vulnérable en harmonisant les dispositions du code civil et du code de l'action sociale et des familles.

Il est essentiel que les dispositions des deux codes soient coordonnées et que le code civil, notamment, renvoie au Code de l'Action Sociale et des Familles afin que le dispositif soit clair et précis, notamment quant aux pouvoirs des mandataires judiciaires chargés de la protection des majeurs vulnérables.

A cet égard, nous préconisons, par exemple, que le curateur puisse avoir accès au dossier médical du majeur protégé.

IV. Amélioration de l'expression et de l'autonomie du majeur vulnérable en permettant systématiquement son audition.

La première protection du majeur vulnérable repose sur son droit fondamental d'être entendu. Son audition, au tribunal et surtout à son domicile, quand il ne peut se déplacer doit systématiquement lui être garantie.

Or, cette audition suppose des moyens qu'il est fondamental de donner au juge des tutelles car leur défaut porte atteinte à l'organisation des transports et rallonge les délais, vidant, dans certains cas, la protection des majeurs vulnérables de sa substance (l'intervention judiciaire étant trop tardive).

V. Amélioration de l'autonomie et de l'expression de la personne protégée par le développement de la tutelle allégée.

La réforme de 2007 avait notamment pour objectif d'adapter le droit français des majeurs protégés aux engagements de la France en matière de respect des droits de l'Homme.

Si le dispositif mis en œuvre est profondément novateur, des efforts demeurent indispensables pour respecter l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées,

Le juge peut déjà, en application des articles [471](#) et [473 du Code civil](#), énumérer les actes que la personne protégée a la capacité de faire seule lorsqu'elle est respectivement placée sous le régime de la curatelle et de la tutelle.

Un pas supplémentaire pourrait consister à inverser le principe actuel et à instituer la règle selon laquelle seraient énumérés par le juge, les actes que la personne ne pourrait pas passer seule ou sans assistance, et que les autres continueraient de relever de sa capacité juridique.

Ces nouvelles dispositions pourraient prendre la forme d'un préambule commun à toutes les mesures de protection et qui reproduirait les dispositions de l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées à la manière d'un fondement général présidant au droit des majeurs vulnérables.

De ce point de vue, c'est un changement de paradigme et de vision de la capacité juridique et de la protection de la personne qui parachèveraient la réforme de 2007 et alignerait totalement le droit français sur le droit international, en la matière.

Ainsi, le droit français s'éloignerait d'une vision strictement patrimoniale et civiliste de la capacité juridique et consacrerait un droit protecteur de la personne dans sa globalité.

VI. Améliorer l'expression et l'autonomie des majeurs protégés en permettant le développement de l'habilitation familiale particulière plutôt qu'en généralisant l'habilitation familiale générale.

L'habilitation familiale générale telle que prévue par les articles [494-6 et suivants du Code civil](#) est certes un dispositif intéressant de déjudiciarisation de la protection des majeurs vulnérables quand la famille est une ressource pour ce dernier.

Cependant, il est fondamental, au moment de son ouverture que les pouvoirs donnés à l'habilité soient adaptés au patrimoine du majeur vulnérable et ne confinent pas aux pleins pouvoirs.

Il est essentiel de repenser la place du majeur vulnérable dans ce dispositif et de permettre une passerelle vers la tutelle ou curatelle qui pourrait être confiée à la personne qui saisit le juge en habilitation, lorsque la situation de la personne vulnérable le justifie.

VII Améliorer l'expression et l'autonomie du majeur vulnérable par l'effectivité des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Aux deux extrémités de la protection, se trouvent le régime de l'habilitation familiale et celui de la mesure d'accompagnement judiciaire qui caractérisent l'une et l'autre, la réalité d'un droit de protection adapté à la situation de la personne, respectueux de la réalité de son état, de ses altérations et de leurs conséquences réelles.

Or, s'agissant de la mesure d'accompagnement judiciaire, elle s'avère difficile à mettre en œuvre du fait de son inapplication par les départements ou de sa mise en œuvre imparfaite.

Une des mesures urgentes à prendre serait de revoir ce double dispositif pour le rendre effectif et opérationnel et permettre, ainsi, aux majeurs vulnérables d'être protégés correctement par une mesure qui évite, lorsqu'elle est ordonnée à temps, des mesures de protections plus lourdes et de ce fait attentatoires à l'expression de leur volonté et de leur autonomie.

VIII. Amélioration de l'autonomie de la personne vulnérable par la mise en œuvre d'une politique publique relative à leurs droits.

Cet axe de développement de l'autonomie et de l'expression des personnes vulnérables viserait à les informer ainsi que leurs familles sur le sens, la valeur et la portée de leur protection avec trois axes d'action :

- faire connaître et développer le mandat de protection future,
- former et informer les familles afin de leur permettre de mieux exercer les mesures et donc mieux assurer le respect des droits fondamentaux des personnes vulnérables,
- créer un pilotage départemental et national de cette politique afin d'assurer un suivi, un contrôle et une sécurisation de l'exercice des mesures. Le juge des Tutelles pourrait prendre pleinement, au sein de ce dispositif, une place avec voix délibérative.

La protection des majeurs protégés au regard de l'impératif d'inclusion des personnes handicapées impose la mise en place d'une politique publique des personnes vulnérables à laquelle les juges des tutelles pourront être associés comme acteurs essentiels du dispositif. Cette politique publique permettrait d'obtenir une meilleure visibilité des besoins des personnes protégées et de construire, sur cette base solide, les moyens efficaces et modernes de leur prise en charge, dans le respect de leurs droits fondamentaux.

Améliorer l'autonomie et l'expression des majeurs vulnérables exige une application plus forte et plus concrète des articles 12 et 13 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées mais également et surtout la mise en œuvre d'un dispositif concret afin que ces objectifs essentiels entrent pleinement en application.

Action judiciaire et politique publique d'inclusion sociale, sont les deux ailes, les deux axes indissociables de l'autonomie et de la liberté d'expression des personnes vulnérables.





ADDENDUM

Note protection juridique des majeurs vulnérables

Sur la Mesure Unique de Protection

“La force d’une loi réside dans sa clarté et sa compréhension par les citoyens, auquel elle a vocation à s’appliquer”. Aristote “Ethique à Nicomaque”

L’efficacité d’une loi et son aptitude à atteindre sa finalité protectrice se mesurent à l’aune de la pertinence de ses qualités pédagogiques et de son efficacité pratique.

La loi du 5 mars 2007 explicite à juste titre (cette évolution doit d’ailleurs être encouragée) l’exercice de la protection des majeurs comme un devoir des familles et de l’Etat. Ce principe est rappelé à l’article 415 du Code civil antérieurement à la mission du juge explicitée à l’article 416 du même Code. La mise en œuvre d’un dispositif en permanence clair, transparent et lisible pour les familles, tant dans ses principes (énoncé des règles de protection), que dans son déroulement procédural (requêtes-50% des mesures sont exercées par les familles) s’impose.

Par ailleurs, l’amélioration de l’autonomie et de l’expression des majeurs vulnérables exige une visibilité, une clarté et une pédagogie du régime juridique afin que les personnes destinataires de ce dispositif de protection puissent prendre connaissance (mission fondamentale du droit et de la loi posés a priori) des mesures qui peuvent leur être appliquées, en fonction de leur état.

Enoncer une mesure générale est peut-être, sur le plan intellectuel et conceptuel une simplification, mais sur le plan juridique et pratique, une source certaine de complication.

L’intérêt essentiel d’un droit des majeurs vulnérables réside dans sa simplicité, ce qui ne signifie pas qu’il doive glisser vers la simplification excessive.

La distinction entre assistance et représentation est essentielle et guide non seulement le travail d’instruction du juge dans le cadre de l’examen et de l’analyse des pièces du dossier, notamment de l’expertise, élément fondamental pour la qualification de l’état de la personne vulnérable, mais aussi, et surtout, son travail pédagogique réalisé lors de l’audition du majeur vulnérable et de sa famille.

L'idée d'une mesure unique donne ainsi, l'impression de substituer à une opacité générée par un droit trop éclaté du fait de la multiplicité des mesures, une opacité générée par un droit monolithique, excessivement ramassé et rétréci, car édifié sur la base d'une décision non identifiable immédiatement dans son énoncé juridique.

Cette modification rendra la saisine du juge, l'instruction des dossiers, le prononcé et le contrôle de l'exercice des mesures très difficiles et générateurs de *malentendus*, ce qui nuira à terme, à la protection dont la force réside dans l'information, la pédagogie, la clarté de ses principes et la responsabilité de ceux qui l'exercent.

Aucun argument juridique ne justifie l'abandon de la distinction entre assistance et représentation dans l'énoncé de la protection des majeurs.

En effet, rien n'empêche de consacrer un droit de la protection des majeurs vulnérables fondé sur deux mesures de protection, avec des requêtes identifiées et respectivement fondées sur d'un côté, la personne qui « *sans être hors d'état d'agir elle-même, a, en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles, besoin d'être contrôlée ou conseillée dans les actes importants de la vie civile* » (actuel article 440, alinéa 1) et de l'autre, sur un état exigeant « *sa représentation dans tous les actes de la vie civile* » (actuel article 473 du Code civil) .

L'adoption d'un préambule général énonçant les droits fondamentaux de la personne vulnérable quel que soit son état et celui de la mise en œuvre de deux modes de protection distincts (assistance et représentation qui peuvent varier en durée ou en intensité, selon le degré d'altération des facultés) est, pour notre organisation, l'évolution la mieux adaptée, tant aux nécessités pratiques, qu'aux exigences juridiques et pédagogiques développées ci-dessus.

De plus, les difficultés évoquées à l'égard des familles ne manqueront pas de survenir avec les mandataires judiciaires privés et associatifs dont le champ d'intervention sera à expliciter au travers de formations obligatoires et à encadrer par un interventionnisme accru du juge.

Nous estimons que les principes de visibilité, de clarté et de pédagogie imposent la consécration de deux mesures de protection génériques fondées, l'une sur l'assistance et l'autre sur la représentation des personnes vulnérables.

Poser le principe d'une mesure unique créera confusions, inquiétudes, difficultés lors de la saisine judiciaire et lors de la gestion des mesures. L'office du juge chargé de la mise en œuvre de cette protection en sera fragilisé d'autant puisqu'il lui reviendra d'expliciter, en permanence, cette simplification juridique dont le seul intérêt est intellectuel.

Or, le succès de la réforme en cours ne saurait se passer des ressources du juge et des moyens qui lui sont indispensables pour exercer, dans les meilleures conditions, le prononcé de la mesure la plus adaptée à la situation de la personne vulnérable concernée.

Le cadre d'action du juge doit être clair. Seule la distinction entre assistance et représentation dans l'énoncé de la loi permet de garantir cette clarté, sans laquelle la sérénité du dispositif, sa justesse et son équité à l'égard des personnes vulnérables seraient compromises.



ADDENDUM

Note protection juridique des majeurs vulnérables

Sur le Juge des Libertés Civiles

La création d'un Juge des Libertés Civiles qui ferait pendant au JLD irait, à première vue, dans le sens d'une lisibilité et d'une cohérence accrues de l'institution judiciaire.

Pour autant, il conviendrait de s'entourer, au préalable, de quelques précautions afin que cette nouvelle fonction ne soit, dès l'origine, vidée de son contenu ou à l'inverse dotée d'un champ d'intervention exorbitant.

Magistrat spécialisé, son indépendance devra être garantie par une nomination sur décret du Président de la République, après avis conforme du CSM. En outre, il devra s'agir de fonctions de cabinet.

La question de l'étendue de la compétence *ratione materiae* du Juge des Libertés Civiles est infiniment plus délicate et nécessiterait la constitution d'un groupe de travail pluridisciplinaire.

Pour autant, nous préconisons, d'ores et déjà, que lui soit attribué le contentieux des hospitalisations d'office. Nous estimons, en effet, que le choix du JLD pour en connaître était inapproprié s'agissant d'un magistrat pénaliste dont l'intervention - malgré toutes les précautions oratoires - est toujours perçue avec angoisse par le justiciable.

En l'état actuel du droit, sauf création du Mandat Unique de Protection, la décision de mise sous tutelle devrait bien évidemment relever du Juge des Libertés Civiles.

Il en va de même pour une mesure tout aussi attentatoire aux libertés individuelles : le placement des mineurs relevant de l'assistance éducative.

Dans un cas comme dans l'autre, il conviendra de réfléchir aux moyens permettant d'éviter une rupture de cohérence dans la prise en charge des majeurs et des mineurs protégés. Une nécessaire synergie serait à mettre en place entre le Juge des Libertés Civiles, le Juge des Enfants et le Juge des Tutelles.

Le Juge des Libertés Civiles ne devrait en aucune manière apparaître comme la chambre d'enregistrement ou la juridiction d'appel des décisions prises en amont par le Juge des Enfants et le Juge des Tutelles.



Contributions écrites de l'UNSa SJ au groupe de travail sur
« LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS VULNERABLES »

Dans le cadre des auditions concernant ce groupe de travail, l'UNSa sj a été reçue le 12 juin 2018 par Mme Caron-Déglise, présidente du groupe de travail, assistée de Mme Bessaud.

Il sera rappelé en préalable que notre organisation syndicale n'a été destinataire d'aucun document de travail, d'aucune note ni aucun support sur lesquels appuyer nos pistes de réflexion. Les seuls documents remis furent la lettre de mission inter-ministérielle adressée à Mme Caron-Déglise, ainsi que le calendrier prévisionnel du groupe de travail.

La Cour des comptes et le défenseur des droits relèvent que la mise en œuvre des principes de la loi du 5 mars 2007 ne sont pas à la hauteur de ses ambitions puisque « tant la gestion effective des mesures que leur contrôle demeurent défailants » et que l'effectivité des droits des personnes protégées n'est pas assurée. Ce bilan est donc négatif.

L'UNSa sj rappelle que le public en contact avec le service des tutelles est fréquemment un public en difficulté sociale, qui en conséquence, a un besoin impératif de proximité avec le service dont il est l'utilisateur. Cette proximité ne peut se contenter d'être simplement géographique, il est tout autant nécessaire d'être disponible, de faire preuve d'une grande écoute, autant pour les majeurs à protéger, que pour les familles, dont la démarche de mise sous protection d'un proche est rarement un choix aisé. Le greffier du service est très souvent le premier interlocuteur des familles, celui-ci est fréquemment amené à connaître les problématiques familiales particulières, le stress, les craintes du majeur à protéger et de sa famille.

L'accès au service des tutelles ne peut se concevoir par la voie informatique. ce serait un obstacle supplémentaire pour beaucoup de familles déjà en difficulté. Un accueil spécifique est nécessaire pour mieux identifier les besoins des justiciables et donc mieux les orienter. En effet, les familles sollicitent le greffier des tutelles pour des questions dépassant le cadre procédural, celui-ci doit donc être en mesure de les orienter au mieux afin de satisfaire à la notion du service public qui englobe la proximité géographique mais aussi humaine.

C'est aussi un gage de qualité du service public, et d'efficacité de la mission, que de permettre aux interlocuteurs et intervenants réguliers (MJPM, associations tutélaires, notaires, avocats...) de pouvoir avoir un accès rapide au service. Un accès spécifique au service des tutelles doit donc être en place, seul celui-ci saura garantir un service de qualité.

Il est nécessaire également de conserver la spécialisation du greffier des tutelles car il est bien souvent la mémoire du service, sa durée d'affectation étant souvent plus longue que celle du magistrat. Il connaît le contexte social et familial dès l'origine de la demande de protection, comme durant les mesures en cours. Il reste l'interlocuteur privilégié des familles, il écoute, rassure, joue un véritable rôle de « filtre » en sachant prioriser les urgences.

Ainsi, bien souvent les familles confieront oralement au greffier des explications sur la situation qu'elles ne formuleraient pas dans un courrier, permettant ensuite au juge d'avoir une vision globale de la situation. Cet éclairage du dossier lui permet de se prononcer de manière plus éclairée et ainsi de mieux appréhender les demandes qui sont formulées, tant sur le choix de la mesure de protection que sur ses modalités d'exécution (par exemple, comment un juge des tutelles pourrait accepter des prélèvements de fonds pour l'achat d'un 2ème matelas dans la même année ou d'une 3ème télévision sans explication du contexte ?). Il est donc pour nous essentiel de voir le maintien au sein du service des tutelles, d'un greffier spécialisé, lien essentiel entre les familles, le majeur, et l'ensemble des intervenants, le magistrat en charge du service compris.

Au sein de ce service particulier, il est fortement souhaitable que le magistrat soit lui aussi un juge spécialisé (juge de la protection des majeurs) garantissant sa disponibilité et la connaissance de son service (par exemple pour déterminer le MJPM le plus adapté en fonction de la situation de la personne à protéger). Un magistrat intervenant ponctuellement dans le service, car relevant aussi d'autres services d'un TGI n'aura assurément pas la même efficacité. Se posent également la question de la priorité qui sera réservée à la gestion du service des tutelles par un magistrat impliqué dans d'autres services, et la cohérence des décisions à venir (fixation de la résidence, autorisation d'ouverture de compte etc...).

Si une dérive amenait le service des tutelles à devenir un service gérant uniquement un travail de masse, une destruction de l'individualisation des décisions serait inévitable et viendrait à l'encontre de l'intérêt du justiciable et des familles.

Le maintien d'un binôme magistrat-greffier au sein des services des tutelles est assurément un gage de qualité et d'efficacité.

Concernant le contrôle des comptes de gestion, l'UNSa sj constate que les défaillances soulignées relèvent d'un manque de moyen des juridictions : manque de temps et de formation pour cette tâche chronophage, et rappelle que depuis de nombreuses années ce manque de moyen est dénoncé, aucun reproche ne peut donc être fait aux directeurs en charge de ces contrôles.

Nous rappelons notre opposition à la mise en place de contrôle effectué par un intervenant extérieur, de manière systématique, car en effet c'est la gratuité du service public de la justice qui ne serait plus garantie. Les usagers du service des tutelles sont souvent des personnes ou des familles en difficulté sociale dont la situation est incompatible avec la prise en charge de frais supplémentaires. Une vigilance doit aussi être de mise si des exigences amenaient à l'obligation d'utiliser de moyens dématérialisés pour assurer le suivi comptable des mesures.

Des outils existent déjà pour endiguer le flux du contrôle de gestion :

- Possibilité de dispenser de compte de gestion quand l'essentiel des revenus sert à régler les frais d'hébergement
- Désigner au sein des familles des subrogés-tuteurs/curateurs avec pour rôle de vérifier les comptes de gestion
- Afin de satisfaire à la notion de service public, service gratuit, il pourrait être envisagé de recourir au concours de l'administration fiscale pour les patrimoines les plus complexes (recommandation du défenseur des droits)

Le nombre de mesure de protection ayant vocation à s'accroître compte tenu du vieillissement général de la population, il paraît essentiel de développer notamment le mandat de protection future (MPF) afin d'une part, de permettre à la personne à protéger d'être acteur de sa mesure de protection et d'autre part, de limiter les cas de saisine du juge aux situations compliquées et/ou conflictuelles.

Le MPF est peu utilisé car peu connu du grand public. De plus, la procédure actuelle est limitée aux proches puisque le mandataire doit lui-même activer le mandat le moment venu.

Il serait incontestablement utile de créer un fichier national centralisant l'ensemble des mesures de protection : mesures classiques, mais aussi les sauvegardes de justice et les MPF. Ce fichier serait ouvert à la consultation tant des juridictions que des notaires.

L'UNSA sj rappelle que tout citoyen peut un jour être concerné par la procédure du service des tutelles (actuellement 750 000 personnes). Eu égard aux évolutions envisagées, l'UNSA sj préconise pour le service des tutelles de :

- Conserver la proximité géographique et humaine
- Reconnaître la spécificité de la mission du greffier de ce service : greffier spécialisé
- Spécialiser également la fonction du juge des tutelles pour garantir son efficacité
- Promouvoir le mandat de protection future qui favoriserait la prise en compte de la volonté de la personne à protéger
- Développer un fichier national centralisant l'ensemble des mesures existantes touchant à la protection de la personne
- Alléger le contrôle a priori du juge des tutelles pour les actes de gestion patrimoniale
- Instaurer une passerelle avec l'habilitation familiale et mettre en place une requête unique
- Mais l'UNSA SJ s'oppose à l'externalisation systématique du contrôle des comptes de gestion.



UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS

18 rue de la Grange Batelière - 75009 PARIS

Tél : 01.43.54.21.26. - Fax : 01.43.29.96.20.

E-mail : contact@union-syndicale-magistrats.org

Site : www.union-syndicale-magistrats.org

Paris, le 12 juin 2018

Observations de l'USM

devant le groupe de travail interministériel et pluridisciplinaire sur la protection juridique des majeurs

L'Union Syndicale des Magistrats est le syndicat le plus représentatif des magistrats de l'ordre judiciaire (72,5% des voix aux élections au Conseil supérieur de la magistrature en 2014).

Elle s'interdit tout engagement politique et a pour objet d'assurer l'indépendance de la fonction judiciaire, garantie essentielle des droits et libertés du citoyen, de défendre les intérêts moraux et matériels des magistrats de l'ordre judiciaire et de contribuer au progrès du droit et des institutions judiciaires, afin de promouvoir une justice accessible, efficace et humaine

La mission du groupe de travail est de réfléchir à de nouvelles règles favorisant l'autonomie et l'expression de la volonté des majeurs vulnérables, tout en repensant le périmètre d'intervention du juge et en renforçant le statut et le rôle des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, partenaires privilégiés de la protection juridique des personnes les plus vulnérables.

La lettre de mission du garde des Sceaux du 26 mars 2018 fait référence aux rapports de la Cour des comptes et du Défenseur des droits, publiés en septembre 2016, qui ont tous deux relevé en substance que la mise en oeuvre des principes de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 n'était pas la hauteur des ambitions de cette réforme, la gestion effective des mesures et leur contrôle, ainsi que l'effectivité des droits des personnes protégées n'étant pas assurés.

Les objectifs fixés au groupe de travail sont pour l'essentiel les suivants :

- élaborer de nouvelles règles favorisant l'autonomie et l'expression de la volonté des personnes protégées,
- renforcer le statut et le rôle des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM)
- réfléchir à une mesure unique afin d'inciter le juge à graduer la mesure au regard de la situation concrète du majeur protégé,
- assurer un filtre plus efficace par le procureur de la République avant la saisine du juge (hypothèse de travail à partir d'un bilan social pluridisciplinaire incluant le certificat médical circonstancié),
- évaluer la mise en oeuvre des mesures d'accompagnement social personnalisé (MASP), en identifiant les freins à leur développement et ouvrir cette mesure à d'autres revenus que les prestations sociales,

- développer le mandat de protection future,
- promouvoir les mesures familiales et directives anticipées, avec des pistes de simplification.

Un bilan de la réforme de la protection juridique des majeurs protégés par le groupe de travail est annoncé, outre les pistes de réforme proposant des améliorations à droit constant et celles nécessitant une révision des textes.

I/ La méthode : constats et incompréhension

Un bilan de cette importante réforme de la protection des personnes vulnérables apparaît effectivement comme un préalable nécessaire avant toute nouvelle réforme, surtout après le rapport implacable de la Cour des comptes. Ce bilan peut-il toutefois être réalisé en si peu de temps (installation du groupe de travail le 15 mars 2018), alors que les principaux intéressés, les juges des tutelles notamment, ne semblent pas avoir été récemment consultés à cet effet et que la question de la fiabilité des statistiques du ministère de la justice est certainement encore d'actualité.

Les travaux du groupe sont méconnus des juges de tutelles. Les collègues sollicités par l'USM s'interrogent sur cette mission et estiment qu'un bilan de la loi du 5 mars 2007 devrait être réalisé à partir de l'expérience vécue par les juges concernés en premier lieu. La seule participation de l'ANJI, membre du groupe, ne peut être considérée comme suffisante, après les efforts considérables déployées en juridiction dès 2009 pour le renouvellement des mesures de protection dans les délais légaux et les efforts constants d'adaptation de magistrats et des greffes à la loi de 2007 et aux nouvelles dispositions qui sont venues la compléter. Les délais contraints du groupe de travail interministériel pour rendre ses travaux et proposer des pistes de réforme interrogent sur la possibilité de prendre réellement en compte les propositions et remarques émanant du "terrain", dans ce contexte où les expériences et partenariats locaux sont déterminants pour favoriser par exemple le développement des mesures familiales.

L'existence d'une enquête évoquée dans le rapport de la Cour des comptes, lancée par la Chancellerie à partir des décisions prises par les juges des tutelles en octobre 2015, dont les résultats devaient être connus fin 2016, n'est en réalité accessible que depuis juin 2018... soit une date très proche de l'échéance des travaux du groupe de travail. Une étude plus complète devrait être publiée sous peu par la DACS. Alors que le rapport précité de la Cour des comptes évoque clairement le manque de fiabilité des statistiques de la chancellerie en matière de stocks d'une part, et pour mener une analyse plus fine des décisions des parquets ou des juges des tutelles d'autre part (par exemple sur les auditions par les juges des tutelles), la tardiveté de cette étude ne facilite pas l'appropriation d'une réflexion sur leurs propres pratiques par les professionnels concernés.

L'USM, malgré sa demande, n'a pas pu disposer de données chiffrées actualisées (2017) concernant le nombre de mesures de protection : mesures judiciaires (MAJ, tutelles, curatelles, MASP et habilitations

familiales) et leur évolution sur les dernières années, ainsi que le nombre moyen de dossiers par juge en charge de ce contentieux, ce qui aurait permis de comparer avec les chiffres issus du rapport de la Cour des comptes (700.000 mesures de protection, taux de croissance de 5% des mesures nouvelles en moyenne depuis 2009, 3500 dossiers en moyenne pour le juge des tutelles). L'outil statistique mériterait d'être sérieusement repensé.

II/ la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 : une réforme ambitieuse, attendue et adaptée à la protection des majeurs... mais inadaptée aux moyens réels de la justice

La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 était une réforme d'ampleur, attendue des professionnels et s'inscrivant dans un mouvement législatif tendant à reconnaître et protéger davantage les droits des personnes protégées, dans le respect des préconisations du Conseil de l'Europe, de la CEDH et de la commission européenne ainsi que dans le cadre des engagements internationaux de la France notamment la convention de l'ONU relative au droits des personnes handicapées du 30 mars 2007 qui sera ratifiée par la France en 2010.

La loi nouvelle conjugait en théorie et de façon satisfaisante les principes de subsidiarité, de proportionnalité et d'individualisation des mesures de protection en instaurant :

- une protection juridique contractuelle : mandat de protection future et habilitation familiale ;
- une protection judiciaire graduée :
 - sauvegarde de justice médicale, judiciaire et rénovée avec désignation d'un mandataire spécial si nécessaire,
 - curatelle simple, renforcée et aménagée (co-curateurs)
 - tutelle avec conseil de famille ou aménagée avec co-tuteurs et surtout protection civile de la personne à protéger dans le respect du principe d'autonomie ;
- une protection judiciaire limitée dans le temps : nouveauté de la loi de 2007, complétée par l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

Tous les outils permettant aux magistrats d'individualiser pleinement les mesures en termes de protection du patrimoine et/ou de la personne sont dans cette loi. Pourtant le constat d'échec est évident, l'objectif de diminution du nombre de mesures n'étant pas atteint, bien au contraire. La Cour des comptes avait procédé à une recherche très complète des causes de cet échec, sans qu'il y ait lieu de revenir dessus, il suffit de relire le rapport de 2016 pour avoir un bilan très complet des dysfonctionnements et des pistes d'amélioration.

L'un des éléments majeurs semble bien être l'absence d'incarnation de la protection des majeurs, et le

partage peu clair des tâches entre le ministère de la justice et celui des affaires sociales. La DACS est une direction purement normative en la matière.

Les magistrats délégués à la protection des majeurs, au sein des cours d'appel, n'élaborent pas de rapport annuel, lequel serait de toute façon inutile puisqu'ils n'ont pas de référent identifié et que la DACS n'impulse aucune politique coordonnée. L'existence d'un cadre juridique définissant les fonctions de ces magistrats délégués leur donnerait une base de travail. Ils pourraient ainsi mettre en place, coordonner et animer plus naturellement des réunions et des formations, au soutien tant des juges de tutelles que des mandataires professionnels ou familiaux notamment.

Exemple du peu d'engagement de la DACG, le site du ministère de la justice ne comporte aucune information à jour, certains liens mènent à des pages qui n'existent plus et les dernières actualités datent de 2012 ! Les mesures judiciaires familiales et le recours à des modes contractuels d'accompagnement ne peuvent être encouragés dans ce cadre. Le site pourrait à tout le moins comporter les liens utiles vers les sites internet à jour.

De plus, la question du financement est cruciale. Les départements n'ont aucun intérêt à financer des mesures de MASP alors que l'intervention judiciaire permettra d'externaliser la charge. A défaut de statistiques, le constat général des juges de tutelles est que la MASP est un outil très peu utilisé, de même que la MAJ. L'extension à d'autres sources de revenus n'aurait aucune raison de contribuer à une plus large utilisation de la MASP.

Par ailleurs, l'utilisation des durées maximales prévues par la loi (jusqu'à 20 ans pour les tutelles) n'est que partiellement justifiée par des raisons tenant à la situation du majeur protégé. Les juges d'instance n'ont tout simplement pas le choix au vu de la charge que représente la révision périodique des mesures.

Il est également toujours fait le constat que de nombreuses administrations, banques, familles ont pris conscience du risque que représente la gestion des affaires d'un majeur vulnérable en dehors de tout cadre. Elles se tournent alors naturellement vers le cadre connu et protecteur que constituent les mesures judiciaires. L'ouverture d'une mesure est ainsi parfois imposée au majeur ou à sa famille et conditionne l'accueil en maison de retraite ou en EHPAD, alors même que le principe de subsidiarité permettrait d'éviter une mesure judiciaire.

Dès lors qu'il n'existe aucun registre des mandats de protection future, procurations ou directives anticipées, le principe de subsidiarité ne peut être pleinement appliqué, faute d'avoir systématiquement connaissance de la volonté exprimée antérieurement par la personne à protéger.

L'anticipation de la perte d'autonomie doit être favorisée, ce qui impose de réfléchir à une bien meilleure information des familles et des professionnels.

Une nouvelle loi ne règlera rien si les moyens ne sont pas donnés aux juges des tutelles et aux parquets pour jouer efficacement un rôle de filtrage et d'explication, et si, en amont, les MASP, les règles applicables entre époux et les mandats de protection future ne sont pas mieux connus et pleinement utilisés. Plus récentes, les habilitations familiales pourraient se développer, notamment avec l'existence de la "passerelle" prévue dans le projet de loi de programmation pour la justice.

Ce projet de loi comporte également des dispositions visant à élargir les possibilités de dispense de contrôle des comptes de gestion, voire d'établissement de ceux-ci, y compris pour des mandataires professionnels. Le constat général est que jamais les moyens n'ont été donnés aux juges des tutelles et aux directeurs de greffe pour assurer le contrôle qui leur était dévolu par la loi.

Ces dispositions déchargeront certes de cette tâche chronophage les directeurs de greffe mais elles aboutiront en réalité, dans bien des cas, à une absence de contrôle effectif des comptes.

L'USM dénonce une hypocrisie majeure du ministère qui n'hésite pas à écrire dans l'exposé des motifs que « l'obligation pour les tuteurs professionnels d'établir des comptes annuels est maintenue, afin de permettre l'exercice par le juge de son pouvoir de surveillance et de contrôle à tout moment, puisque sa responsabilité sans faute demeure engagée de ce fait aux côtés de la responsabilité professionnelle voire pénale, de la personne chargée du contrôle. »

Ainsi, cyniquement, le ministère qui fait siennes les critiques de la Cour des comptes et du Défenseur des droits qui font le constat de l'impossibilité pour les juges des tutelles et les directeurs de greffe d'exercer, à moyens constants, un contrôle effectif des comptes de gestion, maintient l'obligation pour les tuteurs professionnels d'établir ces comptes afin de permettre l'engagement de la responsabilité du juge des tutelles. L'USM aurait souhaité l'externalisation du contrôle des comptes de gestion, avec le maintien d'une possibilité de dispense d'établissement de ces comptes pour les tuteurs familiaux gérants des patrimoines restreints.

III/ Une amélioration souhaitable au regard des standards européens mais qui risque encore de rester lettre morte

Les textes internationaux visent à rendre exceptionnelles les mesures incapacitantes, lesquelles doivent être limitées dans le temps, et le juge est tenu de caractériser l'intérêt pour la personne à être placée sous mesure de protection.

Les comparaisons statistiques avec d'autres pays européens interrogent sur le fait qu'en France, le rapport de la Cour des comptes dénombrait, en 2015, 700.000 personnes sous protection juridique.

L'amélioration attendue ne peut passer que par les deux acteurs majeurs de la protection judiciaire que sont et demeurent le parquet et le juge des tutelles.

1 - L'amélioration du rôle de filtre du parquet : un voeu définitivement pieux

La nécessaire amélioration du rôle de filtre du parquet était déjà soulignée dans le rapport de la Cour des comptes : il supposerait un parquet réellement spécialisé, pendant nécessaire de la spécialisation de la fonction de juge des tutelles, pour un examen plus fin et plus individualisé de la mesure de protection adaptée à chaque majeur à protéger. L'efficacité de la mesure unique ne peut se concevoir sans cet "aiguillage" et ce partenariat.

De même l'objectif de diminution du nombre de mesures de protection, excessivement élevé par comparaison avec d'autres pays européens, suppose que le parquet puisse jouer pleinement ce rôle de délimitation du champs de la protection sociale et de la protection judiciaire.

Le rapport FAVARD de 1998, qui a en grande partie été mis en œuvre dans le cadre de la réforme des tutelles de 2007, préconisait la mise en place d'une commission médico-sociale d'évaluation des situations, préalable obligatoire à la saisine du juge des tutelles et lieu d'échange d'information en amont du choix de la protection. Le parquet aurait alors les moyens de jouer pleinement son rôle de filtre, avant la saisine et en prenant des réquisitions adaptées et non standardisées.

Le parquet pourrait bénéficier d'informations et d'avis pluridisciplinaires et décider de saisir ou non le juge des tutelles après avoir vérifié que les autres prises en charges notamment sociales ont été tentées. Mais là encore, la théorie se heurte rapidement à la réalité : la charge de travail élevée des parquetiers français, outre la nécessité de financer la mise en place d'une telle commission d'orientation, à l'instar de la mesure d'investigation et orientation éducative pour les mineurs, semble compromettre toute velléité d'améliorer le filtrage en amont de la protection.

2 - le juge des tutelles, acteur démunie de la personnalisation de la mesure

Le projet de réforme de la justice en cours d'examen prévoit explicitement la suppression du juge d'instance, ce qui signifie à tout le moins une identification moins aisée du juge des tutelles au sein du TGI par le justiciable et par les partenaires du juge, outre des changements plus fréquents au gré des modifications de l'ordonnance de roulement, mais aussi une formation moins efficace (formation initiale et continue à l'ENM) de ce magistrat à ce type de contentieux très spécialisé. Seule l'existence d'une fonction statutaire peut permettre que ce contentieux soit traité par un magistrat ayant l'appétence pour le faire. Prévoir uniquement, comme actuellement, l'existence légale du juge des tutelles ne remédie à aucune des difficultés engendrées par la suppression de la fonction statutaire de juge d'instance.

Il importe de recentrer les juges des tutelles sur les décisions pour lesquelles l'office du juge s'impose et apporte une plus-value. Ainsi, selon les résultats de l'étude statistique menée par la DACS, certaines demandes systématiquement accordées pourraient sortir du domaine des autorisations données par le juge pour n'entrer que dans le domaine du contrôle a posteriori en cas de difficulté. Dans le domaine de la

protection de la personne, actuellement mal encadré par la loi, le juge pourrait n'intervenir que pour rendre des décisions ayant des conséquences patrimoniales (logement, mariage, divorce ou PACS), ou en cas de difficulté, sur des points limitativement énumérés par la loi.

Par ailleurs, si les juges des tutelles n'ont pas nécessairement investi le champ complet des nouvelles mesures de protection à leur disposition, ce constat tient essentiellement à l'absence de moyens d'investigation pouvant réellement être mis en oeuvre (la seule possibilité actuelle d'enquête sociale semble insuffisamment utilisée). Or, la mesure unique impose précisément une personnalisation importante des mesures, pour un résultat finalement identique à celui obtenu grâce à l'individualisation que permet la loi de 2007. Un nouveau cadre légal impulsant une autre dynamique favoriserait-il réellement un changement de pratiques ?

Les difficultés d'investigation relevées au niveau du parquet ne permettent pas au juge des tutelles, par contrecoup, de disposer ab initio d'éléments qui lui permettraient d'adapter réellement la mesure au degré de protection nécessaire. En outre le "temps de juge" à consacrer à l'instruction de la mesure, aux auditions et au renouvellement est plus que compté ! La charge de travail importante du juge des tutelles était là aussi un élément relevé par le rapport de la Cour des comptes, cette donnée ne s'étant certainement pas améliorée (nous ne disposons pas de statistiques sur la charge actuelle des juges des tutelles).

L'exemple des dispenses d'audition et du droit de vote sont typiques de ces difficultés : ainsi les statistiques récentes diffusées dans le numéro Infostat de juin 2018, à partir de l'analyse de l'ensemble de décisions rendues en octobre 2015 par les juges des tutelles, fait apparaître que lors de l'ouverture d'une tutelle, le juge supprime le droit de vote à 83% des majeurs, cette part passant à 92% en l'absence d'audition du majeur et étant ramenée à 67% si une audition a pu être réalisée ! Ceci précisément alors que la réforme de la loi de 2007 devait remettre le majeur au centre du dispositif et permettre de mieux appréhender la protection à la personne.

Le projet de réforme vers une mesure unique comporte en définitive des objectifs contradictoires : il aboutira à faire peser une responsabilité plus importante sur le juge, qui devra personnaliser et adapter la mesure de protection, sans l'aide d'un cadre juridique pré-défini et bien identifié (curatelle/ tutelle) et sans disposer de davantage de moyens, alors que le juge en charge de ce contentieux des tutelles sera vraisemblablement un juge moins motivé (il n'aura pas forcément choisi cette fonction en devenant juge au TGI) et moins bien formé.

La mesure unique pose enfin le problème de l'identification par les tiers du niveau de protection du majeur concerné. En effet, la mention en marge de l'état civil est laconique et ne mentionne pas le type de mesure. Actuellement, la précision ultérieure, "tutelle" ou "curatelle", permet d'avoir rapidement une notion du niveau de protection. Dans le cadre d'une mesure unique, il sera nécessaire d'entrer dans le détail des autorisations d'assistance/représentation données ou non dans le jugement. De même, lorsque le mandataire voudra procéder à un acte, il devra produire la décision détaillée pour justifier de son pouvoir.

Conclusion :

Les travaux de ce groupe se déroulent sur trois mois et demi (du 15 mars 2018 à début juillet pour remise du rapport), à un moment du calendrier législatif très chargé où sont de nouveau prévues par la loi de programmation pour la justice des modifications du régime de protection des majeurs (allègement du contrôle a priori du juge des tutelles/ instauration d'une passerelle et élargissement de l'habilitation familiale) et où le juge d'instance est supprimé !

Le rôle d'impulsion et d'animation de la DACS et la concertation entre les ministères de la justice et des solidarités et de la santé doivent être au cœur de la réflexion, de même que les moyens donnés aux magistrats pour appliquer la loi.

De l'opportunité de la création d'une régie d'avances et de recettes sur le fondement des articles 11 et 12 du décret n° 2012-663 du 4 mai 2012 relatif aux modalités de gestion des biens des personnes protégées, dont la protection est confiée à un mandataire judiciaire, personne ou service préposé d'une personne morale de droit public

Nous avons par deux fois essayé de faire ouvrir des comptes en caisse de dépôts et consignation.

- Courant 2015, nous avons menée des rencontres avec madame Olivier, responsable du service CDC à la DRGFIP Aquitaine, qui après consultation du service juridique national de la CDC, avait donné un avis favorable à l'ouverture de ces comptes.
Brusquement, début septembre, alors que l'AG était convoquée pour qu'elle statue sur le changement de comptable obligé du service MJPM, nous avons reçu un courriel de Madame Olivier nous informant purement et simplement que cela ne serait pas possible, sans aucune autre forme d'explication.
- Janvier 2017, cette fois sur fondement de l'article 427-al 3 du code civil, Mme Cailliet Creppy pour le GCSMS, comme madame Bielle pour le service MJPM IEHP 33, adressent à la DRGFIP Nouvelle Aquitaine une demande d'ouverture des comptes CDC, pour les personnes protégées, arguant principalement de l'intérêt des personnes à en disposer, et accessoirement du temps que les services du trésor public comme les MJPM, pourraient « économiser » et qui pourrait être redéployé..
Février 2017, Mme Cailliet Creppy reçoit de la DRGFIP Nouvelle Aquitaine, un courrier qui nous renvoi aux dispositions du chapitre 1^{er} du Décret 2012-663 du 4 mai 2012, comme de la circulaire du 7 février 2014.

Déjà, il convient d'observer que l'alinéa 3 de l'article 427 du code civil dispose que :« Un compte est ouvert au nom de la personne protégée auprès de la Caisse des dépôts et consignations par la personne chargée de la protection **si le juge** ou le conseil de famille s'il a été constitué **l'estime nécessaire** ».

Que dans notre cas d'espèce, sur ce fondement les juges des tutelles ont autorisé par ordonnance spécifique l'ouverture des comptes.

Sur le fondement de l'article 427 alinéa 3, L'opportunité d'ouvrir un compte doit être apprécié et non pas sur la qualité privé, associative ou préposé du MJPM. L'alinéa 3 est muet sur ce point, mais dans le seul intérêt de la personne et si le juge l'estime nécessaire.

Que cette appréciation souveraine de la situation est réaffirmée dans l'article 501 du code civil alinéa

« les comptes de gestions du patrimoine de la personne protégée sont exclusivement ouverts [...] si le juge l'estime nécessaire, compte de la situation de celle-ci (la personne)

Ainsi, une Administration a refusé l'ouverture du compte CDC en méconnaissant le texte, mais aussi l'esprit du texte de l'article 427 alinéa 3¹ du CC, à savoir : le respect de la volonté, de l'intérêt de personne protégée que le juge a estimé nécessaire.

¹ Nous verrons infra que le décret du 4 mai 2012 (**acte administratif autonome**) subordonne l'accès aux comptes CDC, sur le fondement de l'Article 427 Alinéa 3 à la création d'une régie, au seul usage des personnes non hébergées ou non soignées

En parallèle, Il est à noter que dans le département de Loire, les préposés nous ont informés qu'après une réunion de concertation avec les juges de tutelle, de la DDCS 42 et de la DRGFIP 42, des comptes ont été ouverts pour les personnes à l'aide sociale hébergement en établissement aux fins de gérer l'argent de vie.

Certes le contexte est un peu différent, mais cette expérience démontre qu'avec de la volonté, et surtout lorsqu'il est de l'intérêt de la personne dans notre cas en très grand âge, les Administrations peuvent changer de doctrine et adapter le texte à son esprit.

La MJPM du CH Sud Gironde, fait elle aussi état d'anciens comptes CDC

Ensuite, si nous revenons uniquement sur les textes, nous trouvons bien une référence sur la possibilité d'organiser une régie, sur le fondement de l'article 8 du décret de 2012, lorsque les personnes en protection judiciaire sont hébergées ou soignées dans un établissement public de santé ou en établissement social et médicosocial. Cette organisation est loin de satisfaire les besoins et l'intérêt des personnes protégées par le service MJPM IEHP 33 pour au moins deux raisons :

- Elle implique d'important mouvement de fonds en liquides, alors que le service ne peut organiser un mode de distribution sécurisée **du fait de son implantation sur l'entier territoire de la Gironde, ainsi l'impossibilité de pouvoir disposer d'un lieu sécurisé ou d'un coffre pour conserver les espèces. (il y a plus de 3 heure de route entre les établissements les plus éloignés et au moins 2 heures entre le trésor public de Blanquefort (TP obligé du service) et les EHAPD de SOULAC, Castillon la Bataille ou encore Arcachon.**
- Elle obligerait un des MJPM a devenir le régisseur principal, charge à lui, et lui seul de faire le tour des établissements, uniquement pour porter l'argent. Le MJPM régisseur suppléant ne pouvant que le remplacer que 40 jours par mois, ce qui est largement inférieur aux congés statutaires (28 j de CA + 19 RTT)
- Elle ne satisfait pas aux besoins, comme aux intérêts des résidents des établissements, **puisque nous sommes dans l'impossibilité de payer des prestations sur internet, que nous rencontrons des difficultés récurrentes avec les opérateurs téléphoniques, la presse, des complémentaires santés, des contrats obsèques etc**

L'objet social du GCSMS n'est ni de soigner, ni d'héberger. C'est lui, personne morale de droit public, qui détient l'autorisation de faire fonctionner un service de mandataire, et elle ne lui a pas été cédé par un établissement membre du GCSMS.

Des articles 11 et 12 du décret l'article 8 du décret de 2012 disposent

- Article 11 : *le texte s'applique également aux personnes protégées non soignées et non hébergées dans un établissement public de santé ou dans un établissement public social et médico-social mais dont le mandataire judiciaire est désigné au sein d'un tel établissement.*
- Article 12 *L'exécution des opérations de recettes et de dépenses des personnes mentionnées à l'article 11 est assurée par une régie de recettes et d'avances (dans les condition de l'article 427 – alinéa 3), instituée auprès de la personne morale de droit public.*

Ainsi le au nom de son seul intérêt une Administration, par décret, privé des PP d'accéder à des facilité de paiement.
--

Le mandataire judiciaire, désigné selon les modalités prévues à l'article 1er, peut être nommé régisseur dans les conditions prévues aux articles R. 1617-2 à R. 1617-5-2 du code général des collectivités territoriales

Le régisseur peut ouvrir, dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 427 du code civil, un compte auprès de la Caisse des dépôts et consignations au moyen duquel il exécute les ordres de dépenses et de recettes concernant la personne protégée par la loi.

Le mandataire judiciaire archive les pièces comptables et justificatives selon les modalités prévues à l'article 6.

A la lecture de l'article 12 du décret du 4 mai 2012, il semble que, dès lors que la personne est hébergée ou soignée dans un établissement public, peu importe que cela soit celui dont dépend le MJPM ou pas, l'article 8 doit s'appliquer.

Cependant au point n° 6 des conclusions du Commissaires du Gouvernement sur l'arrêt du Conseil d'Etat n° 363263 du 22 octobre 2014, apporte une précision utile. Il précise « *qu'en prévoyant, en son article 12, que, dans l'hypothèse où le préposé d'un Établissement public reste chargé de la protection judiciaire d'une personne qui n'est plus soignée ou hébergée **au sein de l'établissement**, l'exécution des opérations de recettes et de dépenses relatives à la gestion de ses biens est nécessairement assurée par une régie de recettes et de dépenses, alors que l'institution d'une régie ne revêt, en application de son article 8, qu'un caractère facultatif pour l'exécution des opérations financières d'une personne protégée, soignée ou hébergée en établissement,* »

Les conclusions vise bien « **de l'établissement** » et emporte une vision plus restreinte que la circulaire du 7 février 2014, qui nous permet de dire que **l'établissement : GCSMS**, personne morale différente des membres qui le compose n'est pas l'établissement qui soigne et qui héberge, et que de ce fait les personnes âgées dans les EHPAD aurait un intérêt certain à pouvoir bénéficier des comptes en CDC, si le juge l'estime nécessaire.

Ainsi nous pourrions répondre aux nouvelles obligations : gérer en dynamique des fonds privés en la forme publique dans le cadre de l'article 11 du décret 4 mai 2012

Enfin, il convient de préciser qu'à un moment où se réfléchit :

- des prises en charges alternatives un hébergement « classiques » en EHPAD, tels que les séjours de répit, les hébergements de jour, l'EHPAD hors des murs, l'aide aux aidants,
- le comment d'une organisation de prise en charge en filière où l'EHPAD en serait le maillon fort, permettant une prise durable à domicile
- la raréfaction, et donc la réallocation des ressources humaine dans la fonction publique

et considérant l'organisation et solution informatique innovante qui a été retenue par le GCSMS, c'est sans doute le moment du faire, et de porter une solution innovante avec la création de la régie sur le fondement de l'article 11 du décret ° 2012-663 du 4 mai 2012 relatif aux modalités de gestion

des biens des personnes protégées, dont la protection est confiée à un mandataire judiciaire, personne ou service préposé d'une personne morale de droit public.

Le temps à consacrer à la comptabilité est particulièrement chronophage. Dans les grandes lignes, on peut le décomposer en 3 phases

- Collecte des factures et des rib, inscription sur le chrono courrier, puis dans les dossiers compta de la personne.
- Traitement de la compta, par personne et secteur (sinon il est difficile de s'y retrouver). Génération des OP, traitement des OP (réf facture, plus la somme manuscrite en chiffre et lettre, plus y joindre un RIB) – Document à envoyer à la perception
- Traiter manuellement toutes les fiches hélios (entre 35 et 47 fiches, à raison d'une moyenne de 5 à 6 lignes d'écritures)

A ce jour, ce travail représente entre 6 à 7 jours / mois (non compressibles / mois). Il est notamment à l'origine du retard accumulé

C'est pour ces raisons que nous avons souhaité changer de trésorier obligé et travailler avec la CDC (possibilité de faire de la télétransmissions, des virements, des prélèvements= et de disposer de moyens de paiement adaptés à l'activité de MJPM , tout en restant dans le cadre règlementaire de la comptabilité publique.

Il convient de souligner que de notre travail, généré aussi une charge, aussi importante en perception, et que dans un moment de raréfaction des ressources² chez les TP (RGPP Finances) et de la réorganisations des services, les trésoreries auraient à gagner en récupération du temps agent

² Fermeture des trésoreries sur le département de la GIRONDE (CH de Cadillac, CH de Charles Perrens, Fermeture TP Bouscat, TP Soulac, TP St André de Cubzac

Audition des usagers Monsieur André Bitton et Madame Yaël Frydman

Gilles Senety a indiqué à Monsieur Bitton que les préconisations pourraient entrer en conflit avec la LPJ.

Monsieur Bitton a médiatisé les abus tutélares. Il a parlé d'un certain nombre de cas abusifs. Le domaine d'intervention est l'internement psychiatrique oubli de versement de l'argent de vie, résiliations abusives de mutuelle. Nous voulons aborder la question des institutions au long cours.

Ces personnes sont sans capacité financière et n'ont pas voix au chapitre. Leur droit au relogement dépend des curateurs. Hospitalisation au long court pour garantir un prix de journée régulier. Cette problématique se retrouve aussi en cas de placement en famille d'accueil. Il faut abroger la tutelle complète, qui n'a pas lieu d'être, comme le recommande Madame Catalina Devandas-Aguilar.

S'agissant de la curatelle, il faut la limiter.

L'accompagnement éducatif devrait être développés.

Il faudrait que l'expertise soit réellement soumise au contradictoire et à une contre-expertise. Le médecin devrait vraiment prendre le temps. Aujourd'hui, le CMC est guidé par le paternalisme médical. On pourrait contrebalancer cette évaluation par une évaluation médico-sociale. On ne souhaite pas faire entrer le mode contentieux dans la protection juridique des majeurs mais on souhaite apporter des garanties. On estime que le contradictoire arrive bien trop tard lorsqu'il intervient en cours de procédure. La convocation à l'examen médical ne comporte aucun ordre de mission. Ce n'est pas normal, même lorsque le médecin est requis par les familles. Avant de délivrer ses conclusions, il faudrait que l'intéressé soit informé des raisons et des conséquences du CMC. Le médecin devrait être formé pour délivrer une bonne information et mener un réel examen médical. Il devrait être informé en amont pour se préparer à l'entretien et avoir une assistance. Il faudrait que la convocation mentionne la possibilité d'assistance par le médecin traitant. Si on voit les certificats médicaux sur les hospitalisations d'office à la demande des familles, on voit que la balance est en défaveur du patient. C'est la même chose pour les CMC. Il y a un vrai sujet qui fait mal démarrer l'évaluation.

La personne de confiance devrait également être entendue. Il faut restaurer le droit d'action du majeur en curatelle.

Sur le plan clinique et le sentiment de persécution.

D'autre part, on refuse la communication des pièces de gestion à l'intéressé ce qui n'est pas normal.

Pour le renouvellement de mesures, il n'est pas normal que cela se fasse sans entendre la personne.

Il faut un recrutement des juges et des greffiers avec des formations adéquates. Il faut accentuer le rôle du juge des tutelles et non

L'association tutélaire de l'Essonne utilise les comptes pivots, ce qui est indiqué sur le chèque de cotisation au CRPA.

Il faut arrêter de désigner un mandataire en cas de conflit familial : il faut développer les médiations familiales.

Certains juges exigent un CMC pour déclarer recevable une demande de mainlevée, ce qui constitue un obstacle alors que la loi ne le prévoit pas. En plus, cela coûte 400 € ce qui est trop cher.

Incohérence à permettre à l'UNAF de représenter les usagers.

Il faut un renforcement du contrôle du juge sur l'effectivité des droits fondamentaux. Il faut faciliter les recours. Cf lettres-types.

Une personne bien accompagnée, bien entourée peut bénéficier facilement d'une mainlevée.

La dispense d'audition devrait être limitée aux cas les plus graves.

AFCAT de M. Petit. Fonctionnement un peu trop folklorique.

A titre principal, nous sollicitons l'abrogation de la tutelle complète mais à titre subsidiaire nous demandons que la représentation complète ne soit réservée qu'aux cas les plus graves comme Vincent Lambert, objectivement constaté.

Note de présentation de la problématique de la fiducie-gestion à l'égard des majeurs protégés

Pierre Crocq

Professeur à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas)

Directeur du Collège de droit

Directeur de l'Institut d'Études judiciaires "Pierre Raynaud"

Of Counsel FIDAL Fiducie

1. – Il convient de remarquer, tout d'abord, que la fiducie-gestion impliquant le recours à un fiduciaire et la constitution d'un patrimoine d'affectation doté d'une comptabilité propre, son utilisation ne concerne, le plus souvent, que des ensembles de biens qui sont suffisamment importants pour justifier le recours à une telle technique, laquelle implique la rémunération d'un fiduciaire-gestionnaire sur lequel pèse une lourde responsabilité professionnelle et qui doit donc s'assurer pour cela. De ce fait, l'utilisation de la fiducie en tant que technique de protection d'un grand nombre de majeurs incapables ne semble, *a priori*, pouvoir être envisagée que dans l'hypothèse où le fiduciaire serait une institution publique à même d'assumer une telle charge, et ce sans que le coût en soit exorbitant pour les personnes vulnérables concernées.

2. – Sous cette réserve, la fiducie présente des atouts importants par rapport aux autres techniques juridiques (I) et, à l'avenir, on peut espérer qu'elle puisse être davantage utilisée, notamment pour la protection des incapables majeurs, si quelques obstacles, qui ne sont pas insurmontables, sont levés (II).

I. – Les avantages actuels de la fiducie

3. – La fiducie est, dès maintenant, un outil particulièrement intéressant, et ce pour trois raisons : d'abord, elle a un large domaine d'application (A), ensuite, elle permet une gestion très souple des biens mis en fiducie (B) et, enfin, elle présente une grande sécurité d'emploi (C).

A. – Un large domaine d'application

4. – L'importance du domaine d'application de la fiducie-sûreté est considérable puisqu'elle se manifeste aussi bien quant aux personnes que quant aux biens concernés.

5. – S'agissant des personnes, on peut observer, tout d'abord, que la fiducie peut être constituée par n'importe quel constituant (sous réserve bien sûr d'un élément relatif à la protection des incapables dont il sera fait état plus loin) et au profit de n'importe quel bénéficiaire, en sachant bien ici qu'il peut y avoir plusieurs constituants comme plusieurs bénéficiaires (simultanés, alternatifs ou successifs selon ce qui est prévu dans l'acte constitutif de la fiducie). Aucune qualité n'est, en effet, exigée du bénéficiaire de la fiducie puisque ce n'est que dans le cas du fiduciaire que la loi exige qu'il ait une qualité particulière.

6. – S'agissant, à présent, des biens, la fiducie, non seulement, peut avoir pour objet un bien actuel ou futur ou un ensemble de biens, mais, surtout, elle peut avoir simultanément pour objet plusieurs biens de nature totalement différente :

- Il peut s'agir, à la fois, de meubles et d'immeubles, ce qui peut être une manière assez aisée de résoudre le problème posé par des biens qui changent de nature au cours de leur existence.
- Il peut s'agir de comptes, d'instruments financiers ou de créances. Il peut même s'agir de créances d'obligation de faire, ce qui peut avoir un intérêt pratique dans le cas d'opérations impliquant des appels de fonds futurs, puisque non seulement on peut transmettre au fiduciaire les fonds futurs, mais aussi le droit de les appeler.
- La fiducie peut également avoir pour objet des biens dont le bénéficiaire a besoin pour son activité. La fiducie peut, en effet, être avec ou sans dépossession, la légalité de la convention de mise à disposition ayant été expressément reconnue dans l'art. 2018-1 du Code civil.

7. – Le domaine d'application de la fiducie est donc particulièrement vaste et ceci est d'autant plus intéressant que le recours à cette technique laisse une grande part au jeu de la liberté contractuelle.

B. – Une gestion très souple des biens mis en fiducie

8. – Le propre de la fiducie est, en effet, qu'elle confère au fiduciaire une plénitude de pouvoirs sur les biens concernés, laquelle peut être modulée ou réduite par la convention constitutive de la fiducie. Cela laisse la possibilité de créer des fiducies qui permettent une gestion dynamique des biens dans l'intérêt du ou des bénéficiaires. Dans certaines hypothèses, cela peut s'avérer très

pratique, notamment lorsque l'on donne en fiducie les parts sociales d'une société, en sachant bien qu'il faudra alors prévoir les modalités suivant lesquelles le fiduciaire exercera son droit de vote. Cette plasticité de la fiducie peut être particulièrement intéressante lorsque la nature des biens d'un incapable est telle que leur gestion implique des prises de décision rapides. Les pouvoirs du fiduciaire ne dépendent, en effet, que de ce qui aura été prévu dans l'acte constituant la fiducie, lequel pourra, bien sûr, au cas par cas, prévoir des modalités de contrôle adaptées aux besoins de la protection des incapables majeurs.

C. – Une grande sécurité d'emploi

9. – La sécurité procurée par la fiducie procède de la conjugaison de plusieurs facteurs :

- la compétence du fiduciaire : on rappellera ici que, selon l'art. 2015 du Code civil, la qualité de fiduciaire est réservée à certaines personnes limitativement énumérées par la loi dont le statut est contrôlé et qui sont notamment soumises aux règles destinées à empêcher le blanchiment d'argent (établissements de crédit et institutions assimilées, compagnies d'assurance, avocats ; liste à laquelle il pourrait paraître aujourd'hui raisonnable d'ajouter les notaires),
- la responsabilité du fiduciaire, sur son patrimoine propre, des fautes commises à l'occasion de sa gestion (laquelle s'accompagne d'une obligation spécifique d'assurance),
- le fait que, selon l'art. 2025 du Code civil, les biens mis en fiducie forment un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine personnel du fiduciaire et que, de ce fait, ces biens ne peuvent être saisis que par les titulaires de créances nées à l'occasion de leur gestion ou de leur conservation (et non par les créanciers personnels du fiduciaire),
- le fait que ce patrimoine d'affectation échappe à l'éventuelle ouverture d'une procédure collective à l'encontre du fiduciaire,
- la possibilité de nommer un contrôleur de la fiducie (art. 2017 du Code civil)
- et, enfin, la possibilité pour le constituant, le bénéficiaire ou le contrôleur de demander en justice la désignation d'un fiduciaire provisoire, ou le remplacement du fiduciaire initial, lorsque ce dernier manque à ses devoirs, met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou fait l'objet de l'ouverture d'une procédure collective.

10. – Les avantages de la fiducie sont donc déjà particulièrement importants, mais son utilisation pour une protection efficace des majeurs supposerait que certains obstacles soient levés.

II. – Les obstacles à lever

11. – La première difficulté tient au fait que le constituant d'une fiducie ne peut jamais, actuellement, être un mineur ou un majeur en tutelle, aux termes des articles 408-1 et 509, 5°, du Code civil, alors que, par ailleurs, il est prévu par l'article 468 du Code civil que la personne en curatelle puisse avec l'assistance de son curateur conclure un contrat de fiducie. Cette disparité est des plus curieuses et une future réforme de la protection des incapables devrait prévoir que le représentant légal du mineur ou du majeur en tutelle puisse constituer une fiducie avec l'autorisation du juge des tutelles. Ceci permettrait de constituer des fiducies lorsque cela n'a pas été envisagé avant la mise en place d'une mesure de protection, ou avant une dévolution successorale, et une telle opportunité serait aujourd'hui particulièrement souhaitable dans un monde où le problème de l'assistance des personnes âgées et de la protection de leur patrimoine va être de plus en plus important.

12. – La deuxième difficulté résulte de l'interdiction de la fiducie-libéralité. Cette prohibition procède, toutefois, d'une curieuse facétie de l'histoire, ce qui lui donne un aspect conjoncturel, et non structurel, augurant de sa possible disparition. Il convient de rappeler ici qu'alors que le professeur Claude Witz, avait montré, dans une thèse publiée en 1981, que la fiducie était parfaitement possible au regard des principes du droit français, il a fallu attendre, pour que la fiducie soit utilisée en pratique, que le législateur vienne la consacrer dans une loi du 19 février 2007. Cependant, on se souvient, également, que cette loi fut alors adoptée dans la précipitation : on avait déjà eu bien du mal à vaincre les réticences du Ministère de l'Économie des finances, qui craignait que la fiducie soit un instrument de fraude fiscale ou de blanchiment d'argent, les élections présidentielles approchaient et le gouvernement de l'époque a alors souhaité faire passer un texte au plus vite, et ce en dépit des imperfections qu'il comportait. Notamment, afin d'éviter un surplus de discussions sur la compatibilité de la fiducie et du droit successoral, il a été alors décidé d'abandonner la fiducie-libéralité au motif erroné qu'elle n'aurait pas d'utilité du

fait de la consécration, alors récente, du mandat à effet posthume et des libéralités graduelles et résiduelles¹.

13. – Pourtant cette utilité existe, en dehors de tout esprit de fraude, et les techniques juridiques évoquées à l'époque ne permettent pas de répondre aux besoins :

- Les besoins sont indéniables : tel est le cas, par exemple, lorsqu'il faut assurer l'avenir d'un enfant handicapé après le décès de ses parents ou la transmission pérenne d'une entreprise en dépit du fait que les descendants et le conjoint survivant forment une famille recomposée où l'harmonie ne règne pas nécessairement.

- Or, les mécanismes invoqués en 2007 sont insuffisants pour répondre à ces besoins :

- les libéralités graduelles ou résiduelles font courir le risque d'une saisie des biens par les créanciers du premier gratifié ;
- le mandat *post mortem* est révocable par les héritiers ;
- et les héritiers peuvent mettre fin au mandat à effet posthume en vendant les biens concernés.

14. – Cette interdiction de la fiducie-libéralité est d'autant plus regrettable que ses justifications ne sont guère convaincantes :

- S'agissant de la crainte de l'évasion fiscale, elle ne justifierait une interdiction totale de la fiducie-libéralité que si la fiducie était un moyen de créer des biens de mainmorte échappant pendant une durée infinie, ou à tout le moins fort longue, à toute transmission et donc à toute taxation. L'obstacle n'est donc pas dirimant et il suffirait pour le lever d'assortir la durée de la fiducie d'une limite temporelle, laquelle pourrait être fixée par référence à un certain nombre d'années, à la durée de vie d'un descendant ou à un nombre maximum de générations de descendants.

- S'agissant de la crainte d'une atteinte à la réserve, l'argument ne convainc pas davantage :

- parce que la réserve n'est pas d'ordre public international, ainsi que la Cour de cassation l'a affirmé dans deux arrêts de principe (Cass. 1^{re} civ., 27 septembre 2017, n° 16-13151 et 16-17198) et que l'invoquer à l'encontre de la fiducie-libéralité constituée en France pourrait inciter à aller faire à l'étranger ce qu'on ne peut faire en France ;
- parce qu'en droit interne, son caractère d'ordre public a fortement reculé, notamment parce que le bénéficiaire de la réserve peut y

¹ Rapport Henri de Richemont, Sénat, Commission des lois, 2006-2007, n° 11, p. 11.

renoncer à tel point que l'on considère aujourd'hui que les règles relatives à la réserve sont encore des règles impératives mais qu'elles ne sont plus véritablement d'ordre public ;

• et, enfin, au minimum, parce qu'il suffirait de limiter la possibilité du recours à la fiducie à la seule quotité disponible, en prévoyant les règles d'application de l'action en réduction, pour que le problème ne se pose pas.

15. – Afin que la fiducie puisse être utilisée à des fins de transmission patrimoniales, et notamment dans le cas où l'un des héritiers est un incapable majeur ou mineur, il faudrait non seulement supprimer la prohibition expresse énoncée par l'art. 2013 du Code civil, mais aussi lever deux autres obstacles :

- Le premier obstacle résulte du principe suivant lequel la fiducie-gestion prend fin au décès du constituant, lequel est lié à l'interdiction actuelle de la fiducie-libéralité. Ce principe devrait soit recevoir une exception lorsque la fiducie a été conclue à des fins de transmission, soit voir clairement affirmer le fait qu'il ne s'applique que sauf stipulation contraire. Corrélativement, il faudrait nécessairement, ainsi que cela vient d'être rappelé, prévoir dans le Code civil, au sein des dispositions successorales, des règles spécifiques à l'action en réduction lorsque des biens ont été placés en fiducie (ce qui serait d'autant plus aisé à réaliser que de telles règles ont été déjà proposées à l'occasion des travaux d'un autre groupe de travail au sein de la Chancellerie).

- Le deuxième obstacle résulte de la règle suivant laquelle la fiducie est révocable par le constituant tant qu'elle n'a pas été acceptée par son bénéficiaire : il faudrait ici affirmer expressément que cette règle ne vaut que sauf stipulation contraire, si l'on ne veut pas que les héritiers du constituant révoquent la fiducie.

16. – Enfin et pour en terminer, il faut souligner que s'il est vrai que l'ingénierie contractuelle peut déjà permettre aujourd'hui d'utiliser la fiducie comme technique de sécurisation de la gestion d'un patrimoine à l'occasion d'une transmission successorale, cela ne peut être, toutefois, effectué qu'en combinant plusieurs techniques juridiques (par exemple la création d'une S.A.S puis la donation de la nue-propriété des actions avec charge d'apporter celle-ci en fiducie : v. l'exemple de projet contrat joint à la présente note) requérant des prévisions contractuelles dont la complexité est parfois telle que ces mécanismes ne peuvent concerner la protection d'un grand nombre d'incapables majeurs. Il serait donc particulièrement souhaitable, si l'on veut augmenter le nombre d'incapables majeurs susceptibles de bénéficier des avantages de la protection fiduciaire, de mettre fin à l'interdiction générale de la fiducie-libéralité.

PROJET

CONTRAT DE FIDUCIE

« Fiducie ... »

ENTRE LES SOUSSIGNEES

- 1) Madame ...
De nationalité française
Née le ... à ...
Demeurant à ...

LE CONSTITUANT
ET BENEFICIAIRE

- 2) La société ...
Société ... au capital de ... €
Immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de ...
sous le n° ...
Dont le siège est à ...
Représentée par son Président, Monsieur ...,
dûment habilité à cet effet

LE FIDUCIAIRE

- 3) Madame ...
De nationalité française
Née le ... à ...
Demeurant à ...

LE TIERS PROTECTEUR

1 Le contrat

- 1.1 Le présent contrat de fiducie, dénommé « Fiducie ... », est régi par les Articles 2011 et suivants du Code Civil.
- 1.2 Le Constituant-Bénéficiaire et le Tiers Protecteur sont des personnes physiques de nationalité française et résidant en France.
- 1.3 Le Fiduciaire est une personne morale de droit français dont le siège social est en France.
- 1.4 Le Fiduciaire devra procéder à l'enregistrement du présent contrat et de ses éventuels avenants ultérieurs, dans le délai d'un mois à compter de sa signature, au service des impôts dont il dépend.
- 1.5 Le Fiduciaire devra également déposer une déclaration d'existence de la fiducie, dans le délai de quinze jours à compter de la signature du présent contrat, au service des impôts des entreprises dont il dépend.
- 1.6 Le présent contrat et ses éventuels avenants feront l'objet d'une inscription au Registre National des Fiducies par les soins du service des impôts.
- 1.7 Il est fait obligation pour toutes les parties au contrat de fiducie et pour toute personne susceptible d'exercer un pouvoir de décision sur la fiducie de communiquer sur leur demande tous documents relatifs audit contrat, à toutes les autorités financières, fiscales, douanières ou judiciaires.

2 Objet de la fiducie

2.1 Par acte sous seing privé en date du ... et annexé au présent contrat (Annexe 1), Monsieur ... et Madame ..., épouse ..., mariés sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, d'une part, Madame ..., leur fille unique et seule présomptive héritière, d'autre part, ont reconnu le don manuel par les premiers à la dernière de la nue-propriété de ... actions représentant ... % du capital de la société ..., SAS immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de ... sous le numéro ... et dont le siège social est à ..., aux principales conditions suivantes :

- Réserve d'un usufruit actuel au profit de Monsieur ... et Madame ...,
- Constitution d'une réversion d'usufruit par Madame ... au profit de Monsieur ... sur les actions grevées de l'usufruit actuel de la première,
- Possibilité de révocation de la réversion de l'usufruit successif,
- Réserve du droit de retour au profit des donateurs en cas de décès de la donataire et de ses descendants avant eux,
- Interdiction faite à la donataire d'aliéner ou de donner en garantie sans l'accord des donateurs, sauf pour le transfert en fiducie constituant une charge de la donation développée ci-dessous,
- Exclusion de communauté entre la donataire et son éventuel conjoint,
- Charge pour la donataire d'apporter à un patrimoine fiduciaire l'intégralité des actions reçues en nue-propriété : soit dans le mois de l'expiration de l'engagement individuel de conservation par elle souscrit, donc au plus tard le ... ; soit dans les trois mois d'une prise de position de l'administration fiscale confirmant l'absence de remise en cause des engagements de conservation en cas de transfert dans une fiducie ; soit dans les trois mois de la publication d'une loi venant confirmer cette absence de remise en cause des engagements de conservation en cas de transfert dans une fiducie.

2.2 C'est pourquoi, l'une de ces trois éventualités étant aujourd'hui acquise, Madame ... transfère par le présent contrat de fiducie - en qualité de Constituant - la nue-propriété des actions dont elle est donataire à un patrimoine d'affectation confié à la société ... - en qualité de Fiduciaire - qui le détiendra pendant la durée du contrat fixée à ... ans dans l'intérêt de Madame ..., par ailleurs unique Bénéficiaire.

Il est ici précisé que, par décision collective du ..., la société ... a agréé la société ... en qualité d'associé, conformément aux stipulations de l'article ... des statuts (Annexe 2).

Il doit par ailleurs être procédé à l'inscription de ce transfert dans le registre des mouvements de titres de la société

- 2.3 Le Fiduciaire a pour mission, tenant la nue-propiété des actions qui constitue le patrimoine fiduciaire séparée de son propre patrimoine, de la détenir au profit du Bénéficiaire, dans les conditions qui suivent et dans le but poursuivi par le Constituant.

Le but poursuivi est d'assurer la conservation et la gestion des actifs constituant le patrimoine fiduciaire dans les conditions les plus favorables aux intérêts du Constituant-Bénéficiaire.

Pendant la durée de la fiducie, d'autres biens, droits ou sûretés pourront être transférés dans le patrimoine fiduciaire par le Constituant, opérations qui feront l'objet d'avenants au présent contrat.

Par ailleurs, tous nouveaux actifs qui viendraient remplacer ceux présentement transférés dans le patrimoine fiduciaire seraient réputés lui avoir appartenu depuis l'origine, par l'effet d'une subrogation réelle.

Quelque opération que ce soit affectant les actifs compris dans le patrimoine fiduciaire et réalisée en cours d'engagement individuel de conservation ne devra pas entraîner la remise en cause du régime fiscal de faveur dont le Constituant aura bénéficié en vertu de l'Article 787 B du Code Général des Impôts.

- 2.4 En vertu des dispositions de l'Article 2017 du Code Civil, le Constituant peut, à tout moment, désigner un Tiers Protecteur chargé d'assurer la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution d'un contrat de fiducie.

En l'espèce, le Tiers Protecteur choisi est Maître ..., qui accepte cette mission.

Le Tiers Protecteur bénéficiera à ce titre des mêmes pouvoirs et prérogatives que le Constituant.

Dès lors, tout courrier ou toute information du Fiduciaire au Constituant sera aussi transmis au Tiers Protecteur.

Le Fiduciaire ne pourra céder tout ou partie des actifs dépendant du patrimoine fiduciaire qu'avec l'accord conjoint du Constituant et du Tiers Protecteur, et selon les modalités fixées par eux.

D'une manière générale, en cas d'instructions contraires du Constituant et du Tiers Protecteur, les instructions du Constituant doivent prévaloir pour le Fiduciaire.

Toute révocation du Tiers Protecteur par le Constituant devra intervenir par lettre recommandée avec accusé de réception adressée à l'intéressé, avec un mois de préavis.

Cette révocation devra être notifiée au Fiduciaire dans les mêmes formes.

De son côté, le Tiers Protecteur peut mettre fin unilatéralement et sans motif à sa mission, par lettre recommandée avec accusé de réception envoyée au Constituant et au Fiduciaire, en respectant un préavis d'un mois.

La rémunération du Tiers Protecteur à la charge du Constituant est fixée à la somme forfaitaire annuelle de ... € HT, payable pour la première fois à la signature du présent contrat et ensuite aux dates anniversaires.

D'un commun accord entre les parties, ces règlements se feront le cas échéant en priorité par prélèvements du Fiduciaire sur les fonds dépendant du patrimoine fiduciaire.

2.5 En ce qui concerne la tenue des assemblées générales de la société ..., le droit de vote correspondant aux actions dont la nue-propiété est transférée dans le patrimoine fiduciaire s'exercera de la manière suivante :

* En présence de l'actuel démembrement de propriété :

Il résulte de l'article 12 des statuts ce qui suit, partiellement retranscrit :

« En cas de démembrement de propriété d'une action, le droit de vote est attribué comme suit :

Lorsque l'usufruitier est bénéficiaire des dispositions de l'article 787 B du Code Général des Impôts et qu'il fait mentionner cette qualité sur le compte où sont inscrits ses droits, le droit de vote appartient à l'usufruitier pour les décisions concernant l'affectation des résultats et au nu-proprétaire pour toutes les autres décisions.

Dans les autres cas, il appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires ».

Les actions de la société ... concernées par la fiducie ayant été données au Constituant en nue-proprété sous le bénéfice de l'Article 787 B du Code Général des Impôts, le Fiduciaire votera lors de toutes les décisions collectives, sauf celles concernant l'affectation des résultats.

En toute hypothèse, il pourra participer à chaque assemblée générale.

* En cas de consolidation future de la pleine propriété :

Le FIDUCIAIRE votera à toutes les assemblées générales ordinaires et extraordinaires.

Dans tous les cas, le Fiduciaire sera tenu de voter en conscience, dans l'intérêt social en premier lieu et dans l'intérêt du Constituant-Bénéficiaire en second lieu.

2.6 Ainsi qu'il est ci-dessus stipulé, les pouvoirs du Fiduciaire ne concernent que les droits politiques afférant aux titres sociaux dont la nue-proprété est détenue par le Constituant.

Le Fiduciaire n'est donc doté d'aucun pouvoir de gérer la société ..., la direction et le contrôle de ladite société incombant au Président et le cas échéant au Directeur Général, ainsi que mentionné au titre 3 des statuts.

3 Droits et obligations du Fiduciaire

3.1 Le Fiduciaire a l'obligation de faire mention de cette qualité quand il agit pour le compte de la fiducie, dénommée « Fiducie ... ».

3.2 Le Fiduciaire devra rendre compte périodiquement de l'accomplissement de sa mission au Constituant-Bénéficiaire et au Tiers Protecteur, et ce au moins une fois par an, et pour la première fois le 30 septembre suivant la date de prise d'effet de la fiducie.

- 3.3 Le Fiduciaire est soumis aux règles spécifiques qui s'imposent aux fiduciaires avocats (Articles 27, 53, 66-5 de la Loi du 31 décembre 1971, Article 6.2.1 du Règlement Intérieur National).
- 3.4 Le Fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des seules fautes commises dans l'exercice de sa mission mais détachables de sa fonction.
- 3.5 Il justifie d'une assurance responsabilité civile spécifique à cette activité (Annexe 3) ainsi que d'une assurance pour le compte de qui il appartiendra égale à 20 % de la valeur des biens mobiliers constituant le patrimoine fiduciaire qui lui est confié (Annexe 4).
- 3.6 En cas de manquement à ses devoirs, de mise en péril des intérêts confiés, de placement en sauvegarde ou en redressement judiciaire – le Constituant- Bénéficiaire et le Tiers Protecteur auront la possibilité de demander en justice le remplacement du Fiduciaire ou la nomination d'un fiduciaire provisoire.
- 3.7 En cas de vente aux enchères publiques, le Fiduciaire ne peut se rendre adjudicataire, sous peine de nullité, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire.
- 3.8 A titre de rémunération, le Fiduciaire recevra du Constituant une somme forfaitaire annuelle de ... € HT, payable pour la première fois à la signature du présent contrat et pour les années suivantes à la date anniversaire.

Le Constituant devra également régler, sur présentation des factures par le Fiduciaire, tous les frais et honoraires pouvant être engendrés par la présente fiducie.

D'un commun accord entre les parties, ces règlements se feront le cas échéant en priorité par prélèvements du Fiduciaire sur les fonds dépendant du patrimoine fiduciaire.

4 Effets à l'égard des tiers

- 4.1 Les droits des créanciers du Constituant bénéficiaires d'une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie, s'il s'en avérait, seraient préservés.
- 4.2 Le Fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire à l'égard des tiers, sauf démonstration qu'ils avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.
- 4.3 L'ouverture d'une procédure collective à l'égard du Fiduciaire n'affecterait pas le patrimoine fiduciaire.
- 4.4 Le patrimoine fiduciaire ne pourrait être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion dudit patrimoine.

5 Aspects comptables

- 5.1 Les éléments d'actif et – éventuellement - de passif transférés par le présent contrat de fiducie forment un patrimoine d'affectation, qui fera l'objet d'une comptabilité autonome chez le Fiduciaire.
- 5.2 Le Fiduciaire, s'agissant d'une personne morale, doit établir des comptes annuels, dont les premiers au 30 septembre suivant la date de prise d'effet de la fiducie.
- 5.3 Le Fiduciaire, s'agissant d'un cabinet d'avocats, est tenu à des règles spécifiques (Articles 123, 205, 209-1, 210-1, 216-1, 231, 233 et 235-3 du Décret du 27 novembre 1991).

6 Aspects fiscaux (Articles 238 quater A et suivants du Code Général des Impôts)

- 6.1 Le Fiduciaire établira, signera et déposera toutes déclarations fiscales auxquelles il sera tenu au titre de la présente fiducie.

Le Constituant fournira au Fiduciaire, sur sa demande, tous les éléments nécessaires à la préparation de ces déclarations.

De son côté, le Fiduciaire fournira au Constituant, sur sa demande, tous les éléments relatifs au patrimoine fiduciaire dont il pourrait avoir besoin pour la préparation des déclarations fiscales relatives aux biens concernés.

Le présent contrat de fiducie est enregistré au droit fixe de 125 €..

Les actes ou avenants constatant la modification du présent contrat donneront lieu aux mêmes perceptions que les actes constitutifs du contrat de fiducie. .

- 6.2 Le Constituant et le Fiduciaire placent le transfert des biens ou droits dans le patrimoine fiduciaire sous le régime de neutralité fiscale prévue à l'article 238 quater N du Code Général des Impôts en matière d'impôt sur le revenu.

A cet effet, le Constituant déclare :

- qu'il n'exerce pas une activité visée au 1° du I de l'article 238 quater B du Code Général des Impôts ;
- qu'il est désigné aux termes des présentes comme le Bénéficiaire du contrat de fiducie.

De son côté, le Fiduciaire inscrit dans les écritures du patrimoine fiduciaire les biens ou droits transférés pour leur prix ou valeur d'acquisition par le Constituant.

- 6.3 Les droits du Constituant résultant du présent contrat sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire (CGI art. 668 ter).

Ainsi, leur transmission sera soumise au droit de vente d'actions.

- 6.4 En cas de transmission par le Fiduciaire des biens ou droits composant tout ou partie du patrimoine fiduciaire à un tiers ou à un bénéficiaire autre que le Constituant, les droits de mutation seront exigibles dans les conditions de droit commun, selon la nature des biens et droits transmis.

Ces droits seront liquidés sur le prix, ou si elle est supérieure sur la valeur vénale nette des biens et des droits au jour de la transmission.

- 6.5 Le Constituant fera son affaire du paiement à bonne date de tout impôt dû au titre des résultats du patrimoine fiduciaire.

A cet effet, le Fiduciaire accédera sans délai à toute demande du Constituant destinée à lui permettre de se conformer à l'ensemble de ses obligations fiscales.

6.6 Le Constituant indemniserà le Fiduciaire à première demande de toute dépense qui serait occasionnée :

- par les stipulations fiscales qui précèdent
- par le fait d'une disposition fiscale existante ou future, ou d'une modification de la situation juridique, comptable ou fiscale du Constituant qui feraient supporter au Fiduciaire une imposition qu'il n'aurait pas subie autrement et non prévue par le présent contrat.

D'un commun accord entre les parties, ces règlements se feront le cas échéant en priorité par prélèvement du Fiduciaire sur les fonds dépendant du patrimoine fiduciaire.

7 Fin de la fiducie

7.1 Le présent contrat de fiducie ne pourrait être révoqué par le Constituant que passé un délai de ... ans à compter de la date de signature du présent contrat.

7.2 Le contrat de fiducie peut prendre fin :

- Par le décès du constituant,
- Par la survenance du terme, en l'espèce quatre-vingt dix-neuf ans à compter de la signature du présent contrat,
- Par la réalisation du but poursuivi,
- Si le Bénéficiaire y renonce, ce qu'il ne pourra faire que passé un délai de dix ans à compter de la date de signature du présent contrat,
- Si le Fiduciaire est liquidé contractuellement ou judiciairement,
- Si le Fiduciaire avocat fait l'objet d'une mesure ordinaire de radiation, d'interdiction temporaire ou d'omission.

8 Règlement des litiges

Les différends qui viendraient se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat de fiducie seront soumis, avant toute saisine des tribunaux, à la médiation conformément au règlement du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, dont les parties ont connaissance et auquel elles déclarent adhérer.

A défaut d'accord dans le cadre de la médiation, l'affaire sera portée en justice devant un tribunal de grande instance territorialement compétent en vertu des dispositions des Articles 42 et suivants du Code de Procédure Civile.

Fait à ..., le ... , en six exemplaires originaux dont deux aux fins d'enregistrement

Pour le Constituant et
Bénéficiaire

Pour le Tiers Protecteur

Pour le Fiduciaire

CONTRIBUTION M-H. ISERN-REAL SUR LA REFORME DE LA PROTECTION DES MAJEURS

La protection des majeurs se préoccupe beaucoup de la procédure et du respect des droits fondamentaux, ce qui est bien entendu indispensable dans une procédure touchant à l'état des personnes et à l'atteinte de ses droits civils, cependant, la définition d'une protection « pour quoi faire ? » laisse la personne protégée à l'abandon, ce qui conduit à de nombreux abus.

I- MES ALERTES ANTERIEURES

1/ SUR LES MJPM ET LE CONTROLE DES COMPTES :

Le droit de la protection des majeurs a été pris en charge par les services de l'Etat, en réalité la direction nationale de la cohésion sociale relayée dans les départements par les directions départementales :

- délivrance du certificat national de compétence, et de l'agrément des MJPM.

Il faut rappeler que l'agrément est délivré en fonction d'un schéma régional de type schéma médical, dont on voit à quel point il a créé des déserts médicaux, alors que le critère pour délivrer le nombre d'agrément devrait prendre en compte les mesures ouvertes par les juges des tutelles ;

- contrôle des comptes. Certains disent de la comptabilité des mandataires, d'autres disent des comptes de tutelle. Personne ne sait. En tout cas, lorsque je saisis la DDCS sur le comportement d'un mandataire du département, ou la réponse se défait sur le juge, ou, pour les faits les plus graves, il n'y a pas de réponse.

Il y a lieu de réformer :

1° La formation des MJPM : pourquoi pas un vrai diplôme d'université, sous forme de DU ou même de Master, et pourquoi pas en collaboration avec certaines formations existantes de MJPM qui sont excellentes, mais insuffisamment orientées vers le droit ?

2° Le statut des mandataires sur le secret professionnel et sur leur place au pénal. (voir mon intervention aux assises de la protection judiciaire, document annexe)

3° Le contrôle du fonctionnement des tutelles devrait rester exclusivement au juge des tutelles et au procureur de la République.

4° Sur le contrôle des comptes, il ne me paraît pas impossible de le faire effectuer par des experts comptables. Il existe aussi des associations comme ProMaje, mandatées par les juges pour effectuer les contrôles.

Peut-être serait-il suffisant de prévoir systématiquement un subrogé protecteur qui aura la responsabilité, comme actuellement de surveiller le fonctionnement de la mesure et les comptes, afin de transmettre les dysfonctionnements au juge des tutelles pour la protection de la personne, ou à une autorité de contrôle nommée par le juge dans sa juridiction pour effectuer la vérification des comptes de tutelles et ceci pour toutes les mesures (protection ou habilitation).

2/ LA PUBLICATION DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE :

La loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement prévoit la publication du mandat de protection future sur un fichier :

Article 35 Après l'article 477 du code civil, il est inséré un article 477-1 ainsi rédigé : « Art. 477-1. – Le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés par décret en Conseil d'Etat. »

Pour la promotion de l'acte contresigné par avocat il serait bon d'organiser un rapprochement avec les notaires qui rappellent que leur fichier des testaments étant tombé dans le domaine public, il devrait devenir le réceptacle de tous les mandats... à moins, que, comme les protections judiciaires, la publication se fasse par mention en marge de l'acte de naissance avec renvoi au répertoire civil.

3/ L'AVOCAT EN PROTECTION DES MAJEURS

Les textes passés : l'ordonnance du 15 octobre 2015 sur l'habilitation familiale, la loi du 28 décembre 2015 sur l'adaptation de la société au vieillissement n'ont apporté aucune amélioration à la promotion du statut de l'avocat en protection des majeurs.

Consultations :

- Avocat ou au moins consultation préalable par avocat avant tout dépôt de la requête ;
- Consultations régulières des avocats dans les établissements au profit des personnes qui ne bénéficient pas d'une mesure de protection, ne serait-ce que pour faire respecter leurs droits.
- Pour l'accès au droit des personnes à domicile, des conventions avec les services sociaux du département pour qu'ils permettent le déplacement pour une consultation au domicile (modèle Drot d'urgence) ;

Formation des mandataires familiaux systématique :

- Des avocats sur les listes proposées par les procureurs de la République dans les tribunaux d'instance.

Les mandataires engagent lourdement leur responsabilité, voire même celle du juge trop confiant, en ignorant les règles de gestion.

- Assurance responsabilité de la personne protégée et du mandataire obligatoire.

Des avocats spécialement formés :

- Création d'une antenne des majeurs comme l'antenne des mineurs, avec augmentation des dotations d'AJ selon l'article 91 pour la formation d'avocats spécialisés afin que chaque majeur protégé, que ce soit par habilitation ou protection, bénéficie d'un avocat dédié tout au long de la procédure et de l'exécution de la mesure de protection ;
- Avocat dédié obligatoire en cas d'impossibilité d'être entendu ;
- Quand le besoin s'en fait sentir, compléter les textes (cf. le rapport de Laetitia Jambon issu de celui du Barreau de Paris) afin qu'un avocat spécialement formé puisse être nommé mandataire.

4/ LA MEDIATION

- La médiation dans la procédure de protection judiciaire doit pouvoir être proposée par le juge afin d'apaiser le contentieux entre les proches autour de la personne à protéger. Ce renvoi en médiation allègerait la tâche des juges et éviterait bien des recours.

En cas de rédaction d'un protocole, bien entendu, il pourra être soumis à l'accord du juge.

- D'une manière générale, comme pour le testament, le divorce, etc. tous les modes alternatifs de règlement des litiges devraient être ouverts aux personnes protégées.

Possibilité aussi de la fiducie pour les majeurs protégés.

* * *

II- REPRISE DES THEMES QUI NOUS SONT SOUMIS

1° Consentement aux soins, au choix du domicile, le maintien des relations personnelles, tous les choix personnels, comme celui de l'avocat :

- Maintenir la différence entre protection de la personne et la protection des biens ;
- Rattacher le suivi administratif et budgétaire (revenus et charges) à la protection de la personne afin qu'il soit différencié du suivi patrimonial (patrimoine actif et passif) et sa gestion qui ne relèvent pas de la même technique ;

Pour assurer la cohérence avec le code de la santé publique, modifier l'article 459 du code civil :

La personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet.

Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection, en qualité de personne de confiance. Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser le mandataire à représenter l'intéressé comme tuteur à la personne. La personne de confiance antérieurement nommées pourra être maintenue.

La personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé. Elle en informe sans délai le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué.

Pour le reste : l'urgence, la recherche du consentement dans tous les cas, l'urgence, les autorisations particulières, le code de la santé publique se suffit à lui-même.

2° Le périmètre de l'intervention du juge :

- La distinction entre les actes de gestion et d'administration avec les actes de disposition me paraît pertinente.

Pour l'accès à la « petite épargne liquide » (comptes sur livrets, par exemple) il ne m'apparaît pas choquant que selon les critères du décret de 2008, ils soient laissés à la discrétion du gestionnaire, pour le bien-être de la personne, le maintien de son niveau de vie, la conservation de son patrimoine, et à condition que le prélèvement n'ait pas un impact important sur la nature et la valeur du patrimoine.

Surtout s'il y a contrôle systématique par un subrogé.

- Maintien et élargissement des actes strictement personnels comme par exemple le choix d'un avocat, le droit à l'image, le choix du domicile, et notamment d'entrer en maison de retraite.

- Spécialisation du juge des tutelles et surtout élargissement de son niveau de compétence (voir document annexe)

3° Conditions de saisine :

- Evidemment, toujours un certificat médical circonstancié sur les capacités cognitives, mais aussi sur le degré de dépendance affective, l'isolement, afin de mieux définir les conditions d'emprise, très fréquentes chez les personnes qui ont perdu leur autonomie physique mais aussi psychique

Une meilleure formation des médecins, et interdiction des certificats QCM, où sont cochées seulement des cases.

Remise du certificat aux requérants, pour l'usage strictement réduit à la mesure de protection.

- Pour mieux détecter les situations d'abus de faiblesse et de relations d'emprise, une évaluation pluridisciplinaire est requise.

4° Architecture générale :

- Requête par avocat qui aura fait un bilan médical, familial, social, patrimonial et aura déterminé les mesures à prendre en protection de la personne, la gestion de son budget, l'administration de ses affaires et la gestion de son patrimoine ;

- Dans ce cadre, une mesure unique, individualisée.

5° Surveillance et contrôle :

Voir plus haut et documents annexes.

Séance du 18 Mai 2018

Introduction

Le Certificat médical Circonstancié (CMC) est une exigence légale sous peine d'irrecevabilité des dossiers. Les médecins rédacteurs ne sont pas des experts à proprement parlé ni même des spécialistes particuliers. L'entretien singulier avec la personne représente un exercice particulier au cours duquel le respect du secret professionnel est toujours de mise. Le dialogue avec les acteurs sociaux et juridiques sont font par courriers interposés.

Nous repérons plusieurs points à réviser.

1/ Recrutement et formation des médecins inscrits

Les médecins sont inscrits sur la liste établie par le Procureur de la République (sans l'avis du Préfet) Circulaire du 9 mars 2009 : « tout médecin, dès lors que celui-ci justifiera, tant par ses qualifications professionnelles que par des formations complémentaires ou par son expérience et sa pratique, d'une compétence et d'un intérêt particulier à l'égard de la protection des personnes vulnérables ». Ils candidatent de façon spontanée (lettre de motivation, Curriculum vitae, casier judiciaire, parfois enquête de moralité). Les Inscriptions sont déclaratives, sans compétence objective ni ancienneté (pas de période probatoire).

Il est noté une très grande hétérogénéité des listes des TGI en nombre et qualités des médecins inscrits.

Il n'y a aucune formation spécifique de ce type de questionnement au cours du cursus de médecine générale ni même d'aucune spécialité. Le Diplôme Universitaire d'expertise judiciaire ne couvre pas ce domaine

Il existe qu'une seule formation diplômante. Un Diplôme Universitaire a été créé en 2014 sur Paris Diderot (premier cours le 19 janvier 2015). Un partenariat universitaire avec UPEC a permis la création dès 2016 d'un DIU d'expertise dans le cadre de la protection des Majeurs (DIUEPM). Depuis 69

étudiants ont été formés : 52% gériatres 29 % psychiatres 5 % Médecins généralistes mais aussi 2 Médecine Physique et Rééducation, 2 légistes, 1 neurologue, 1 psychologue et 2 MJPM. Le principal retour des étudiants est « l'acquisition d'une vision globale de l'évaluation de la marge d'autonomie des personnes (éco-psycho-sociale). Il est mis en avant l'importance des capacités préservées, la capabilité des individus et le respect des valeurs des personnes. « La personne est remise au centre de l'évaluation ». L'évaluation de l'incapacité se transforme en l'évaluation de la capacité en termes d'aides nécessaires à la pleine réalisation de l'individu ». Un tiers des médecins voulant s'inscrire sur la liste du TGI renonce à cette entreprise au cours de l'année de formation.

2/ Le Contenu du CMC et autres certificats demandés aux médecins inscrits

Le CMC est une exigence légale pour toute demande d'ouverture ou de renforcement d'une mesure / sous peine d'irrecevabilité.

Un médecin généraliste y compris celui de la personne peut rédiger un CMC dans le cadre de la levée ou l'allègement d'une mesure de protection juridique.

Il en va de même pour l'ouverture d'un mandat de protection future (Art 481 CC alinéa 2 ; médecin sur a liste, une des conditions de l'article 425 impossibilité de pouvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté » et dire son état de santé est incompatible avec son état de santé

Dans le cadre du mandat de protection future, au moment de sa réalisation, il est souvent demandé (notamment par les notaires) un certificat stipulant la bonne santé du signataire. Ce type de certificat n'est pas possible.

Le contenu du certificat médical circonstancié est spécifié par l'article 431 du code civil :

- 1° Décrit avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé. En l'absence d'une telle altération, si la santé ou la sécurité de

la personne est compromise par ses difficultés de gestion, elle devra être orientée vers une mesure d'accompagnement.

- 2° Donne au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération. Le juge a obligation de fixer la durée de la mesure. il a besoin d'éléments de pronostic concernant l'évolution possible de l'altération constatée. Il faut souligner que les pathologies les plus souvent rencontrées ne font pas d'études scientifiques précises sur les pronostics à moyen ni même long termes.

- 3° 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. Si la présence d'une altération des facultés personnelles est indispensable, elle n'est pas suffisante pour justifier une mesure de protection automatique. Elle doit entraîner des difficultés de gestion dans les actes de la vie civile qui appellent une aide. C'est le principe de nécessité. La mesure doit ensuite être proportionnée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé (Art. 428). Il est d'autre part possible d'individualiser les mesures au plus près des situations rencontrées en précisant les actes pour lesquels la représentation ou l'assistance seraient nécessaires et ceux qui pourraient être assurés par le majeur protégé.

Si l'existence d'une altération des facultés mentales est en règle générale assez facile à déterminer, le lien entre cette altération et l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts l'est cliniquement beaucoup moins. Quelques sources de renseignements complémentaires s'offrent à nous : l'avis du médecin traitant, désormais délivré du secret médical (Art. 431-1) ; le recueil d'informations auprès des proches (famille, travailleurs sociaux, mandataires...) ; l'examen de la personne à son domicile.

A propos du droit de voter, il n'existe pas de données scientifiques pour fonder médicalement une incapacité au droit de voter.

- Le certificat indique si l'audition du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté." (CPC - Art.1219) L'audition par le juge reste de règle pour l'ouverture ou le renouvellement de la mesure. Elle a une portée symbolique forte et donne au recueil de l'avis de la personne une place centrale. Deux dispenses sont cependant prévues par la loi (Art. 432). Elles doivent être étayés par l'avis d'un médecin inscrit : - l'audition est de nature à porter atteinte à sa santé. Ces cas sont rares. Il est alors intéressant de préciser la forme appropriée pour donner connaissance de la procédure à la personne - l'intéressé est hors d'état d'exprimer sa volonté. Il s'agit d'une véritable incapacité à communiquer en rapport avec une altération extrême des facultés mentales ou corporelles (maladie d'Alzheimer très évoluée, retard mental profond, lésions cérébrales importantes, coma...). Toutefois, il existe de très nombreux cas dans lesquels la personne peut exprimer sa volonté mais pas toujours en rapport avec la réalité.

Autres précisions éventuelles

Au vu des éléments en notre possession, il est toujours possible de donner au juge toute autre information dans l'intérêt de la personne. Sachant que la loi confirme la priorité familiale, issue de la loi de 1968, dans le choix de la personne chargée de la mesure, il est parfois nécessaire de donner un avis sur le fait de confier, ou non, la mesure de protection à un parent ou plutôt à un tiers institutionnel. Si par ailleurs, pour des raisons médicales, l'audition ne peut se faire au tribunal, il est également possible d'indiquer au juge le lieu qui nous semble le plus approprié à l'état de la personne.

Un autre élément important dans l'évaluation de la personne est l'expression des valeurs. Le médecin dans son colloque singulier est bien placé pour faire exprimer la personne sur le prix attaché aux choses et choix. C'est le cas notamment pour le choix du lieu de vie.

3/ L'examen de la personne

Il comporte deux volets.

- Le volet psychiatrique, à la recherche d'une altération des facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté. Comme pour tout examen psychiatrique, il conviendra de rechercher les antécédents, les éléments biographiques, la présence de symptômes psychiatriques caractérisés, l'existence de traits de vulnérabilité sociale (immaturité, naïveté, influençabilité) le niveau intellectuel (intelligence pratique, possibilités de compréhension...) la maîtrise des acquis scolaires (lire, écrire, compter, calculer...) la présence d'une détérioration intellectuelle (MMS, test de l'horloge...) et les traitements en cours.
- Le volet socio-économique, destiné à évaluer les répercussions de l'altération des facultés dans la gestion de ses affaires et de sa personne. La recherche d'éléments concrets, portant sur le quotidien et ses aspects matériels, nécessite une prise en compte de l'environnement et des conditions de vie de la personne (capacité à conceptualiser la valeur de l'argent, à évaluer le prix des produits de consommation courante, notamment en euro, à identifier la monnaie et les billets...).

Souvent il paraît important que le médecin dispose d'information objectives sur - la situation matérielle - sur la capacité à pouvoir exercer des actes de conservation et d'administration (percevoir ses revenus avec une utilisation cohérente, exécuter de façon adaptée les démarches administratives) – la compétence pour les actes de disposition (achat et vente de biens immobiliers, investissements) – les antécédents d'actes problématiques (dettes, démarches aventureuses, erreurs répétées de gestion ayant mis en péril sa sécurité matérielle ou personnelle, propension à engager de façon hasardeuse sa signature) - la cohérence des projets de vie – la qualité de l'entourage en tentant de différencier les intérêts de la personne et ceux de l'entourage (dépenses venant entamer un héritage potentiel...).

4/ La rédaction du certificat

Dans la rédaction de son rapport, le médecin expert ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées. Hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise.

Il doit attester qu'il a accompli personnellement sa mission. (Art. R4127-108 du Code de déontologie). Ce certificat devra être rédigé de façon claire, évitant « l'hermétisme psychiatrique », pour être compris par des non médecins. Il devra également être empathique sachant que plusieurs personnes peuvent en demander communication :

– jusqu'au jugement, le dossier peut être consulté au greffe par le requérant. Il peut être également consulté, sur autorisation du juge des tutelles, par une des personnes énumérées à l'article 430 du Code civil si elle justifie d'un intérêt légitime. Leurs avocats, si elles en ont constitué un, disposent de la même faculté (Art. 1222 du Code de procédure civile) ;

– à tout moment de la procédure, le dossier peut être consulté au greffe de la juridiction sur demande écrite et sans autre restriction que les nécessités du service, par le majeur à protéger ou protégé, le cas échéant, par son avocat ainsi que par la ou les personnes chargées de la protection (Art. 1222-1 du Code de procédure civile). Toutefois lorsque la demande de consultation du dossier émane du majeur, le juge peut, par ordonnance motivée notifiée à l'intéressé, exclure tout ou partie des pièces de la consultation si celle-ci est susceptible de lui causer un préjudice psychique grave (Art. 1222-1 du Code de procédure civile) ;

– l'avocat du majeur protégé peut se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces du dossier. Il ne peut communiquer les copies ainsi obtenues ou leur reproduction à son client ou à un tiers. S'il est de l'intérêt du majeur que des pièces de son dossier de protection puissent être communiquées dans une procédure judiciaire (pénale, par exemple), il appartiendra à l'avocat de solliciter de la juridiction compétente que les pièces soient versées aux débats par le juge des tutelles

5/ Certificat de Non-retour à domicile

Ce certificat est aussi complexe à établir qu'un CMC. Il est à la limite de l'exercice médical car toute personne qui s'en donne les moyens peut rester à domicile. La discussion est médico-sociale.

5/ Certificat de carence

Il est désormais possible sans examen complet et sur pièce médicale.

8/ Rémunération

Lorsque le médecin est sollicité par le procureur de la République (généralement, lors de l'ouverture d'une mesure) ou par le juge des tutelles (lors du renouvellement de la mesure), le coût du certificat est avancé sur les frais de justice (Art. 1256 du Code de procédure civile et R. 93 du Code de procédure pénale). Ces frais avancés seront ensuite soit pris en charge définitivement par l'État, soit recouverts auprès de la personne protégée en fonction de la décision prise par le juge des tutelles à l'issue de la procédure (Art. 1256 du Code de procédure civile et R. 217 alinéa 3 du Code de procédure pénale). En cas d'insolvabilité de la personne les frais de la procédure et donc du certificat pourront éventuellement rester à la charge de l'État

Le décret n° 2008-1485 du 22 décembre 2008 fixe le tarif « des certificats et avis médicaux » établis dans le cadre de la loi : – honoraires en règlement de la rédaction du certificat circonstancié prévu à l'article 431, 160 € – indemnité forfaitaire « lorsque le médecin requis par le procureur ou commis par le juge justifie n'avoir pu établir ce certificat du fait de la carence de la personne », 30 € – honoraires concernant l'avis mentionné aux articles 426 et 432, lorsqu'il ne figure pas dans le certificat circonstancié (Art. 431), 25 €. Ce qui correspond au coût d'une consultation de médecine générale - en sus des honoraires, les frais de déplacements éventuels sont calculés dans les conditions fixées pour les déplacements des fonctionnaires du groupe II. Cette pratique est hétérogène. L'île de France ne rembourse pas).

Synthèse

- L'évaluation des altérations des facultés mentales se fait dans différents registres: psychiatrie, retard mental, neurologie, gériatrie
- Déterminer le lien entre l'altération et l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts (plus difficile) : nécessite une évaluation écologique et médico-sociale

- Il est nécessaire de se limiter aux questions du juge mais qu'en est-il quand c'est la famille qui demande l'examen ?
- Il est très important de prendre en compte la temporalité de l'évaluation et des troubles. Certains états pathologiques sont évolutifs à court terme et pour d'autres nous ne disposons pas d'abaque de référence.
- Le médecin doit disposer d'une information systématique des motivations de la demande (enquête sociale)
- La rencontre de la personne doit se faire dans un colloque singulier. Le statut de médecin permet un échange sous couvert du secret professionnel
- L'évaluation doit être la plus écologique possible. Il faut évaluer ce que fait la personne dans ses conditions de vie plus que dans un milieu standardisé de consultation.
- Les médecins doivent être formés à l'évaluation. Comme les médecins experts, ils devraient justifier d'une formation spécifique.
- « Nul ne peut être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade » Art R.4127 du Code Déontologie. A la demande d'un juge : une position d'expert – pour le médecin traitant : position de médecin certificateur (inscription dans le projet thérapeutique du patient)
- L'appréciation du droit de voter n'est pas une question médicale
- Nature à porter atteinte à sa santé ou si la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté
- Le Certificat de déclenchement du mandat de protection future devrait être soumis aux mêmes exigences de l'article 1219 de CPC et tarifé.

Conclusion

La rédaction du Certificat Médical circonstancié demande des compétences médicales particulières tout comme des connaissances juridiques. Les médecins inscrits doivent justifier d'une formation et d'une expérience. Il est fondamental d'instaurer un dialogue singulier avec la personne et de confronter l'avis du médecin aux avis des acteurs sociaux et juridiques.

Rôle est limitée de la personne de confiance (CSP, CASF)

Dr. V. LEFEBVRE des NOETTES Psychiatre de la personne âgée APHP

Introduction

Parmi les grandes mesures de la loi du 4 mars 2002, la possibilité pour le patient de désigner une personne de confiance reste encore peu connue, tant par les professionnels de santé que par les patients. Qui est cette personne ? Quel est son rôle ? Qui peut la désigner ?

La première réflexion c'est que derrière cet intitulé –*la personne de confiance*– qui veut rassurer, il y a encore beaucoup d'incompréhensions malgré de réels efforts pour mieux faire connaître ces dispositions: une personne, (oui mais laquelle ?) donc une incarnation, une interlocutrice entre le monde médical et la personne vulnérable, et la confiance, une notion à la fois forte et *oxymorique* en ce sens qu'on se confie à une personne en laquelle on a confiance et à *fortiori* à son médecin ou dans le domaine du soin. Rappelons que la confiance ne va pas de soi, qu'elle se gagne et se tisse dans le temps. Or, surtout lorsqu'il s'agit de personnes vulnérables, hospitalisées en psychiatrie ou en gériatrie pour des troubles cognitifs, il s'agit souvent des personnes isolées socialement et la désignation dans ce contexte (souvent vécu comme imposé) il peut y avoir des personnes désignées comme « de confiance » qui, du fait des pathologies psychiques ou cognitives ne le sont pas, ou tout simplement une difficulté, du fait du pauvre réseau social à en désigner une alors que précisément ce dispositif est voulu pour ces patients.

Abordons dans un premier temps les recommandations de la HAS en 2016, puis celles du ministère de la santé enfin quelques difficultés et propositions.

La personne de confiance HAS 2016

Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance. Parmi ses missions, elle pourra vous accompagner dans vos démarches liées à votre santé et, si un jour vous êtes hors d'état d'exprimer votre volonté, elle sera consultée en priorité pour l'exprimer : elle pourra recevoir l'information médicale à votre place et sera votre porte-parole.

Les missions de la PDC

Lorsque vous pouvez exprimer votre volonté, elle a une mission d'accompagnement

La personne de confiance peut si vous le souhaitez : vous soutenir dans votre cheminement personnel et vous aider dans vos décisions concernant votre santé ; assister aux consultations ou aux entretiens médicaux : elle vous assiste mais ne vous remplace pas ; prendre connaissance d'éléments de votre dossier médical en votre présence : elle n'aura pas accès à l'information en dehors de votre présence et ne devra pas divulguer des informations sans votre accord. Il est recommandé de lui remettre vos directives anticipées si vous les avez rédigées : ce sont vos volontés, exprimées par écrit, sur les traitements que vous souhaitez ou non, si un jour vous ne pouvez plus vous exprimer. Elle a un devoir de confidentialité concernant les informations médicales qu'elle a pu recevoir, et vos directives anticipées : elle n'a pas le droit de les révéler à d'autres personnes.

Si vous ne pouvez plus exprimer votre volonté, elle a une mission de référent auprès de l'équipe médicale. La personne de confiance sera la personne consultée en priorité par l'équipe médicale lors de tout questionnement sur la mise en œuvre, la poursuite ou l'arrêt de

traitements et recevra les informations nécessaires pour pouvoir exprimer ce que vous auriez souhaité.

La personne de confiance peut intervenir dans des contextes médicaux particulièrement encadrés par la loi : □ les essais thérapeutiques : elle reçoit l'information adaptée si le patient ou son représentant légal ne peut pas la recevoir ; la recherche biomédicale : dans les situations où le consentement de la personne ne peut être recueilli (urgence ou personne hors d'état de le donner), celui-ci peut être demandé à la personne de confiance ; les tests génétiques : lorsqu'il est impossible de recueillir le consentement de la personne concernée, la personne de confiance peut être consultée ; lors d'une hospitalisation psychiatrique sous contrainte : la personne de confiance peut accompagner la personne malade lors des autorisations de sortie.

Elle sera votre porte-parole pour refléter de façon précise et fidèle vos souhaits et votre volonté, par exemple sur la poursuite, la limitation ou l'arrêt de traitement. Elle n'exprime pas ses propres souhaits mais rapporte les vôtres. **Son témoignage l'emportera sur tout autre témoignage** (membres de la famille, proches...). Si vous avez rédigé vos directives anticipées, elle les transmettra au médecin qui vous suit si vous les lui avez confiées ou bien elle indiquera où vous les avez rangées ou qui les détient. La personne de confiance peut faire le lien avec votre famille ou vos proches mais peut aussi affronter une contestation s'ils ne sont pas d'accord avec vos volontés. **Elle n'aura pas la responsabilité de prendre des décisions concernant vos traitements**, mais témoignera de vos souhaits, volontés et convictions : celle-ci appartient au médecin et la décision sera prise après avis d'un autre médecin et concertation avec l'équipe soignante.

Attention : □ la personne de confiance n'est pas nécessairement la personne à prévenir s'il vous arrivait quelque chose, si vous étiez hospitalisé(e) ou en cas de décès ; **sa mission ne concerne que votre santé**.

QUI PEUT LA DÉSIGNER ? Toute personne majeure peut le faire. Les personnes sous tutelle doivent avoir l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. C'est un droit qui vous est offert, mais ce n'est pas une obligation : vous êtes libre de ne pas désigner une personne de confiance.

QUI PEUT ÊTRE LA « PERSONNE DE CONFIANCE » ? Toute personne majeure de votre entourage en qui vous avez confiance et qui est d'accord pour assumer cette mission peut l'être. Ce peut être votre conjoint, un de vos enfants ou un de vos parents, un ami, un proche, votre médecin traitant. Il est important que vous échangiez avec elle afin qu'elle comprenne bien vos choix et votre volonté, et puisse être votre porte-parole le moment venu. Elle ne devra pas exprimer ses propres souhaits et convictions mais les vôtres et doit s'engager moralement vis-à-vis de vous à le faire. Elle doit être apte à comprendre et respecter les volontés énoncées dans une situation de fin de vie et mesurer la possible difficulté de sa tâche et la portée de son engagement. Il est important qu'elle ait bien compris son rôle et donné son accord pour cette mission. Une personne peut refuser d'être votre personne de confiance.

Périmètre d'intervention de la personne de confiance sur le site du ministère de la santé

La personne de confiance ne pourra pas obtenir communication de votre dossier médical (à moins que vous lui fassiez une procuration exprès en ce sens).

De plus, si vous souhaitez que certaines informations ne lui soient pas communiquées, elles demeureront confidentielles, quelles que soient les circonstances. En revanche, si votre

personne de confiance doit être consultée parce que vous n'êtes pas en mesure de vous exprimer, les informations jugées suffisantes pour pouvoir exprimer ce que vous auriez souhaité lui seront communiquées.

Si vous êtes hospitalisé, l'avis de la personne de confiance sera pris en compte par l'équipe médicale mais, en dernier lieu, c'est au médecin qu'il reviendra de prendre la décision. En revanche, dans le cas très particulier de la recherche biomédicale, si vous n'êtes pas en mesure de vous exprimer et qu'une recherche biomédicale est envisagée dans les conditions prévues par la loi, l'autorisation sera demandée à votre personne de confiance.

Les points qui peuvent poser problème

Elle sera consultée en priorité pour exprimer votre souhait en matière de santé: il peut y avoir conflit lorsqu'elle ne fait pas partie de la famille ou lorsque c'est un membre de la famille qui ne fait pas l'unanimité de la famille en termes de confiance précisément.

Elle pourra recevoir l'information médicale à votre place et sera votre porte-parole, encore faut-il est un minimum soi-même être informé au niveau médical afin de ne pas inquiéter inutilement avec des termes médicaux non compris ou au contraire rassurer à tort.

Il faut donc être disponible, proche de la personne, donner du temps et une certaine compétence dans le domaine de la santé, pour surtout en fin de vie. C'est un réel travail, bénévole et qui souvent donne l'impression d'être au centre d'un dispositif prioritaire donc d'une prise de décision portant sur ce qu'elle va dire et peut inquiéter la personne désignée comme PDC.

Il peut y avoir des conflits d'intérêts ou de loyautés quand on est soi-même médecin de la personne qui vous le demande ou quand c'est un collègue médecin ou un ami proche pour vous mais inconnu de la famille et que vous ne vous sentez pas la possibilité de refuser pris dans une nécessité d'accompagner jusqu'au bout.

Certes la Loi stipule qu'on peut refuser mais dans la réalité c'est beaucoup plus compliqué.

Plusieurs articles sont concernés (L.1110-4CSP, L.1111-4CSP, L.1111-6 CSP) dans le domaine du soin.

Or, par un Décret n° 2016-1395 du 18 octobre 2016 fixant les conditions dans lesquelles est donnée l'information sur le droit de désigner la personne de confiance mentionnée à l'article L. 311-5-1 du code de l'action sociale et des familles, cette personne de confiance n'est pas nécessairement la même que celle que vous auriez désigné avant. Son rôle est :

-Accompagnement et présence :

La personne de confiance peut si vous le souhaitez :

-être présente à l'entretien prévu, lors de la conclusion du contrat de séjour, pour rechercher votre consentement à être accueillie dans l'établissement d'hébergement (en présence du directeur de l'établissement ou toute autre personne formellement désignée par lui et, chaque fois que nécessaire, du médecin coordonnateur si la structure d'accueil est un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes).

Elle sera la seule personne de votre entourage à avoir le droit d'être présente à cet entretien.

-vous accompagner dans vos démarches liées à votre prise en charge sociale ou médico-sociale afin de vous aider dans vos décisions.

-assister aux entretiens médicaux prévus dans le cadre de votre prise en charge médico-sociale afin de vous aider dans vos décisions.

-elle aide pour la compréhension de vos droits :

Votre personne de confiance sera consultée par l'établissement ou le service qui vous prend en charge au cas où vous rencontriez des difficultés dans la connaissance et la compréhension de vos droits. Cette consultation n'a pas vocation à se substituer à vos décisions.

Là encore il risque d'avoir des conflits d'intérêts ou de loyauté et de confusion des genres entre la famille (qui sera éventuellement en habilitation familiale pour 10 ans) la personne de confiance antérieure et la nouvellement désignée dans l'établissement médicaux sociaux. Il paraît nécessaire de ne privilégier la désignation, si la personne le souhaite, que d'une seule personne de confiance avec un rôle et des limites clairement énoncée dans ses missions.

Contribution au groupe de travail sur l'évolution de la protection des personnes vulnérables dirigé par madame Anne CARON DEGLISE avocate générale à la Cours de Cassation.

18 mai 2018

Dr. V. LEFEBVRE des NOETTES psychiatre, gériatre APHP, Dr. Philosophie et éthique médicale UPEM, médecin inscrit sur la liste du TGI de Créteil.

Rôle du médecin inscrit sur la liste du TGI dans l'établissement du CMC.

Etat des lieux.

Les conditions requises pour l'ouverture d'une mesure de protection dans le cadre de la Loi du 5 mars 2007 sont à ce jour, une requête, l'extrait de naissance de la personne à protéger accompagnée d'un certificat médical circonstancier établi par un médecin inscrit sur la liste établi par le Procureur de la République. Ce certificat est valorisé par décret à hauteur de 160 euros depuis 2007.

Auparavant seuls les médecins psychiatres étaient habilités pour ce type d'expertise. Ils pouvaient être requis par le Procureur de la République, commissionnés par le juge des Tutelles ou par la famille ou le requérant lui-même. Le fait qu'il s'agissait d'une expertise les déliait dans le cadre de celle-ci du secret médical.

Depuis 2007 les Procureurs peuvent inscrire sur ces listes des neurologues des gériatres des généralistes.

Plusieurs difficultés doivent être signalées :

La qualification et la spécialité des médecins inscrits étant diverses (si un gériatre, un neurologue et un psychiatre sont familiers lorsqu'il s'agit d'évaluer une démence, ils ne le sont pas forcément pour un trouble psychiatrique et l'inverse peut se voir aussi car il y a peu de psychiatres du sujet âgés) sans exigence d'une compétence spécifique peuvent donner lieu à l'élaboration de certificats parfois peu contributifs, ou certificats « à croix » c'est-à-dire déjà préfigurés pour ne cocher que des cases, sans possibilité de décrire précisément l'état de vulnérabilité et son retentissement sur l'exercice des droits civils, les capacités à décider pour soi-même, alors même que celui-ci doit être circonstancié.

Il peut y avoir des conflits d'intérêts ou de loyauté en particulier lorsqu'un médecin traitant le rédige pour un de ces patients, s'il est inscrit sur la liste pour une ouverture, ou lorsqu'il s'agit d'un renouvellement ou, depuis 2016, il n'est plus nécessaire que le médecin soit inscrit sur une liste. De même lorsqu'il s'agit d'attester que la personne ne peut rester chez elle du fait de sa maladie de sa dépendance de son handicap.

Le fait que tout médecin a prêté serment pour exercer son art, rappelons que le serment d'Hippocrate stipule :

[...]Je respecterai toutes les personnes, leur autonomie et leur volonté, sans aucune discrimination selon leur état ou leurs convictions. J'interviendrai pour les protéger si elles sont affaiblies, vulnérables ou menacées dans leur intégrité ou leur dignité. Même sous la contrainte, je ne ferai pas usage de mes connaissances contre les lois de l'humanité.

J'informerai les patients des décisions envisagées, de leurs raisons et de leurs conséquences. Je ne tromperai jamais leur confiance et n'exploiterai pas le pouvoir hérité des circonstances pour forcer les consciences.

Admis(e) dans l'intimité des personnes, je tairai les secrets qui me seront confiés. Reçu(e) à l'intérieur des maisons, je respecterai les secrets des foyers et ma conduite ne servira pas à corrompre les mœurs. Je préserverai l'indépendance nécessaire à l'accomplissement de ma mission. Je n'entreprendrai rien qui dépasse mes compétences. [...]

Le médecin ne peut donc « partager » avec quiconque ce qu'il aura vu entendu compris à l'intérieur des maisons donc lors d'une éventuelle visite à domicile. Nul ne peut le délier de ce secret, et c'est pourquoi ce certificat médical circonstancié est remis sous plis cacheté aux autorités requérantes.

Des médecins inscrits lors de leur visites à domicile en vue d'examiner des personnes vulnérables se sont vus attaqués pour immiscions dans la vie privée par d'autres membres de la famille opposés à la mesure de protection.

Or ces certificats sont régulièrement ouverts, voir produits dans d'autres juridictions (notamment en cas de procédure de divorce).

De nombreux confrères inscrits sur ces listes regrettent de ne pas être informés par les TGI des évolutions récentes de la loi en particulier sur l'habilitation familiale. Il y a une grande disparité des TGI en la matière, certains organisant annuellement des réunions pluridisciplinaires, d'autres non.

Sont aussi signalés des difficultés, voir des impossibilités pour joindre les Juges, greffiers ou Procureurs, or dans des cas complexes cela serait salubre.

Il est fréquent de se confronter à une opposition de la part de la personne à protéger, soit du fait d'un déni, d'une anosognosie, d'une démence évoluée ou d'un trouble psychiatrique (psychose délirante, troubles bipolaire et dépression grave) et cela peut se ressentir dans l'élaboration du certificat, le patient étant rarement coopérant, et la pathologie pouvant aussi être fluctuante dans le temps, or, entre le moment où nous sommes amenée à voir les personnes et l'audition l'état constaté quelque mois auparavant peut ne pas être le même.

Enfin il faut rappeler que le médecin doit pouvoir s'appuyer pour rédiger ses conclusions de toutes informations tirées du dossier médical, de l'entretien avec les équipes ou le médecin traitant ou la famille, et qu'à cette occasion il contribue à informer sur les buts et conséquences de la mesure de protection, dédramatiser, établir un climat de confiance et que toutes ces étapes prennent du temps.

Propositions

Ainsi que le note le défenseur des Droits dans son rapport du 29 septembre 2016.

« Au-delà de l'exigence d'un certificat médical, condition préalable actuellement 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 al 2 du code civil prévoit que le coût du certificat médical est fixé par décret en Conseil d'Etat. Ainsi, l'article R.217-1 du code de procédure pénale (modifié par décret n°2008-1485 du 22 décembre 2008) prévoit que le médecin auteur d'un tel certificat reçoit, à titre d'honoraires, la somme de 160 euros.

Le Défenseur des droits recommande : 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.

En cas d'impossibilité d'examiner la personne concernée du fait de son refus

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 recueil de tout élément utile auprès des proches et des établissements de santé ou médicosociaux.**

En ce qui concerne la formation des médecins inscrits

La formation des médecins habilités Afin d'exercer sa mission, le médecin doit être inscrit sur la liste établie par le procureur de la République (article 431 alinéa 1 du code civil). L'inscription sur cette liste ne **requiert 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 ;

que soit créé, à cette fin, 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). (voir la contribution du Dr. Olivier Drunat gériatre APHP.)

et la mise en place d'actions de sensibilisation de nature à inciter davantage de médecins à s'inscrire sur les listes.

L'évaluation pluridisciplinaire du majeur à protéger

Le Défenseur des droits souhaite rappeler que si l'ouverture par le juge d'une mesure de protection juridique ne se fonde aujourd'hui que sur l'évaluation médicale du majeur à protéger, il n'en demeure pas moins qu'une **évaluation pluridisciplinaire du majeur permettrait au juge, de bénéficier d'un recueil de renseignements sur la situation socio-économique ou médico-sociale de la personne lui permettant de prononcer une mesure de protection plus adaptée, graduée et individualisée.** En effet, le Défenseur des droits constate que le dispositif permettant au juge des tutelles de faire procéder à « une enquête sociale ou à des constatations par toute personne de son choix » (article 1221 du code de procédure civile) reste trop peu appliqué.

Le Défenseur des droits recommande donc de mettre en place une évaluation pluridisciplinaire de la personne à protéger **et d'ajouter au certificat médical une évaluation médico-sociale de la personne à protéger.**

Nous souscrivons à toutes ces recommandations et souhaiterions aussi pouvoir bénéficier d'une copie du rapport social lorsque celui-ci est transmis au Procureur, car la réquisition ne permet pas d'appréhender le contexte du signalement, les difficultés sociales ou sociétales qui bien entendu interagissent avec les pathologies psychiatriques, démentielles ou de handicaps que nous aurons à constater et ceci dans l'intérêt de ne pas réduire la personne vulnérable, au cœur de ce processus à sa maladie et à ses incapacités.

En ce qui concerne l'évaluation des capacités de discernement, il me semble qu'en plus de l'examen clinique, les capacités sensorielles, l'entretien, l'évaluation cognitive (MMS), psychiatrique (CIM10) et la dépendance (ADL IADL, AGGIR, l'échelle de fragilité etc..) l'utilisation de l'échelle d'Appelbaum et Grisso pourrait compléter utilement celle-ci :

Evaluation de la capacité de discernement

Avant de voir le patient

1. Quel est le choix?
2. Quels sont les éléments essentiels que le patient doit avoir compris?

Lors de l'entretien

3. Le patient a-t-il compris les éléments essentiels?
4. Est-il capable de raisonner avec ces éléments?
5. Les applique-t-il à sa propre situation?
6. Exprime-t-il un choix ?
7. Une pathologie psychiatrique est-elle présente et susceptible d'affecter sa capacité de discernement?

Si oui, envisager une évaluation psychiatrique

Dans les propositions d'amélioration des échanges et le décloisonnement médecins monde juridique il me semble important de continuer les formations conjointe (ENM Paris ou Bordeaux)

Une autre proposition, serait de rebaptiser la juge des tutelles en juge de la protection des personnes afin là encore de dédramatiser, et conformément à la recommandation du Défenseur des Droits si on s'oriente vers une mesure unique d'assistance et de conseil afin d'être en conformité avec l'article 12 de l'ONU.

Revue de droit du travail 2018 p.31

Comment repenser la capacité de la personne majeure vulnérable ? Perspectives transatlantiques au croisement du droit civil et du droit social

Marie Mercat-Bruns, Maître de conférences, HDR au CNAM/LISE CNRS et professeure affiliée à l'École de droit de Sciences Po

L'essentiel

« Nous aurions pu être des créatures incapables d'empathie, insensibles à la douleur et à l'humiliation des autres, indifférents à la liberté...incapables de raisonner, d'argumenter, d'être d'accord ou en désaccord. La présence forte de ces traits dans les vies humaines ne nous dit pas quelle théorie de la justice il faut choisir, mais elle nous dit que la quête de la justice est difficile à anéantir de la société humaine, et peu importe que nous la menions de façons différentes » (1).

Le droit des incapables majeurs ou, de façon plus positive, le droit des majeurs protégés, est exposé à une critique récurrente et protéiforme en France et aux États-Unis (2). Malgré des réformes successives dans les deux pays, la question de la capacité est souvent abordée de manière binaire ou cloisonnée (3) : tantôt comme une force permettant à son titulaire de jouir d'une marge d'autonomie dans l'exercice de ses droits, tantôt comme une illustration du seuil au-dessous duquel il n'existe que faiblesse ou vulnérabilité à protéger (4). Parallèlement, la capacité des personnes morales émerge avec une plus grande visibilité par sa reconnaissance dans la réforme du droit des contrats (5) et l'extension des droits fondamentaux de la personne morale aux États-Unis (6). L'affirmation des droits fondamentaux des personnes morales (7) influe même, outre-Atlantique, sur l'exercice des droits fondamentaux de la personne physique (8). Une observation en miroir permet de cerner les enjeux posés par l'évolution des règles relatives à la capacité de la personne physique des deux côtés de l'Atlantique. Certes, les droits fondamentaux de la personne humaine (9) ou la Convention internationale des droits des personnes handicapées (10) affirment une volonté de diversifier les mesures de protection ou d'accompagnement (11). Le but est de préserver le plus possible la capacité restante de la personne vulnérable. En France, elle est censée s'épanouir par le mandat de protection future (12), la redéfinition des contours des mesures judiciaires (13) et, plus récemment, les mesures d'anticipation (14) et d'habilitation (15). Aux États-Unis, l'attachement à la capacité se manifeste dans certains États, par la reconnaissance formelle d'une mesure d'accompagnement de la personne, sans prononcer d'incapacité (*supported decisionmaking* - ci-après *prise de décision accompagnée* (SDM) (16). Cependant, ce tournant se traduit également par un contournement relatif des juges et des acteurs de manière générale dans la mise en oeuvre de certaines mesures, pourtant conçues initialement pour préserver les droits des personnes (17). Le regard outre-Atlantique permet de montrer les intérêts de cette évolution du droit des personnes dans les deux pays (I). En revanche, il dévoile sans doute certaines de ses limites (II), en l'absence d'une réflexion sur la construction de la notion individuelle de capacité et sur le sens des mesures de protection à l'aune de la prise en charge collective des risques de vulnérabilité de tous les individus dans le temps et dans l'espace (18). En effet, une vision croisée du droit civil et du droit social révèle que la vulnérabilité de la personne (19) ne peut plus se penser uniquement de façon individuelle. Elle exige une réflexion sur les normes juridiques collectives posant un cadre d'appréciation systémique (20) de la vulnérabilité des personnes physiques et des nouveaux modes de prévention de l'exclusion sociale des individus (21).

I. - L'intérêt des nouvelles mesures d'accompagnement préservant la capacité du majeur

vulnérable à la lumière de l'évolution des dispositifs américains

Avant d'aborder l'intérêt des nouvelles mesures d'accompagnement aux États-Unis, il faut reconnaître au préalable que, même en l'absence d'un concept juridique d'accompagnement en France⁽²²⁾, les deux pays ont diversifié les formes de protection permettant parfois de conserver la capacité de la personne, malgré les altérations physiques ou mentales dont elle peut souffrir⁽²³⁾.

Diversification des mesures de protection et de leurs alternatives en France

Dans le cadre des mesures judiciaires, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 consacre la dissociation entre mesure de protection des biens et protection de la personne pour préserver la capacité selon l'acte, notamment le respect de la volonté du majeur pour certains actes éminemment personnels⁽²⁴⁾. La sauvegarde de justice offre également une voie sans perte de capacité⁽²⁵⁾.

En dehors des mesures judiciaires, les lois relatives à l'adaptation de la société au vieillissement⁽²⁶⁾ et la loi de modernisation de la santé⁽²⁷⁾ ont permis de développer le recours à la personne de confiance et aux directives anticipées⁽²⁸⁾. Dans le Code civil, le mandat de protection future préserve la capacité et peut viser certains actes. L'habilitation⁽²⁹⁾, qui offre une souplesse indéniable au protecteur, semble finalement ne pas pouvoir s'assimiler à une mesure d'accompagnement⁽³⁰⁾. L'avant-projet d'ordonnance prévoyait de moduler le périmètre des pouvoirs de la personne habilitée en fonction de la nature de ses liens avec la personne protégée⁽³¹⁾. L'ordonnance du 15 octobre 2015 y a renoncé et l'article 494-6 ne fait aucune distinction en fonction de la personne habilitée. Avec l'habilitation familiale, la classification tripartite des actes conservatoires, d'administration et de disposition disparaît. En outre, étant une mesure de représentation parfaite en matière patrimoniale, l'habilitation générale, comme la tutelle, a pour conséquence de priver la personne protégée de la capacité d'effectuer les actes confiés à son protecteur⁽³²⁾. Cependant, les autorités publiques ont la possibilité de jouer un rôle plus important car la confirmation de l'acte nul en matière d'habilitation est plus ouverte qu'en cas de curatelle ou tutelle⁽³³⁾. Le juge judiciaire et le procureur de la République peuvent sans doute suivre ces mesures d'habilitation grâce à l'application des articles 416 et 417 du Code civil⁽³⁴⁾.

Diversification des mesures de protection et de leurs alternatives aux États-Unis

Pour mieux comprendre l'intérêt de la diversification des mesures aux États-Unis, il faut préciser en amont qu'elle relève du droit de chaque État fédéré⁽³⁵⁾ qui complète les principes issus de la *common law*. Sur le fondement de la doctrine de *parens patriae* présente en droit anglais, l'État devait protéger les personnes vulnérables⁽³⁶⁾. Mais, selon l'historienne du droit S. Blumenthal, à la différence d'une vision de l'état des personnes tirée d'une conception royale anglaise du statut des personnes, le droit américain a privilégié une vision de la « personne par défaut »⁽³⁷⁾. Imprégnés de la philosophie des lumières, de grands juges comme Oliver Wendell Holmes souhaitaient le plus possible présumer que « l'homme d'une intelligence ordinaire et d'une prudence raisonnable »⁽³⁸⁾ était doté d'une capacité juridique en écartant uniquement par exception, le malvoyant, l'enfant et le fou. Les juges étaient plus préoccupés par le caractère raisonnable des actes des majeurs et la question de leur responsabilité que par le fait de statuer sur la condition psychologique de l'être humain. Il en découlait une vision plus souple, téléologique, souvent fonctionnelle de l'incapacité, au cas par cas, en fonction de l'acte à accomplir. Ce n'est qu'avec l'avènement de la médecine que l'appréciation judiciaire de l'état mental est devenue un mode de contrôle de l'individu d'inspiration plus scientifique pour écarter la capacité juridique. S'est justifiée alors la représentation du majeur (*substitute decisionmaking*) après un diagnostic sur l'altération de ses facultés⁽³⁹⁾. Les États ont ensuite progressivement enrichi leurs régimes de protection. La représentation du majeur peut être plus ciblée en fonction de la capacité d'accomplir certains actes personnels ou patrimoniaux, à l'image du droit français avec l'assistance qu'offre la curatelle, outre l'application des principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité⁽⁴⁰⁾. Cette première évolution a été accélérée par une forte influence du contrôle de constitutionnalité des lois des États fédérés et des garanties procédurales accordées au majeur⁽⁴¹⁾.

Donc, il existe, malgré des divergences de système, **un véritable recentrage sur la personne du majeur dans la diversification, le choix et la mise en oeuvre des mesures de protection de**

chaque côté de l'Atlantique. Aux États-Unis, un concept de *prise de décision accompagnée* (SDM) a même été introduit. Ce processus qui ne limite pas la capacité juridique mais propose une forme de soutien des décisions prises par les proches ou des professionnels sans intervention du juge et sans évaluer la qualité de la décision prise. Ces dispositifs américains qui dépendent des États fédérés ressemblent, à de multiples égards aux modèles belges et espagnols d'accompagnement^[42]. Aux États-Unis, cette évolution est fondée sur d'autres justifications. Elles sont tirées d'une rhétorique forte des droits fondamentaux appliquée aux personnes vulnérables (respect des libertés et de la non-discrimination), d'un discours nouveau sur l'altération des facultés mentales tiré du droit du handicap^[43] et d'un constat sur la lourdeur des mesures de protection judiciaire pour le majeur, leur entourage et les juges eux-mêmes. Il est opportun de cartographier les intérêts de cette *prise de décision accompagnée* (SDM), pour le majeur (A), la famille et les juges (B). L'ambition actuelle de la loi et des juges aux États-Unis et en France est de ne recourir, en principe, au mécanisme de représentation qu'en dernier ressort, avec parcimonie, en distinguant les intérêts en présence.

A. - Intérêt de l'accompagnement aux États-Unis (SDM) pour le majeur vulnérable : échapper à la tutelle en fournissant une aide informelle à la décision

Vis-à-vis du majeur, le renvoi de plus en plus fréquent à la *prise de décision accompagnée* (SDM) part d'une critique assez virulente du modèle de la tutelle aux États-Unis. Cette technique propose donc une alternative à la tutelle, qui favoriserait l'autonomisation juridique des majeurs (*legal empowerment*), ayant des altérations des facultés mentales et des difficultés à exprimer leurs préférences, à prendre des décisions et à mener leur vie, sans les obliger à recourir à un mécanisme de représentation^[44]. La *prise de décision accompagnée* (SDM) est une pratique de soutien à la décision par un réseau de personnes de l'entourage (professionnels et non professionnels) qui permet de préserver la capacité juridique du majeur, en tenant compte des caractéristiques de sa personnalité^[45]. Conçue à l'origine pour les personnes plus jeunes atteintes de déficiences ou troubles mentaux, une série de lois des États fédérés et de décisions de justice soutenues par la doctrine américaine s'y réfère de plus en plus pour les personnes vulnérables plus âgées^[46]. Sur ce point, la discussion actuelle en France sur la création d'un concept juridique d'accompagnement des personnes âgées vulnérables cherche aussi à s'éloigner d'une « logique linéaire » : « une mesure de protection succède souvent à une autre », menant inéluctablement à l'usage d'un mécanisme de « substitution » dans l'exercice des droits^[47].

Critiques de la tutelle :

Un petit retour historique aux États-Unis montre les différents reproches faits depuis longtemps au mode de protection tutélaire et ses conséquences. Dès 1987, le Représentant américain Claude Pepper en commission parlementaire expliquait que « le majeur « protégé » *lambda* avait moins de droits que le criminel condamné. En désignant un tuteur, le juge peut accorder à une autre personne le pouvoir de décider du lieu de vie de la personne, quel traitement médical lui sera administré et dans des cas rares, le moment de sa mort » (en cas d'arrêt de traitement). C'est... la sanction civile la plus lourde... à l'exception de la peine de mort »^[48].

À partir des années 70, la tutelle est critiquée pour ses effets sur la qualité de vie du majeur. Ce constat a abouti, dans les législations des États, à un contournement du dispositif tutélaire par la pratique plus fréquente de la *prise de décision accompagnée* (SDM). La protection tutélaire reposerait sur une dichotomie fictive en droit entre capacité d'exercice retirée et capacité de jouissance préservée : « même quand elle fonctionne, la tutelle renvoie à une sorte de mort civile pour l'individu qui ne peut participer à la société sans une médiation à travers les actions d'un autre dans le meilleur des cas »^[49]. « L'absence de prise de décision aurait une incidence sur le bien-être du majeur dans les compétences que chacun acquiert pour vivre de façon indépendante »^[50]. Or, sans mort civile^[51], les juges français constatent aussi aujourd'hui que le majeur sous tutelle perd effectivement non seulement l'exercice de ses droits et sa possibilité de signer des actes mais sa parole n'est pas toujours entendue dans la société civile^[52].

La tutelle accorde très souvent au tuteur, au-delà d'un pouvoir, une autorité quasi complète sur la vie des personnes vulnérables^[53]. Elle concerne des actes personnels et patrimoniaux du majeur,

touchent des libertés fondamentales en matière de soins et de logement et surtout affectent indirectement la capacité du majeur à tisser des liens sociaux⁽⁵⁴⁾, par l'impossibilité de conclure seul des contrats⁽⁵⁵⁾. L'exigence forte des juges américains portait alors sur les garanties procédurales (*due process*)⁽⁵⁶⁾, en raison de la limitation des droits fondamentaux que peut entraîner la pratique des tuteurs⁽⁵⁷⁾.

En outre, à la différence du droit français, la mise en oeuvre de la tutelle s'expose à l'interdiction des discriminations fondées sur le handicap. En effet, depuis un arrêt *Olmstead v. L.C., ex rel. Zimring*⁽⁵⁸⁾, toute personne soumise à un régime de protection excessive ou indue peut être considérée comme subissant des discriminations. Deux femmes sous tutelle qui souffraient de handicaps mentaux ont considéré que l'État de Géorgie violait la loi interdisant la discrimination fondée sur le handicap en les hospitalisant dans une institution spécialisée au lieu de leur proposer un milieu collectif ouvert dans un quartier. La Cour suprême a considéré la décision de l'isolement institutionnel... comme une forme de discrimination⁽⁵⁹⁾... « Ces choix perpétuent des présomptions selon lesquelles ces personnes sont tellement isolées qu'elles sont incapables ou ne seraient pas dignes de participer à la vie sociale, aux activités de la vie courante notamment les relations familiales, sociales, le travail, l'indépendance économique, l'accès au savoir et l'éducation et l'enrichissement culturel »⁽⁶⁰⁾. Face à ces critiques, la loi interdisant les discriminations fondées sur le handicap⁽⁶¹⁾ et la Convention internationale des droits des personnes handicapées, non ratifiée à ce jour par les États-Unis (par son article 12-3), prévoient un instrument juridique qui exige des gouvernements des obligations positives d'aménagement raisonnable ; « les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique ».

Intérêts de la prise de décision accompagnée :

Dans ce contexte, la *prise de décision accompagnée* (SDM) offrirait différents atouts au majeur en privilégiant une auto-détermination accompagnée, gage du bien-être de toute personne. En maintenant la capacité juridique de la personne, la *prise de décision accompagnée* (SDM) ne correspondrait pas à un modèle unique. Cette aide à la décision intervient lorsque les personnes majeures vulnérables, préservant leur capacité, choisissent des amis, des membres de leur famille ou des professionnels qui les aident à comprendre les situations et les choix auxquels ils font face pour prendre leurs propres décisions⁽⁶²⁾. Cela ressemble à l'exigence du consentement éclairé du médecin bienveillant ou celui du professionnel de bonne foi, à qui incombe une obligation de renseignement de l'autre partie au contrat, désormais dans la réforme du droit des contrats⁽⁶³⁾.

La technique de *prise de décision accompagnée* (SDM) rappelle ce qui se produit pour tous les adultes lorsqu'ils prennent des décisions concernant la réparation de leur voiture, la signature de documents juridiques ou le consentement à l'acte médical : toute personne capable se met en quête de conseils, d'éclairages, d'informations d'amis, de la famille ou de professionnels qui ont une plus forte connaissance ou expertise dans le domaine, afin de faire des choix éclairés⁽⁶⁴⁾.

Pléthore de textes juridiques d'États américains, de décisions judiciaires, d'autorités publiques et d'auteurs de doctrine se réfèrent à cette technique. Ce suivi de la *prise de décision accompagnée* (SDM) est d'intensité variable : d'un soutien informel de personnes qui « parlent « avec » et non « pour » la personne ayant une altération des facultés mentales⁽⁶⁵⁾ à la constitution de « micro-conseils » ou de cercles de soutien⁽⁶⁶⁾. La technique de SDM s'inscrit dans un cadre précis : respect de principes (autonomie de l'individu vulnérable, présomption de la capacité de prendre des décisions sur la même base qu'autrui (art. 12 de la Convention internationale) ; reconnaissance de l'intention de la personne comme fondement du processus de prise de décision sans retirer l'exercice du droit de prendre des décisions ; reconnaissance des altérations des facultés seulement pour justifier l'assistance d'un interprète, l'assistance technologique ou l'usage d'un langage simple⁽⁶⁷⁾. La technique ne met pas l'accent sur la vulnérabilité de la personne mais sur la qualité des relations nouées avec autrui selon les préférences du majeur sans jugement sur la qualité de la décision »⁽⁶⁸⁾.

Les législateurs ont même élaboré des politiques locales et nationales dans ce sens. En 2009, au Texas,

le législateur a créé un programme pilote pour fournir des services de *prise de décision accompagnée* (SDM) aux personnes qui avaient des déficiences cognitives dans les différents quartiers (69). En 2014, le législateur de Virginie, en session, a même exigé du responsable public des affaires sanitaires et sociales d'étudier la technique de la *prise de décision accompagnée* (SDM) et de « recommander des stratégies pour améliorer son usage en Virginie afin de garantir que les individus...aient la possibilité de participer aux décisions essentielles de leur vie » (70). La même année, l'Administration fédérale américaine chargée de la prise en charge à domicile ou en foyer a financé une formation nationale et un centre d'assistance technique pour la SDM (71). Enfin l'objectif de la *prise de décision accompagnée* (SDM) est de s'articuler avec l'application des lois des États fédérés sur la tutelle. Au Texas, la loi prône la subsidiarité des mesures de protection (72).

En France, le principe de « nécessité » (73) des mesures existantes dans la loi de 2007 est compatible avec un accompagnement informel des personnes majeures vulnérables qui veulent préserver leur capacité (74). La technique de prise de décision accompagnée (SDM) n'est donc ni un mécanisme de protection tutélaire, ni un mécanisme d'assistance avec contreseing comme la curatelle en France car il n'y a pas de formalisation légale de l'aide. Par ailleurs, aucune assimilation n'est possible avec la sauvegarde de justice puisque la technique SDM présume que la personne a un réseau de soutiens pour ne pas être sujette à des abus de faiblesse ou à des lésions.

L'intérêt de cette technique de *prise de décision accompagnée* (SDM) est également reconnu par les juges et l'entourage.

B. - Intérêts de l'accompagnement pour les juges et l'entourage : l'éclairage des arrêts

Le droit d'une personne de prendre ses propres décisions est inscrit dans la Constitution fédérale et les Constitutions des États fédérés comme valeur supérieure à d'autres normes, sous contrôle des juges (75). Ce droit ne devrait pas dépendre de la qualité de la décision prise (76). Pour les juges, les amis et la famille, l'intérêt semble dériver d'une confiance forte accordée aux proches et au majeur, assortie d'une reconnaissance de l'accompagnement possible de ses choix. Les décisions de justice évoquant cette technique concernent davantage les personnes plus jeunes (77).

En 1999, la Cour suprême de Pennsylvanie a renversé une décision qui plaçait Patricia Perry sous tutelle car « elle avait déjà en place un cercle de soutien pour l'accompagner et lui permettre de prendre des décisions rationnelles concernant ses finances et répondre aux exigences essentielles en matière de santé et sécurité » (78). En 2012, une juridiction à New York a prononcé une main levée de tutelle de Dameris L... car elle pouvait « s'engager dans un processus de *prise de décision accompagnée* » (SDM) (79). La juridiction avait des preuves que le majeur avait l'aptitude de vivre en sécurité dans son quartier avec le soutien de famille, d'amis et des professionnels de la santé mentale (80). En 2013, pour éviter une tutelle, une femme trisomique, Margaret Hatch a présenté des preuves qu'elle prenait ses propres décisions avec le soutien d'amis et professionnels de santé. Le juge de première instance a procédé en deux temps : pendant un an, mise sous tutelle nommant ses amis comme tuteurs temporaires et ensuite transition vers le modèle de *prise de décision accompagnée* (81). Le jugement fait explicitement référence à la technique d'accompagnement.

Enfin en tant qu'*amicus curiae* (82), l'association américaine de défense des droits des personnes âgées a soutenu, devant une cour d'appel du Texas, un majeur vulnérable, Tonner, qui souhaitait préserver sa capacité et dépendre d'un réseau de prise de décision accompagnée (SDM). Le renvoi à la technique se fonde aussi sur la loi fédérale américaine consacrant les droits fondamentaux des personnes qui ont un handicap mental (83). Selon leur avis, les études en psychologie montrent « qu'en enlevant la capacité « juridique » de prendre des décisions, la tutelle limite la capacité d'autodétermination, un besoin humain fondamental (84). Cette « forme de contrôle sur leur vie permet de prendre des décisions complexes ou simples, courantes ou radicales dans la vie... Dans ce contexte seulement, les majeurs deviennent agents (85) de leur vie au lieu que d'autres agissent sur eux » (86). En France, les mesures de protection participent au droit des personnes mais s'avèrent parfois aussi glisser vers un droit sur les personnes (87). En somme, du point de vue des juges, une fois cette technique retenue, les mesures de protection ne servent que de filet de sécurité et cette prise

de décision accompagnée (SDM) allège en principe la mission des juges qui ne doivent plus assurer le suivi de la mesure (88).

Pour les familles, cette technique qui implique l'approbation du majeur peut à la fois être moins lourde sur le plan procédural mais peut demander un investissement personnel plus grand pour organiser l'aide à la décision. Elle garantit au moins à des membres de la famille bienveillants de favoriser une relative autonomie du majeur tout en garantissant son suivi (89) : « l'incapacité d'exercice du majeur entraînerait son désengagement ; il s'intéresse moins aux décisions prises par le biais de son représentant (90) ; cela peut aggraver son isolement » (91). Chez les majeurs plus jeunes, valoriser l'autodétermination du majeur pourrait réduire, au contraire le risque de vulnérabilité en lui permettant d'identifier plus facilement les situations d'abus de faiblesse ou de maltraitance vis-à-vis de l'entourage (92). Cependant, comme pour la curatelle, un des désavantages de la *prise de décision accompagnée* (SDM) pour les familles et les juges serait la complexité de la prise de décision du majeur lorsque surviennent des tensions entre les personnes du réseau de soutien et le majeur.

Des difficultés éventuelles dans la mise en oeuvre de cette technique (SDM) incitent à en comprendre les limites. Cette analyse requiert un examen plus approfondi à la fois des catégories juridiques fondatrices, comme la capacité, sur laquelle se fondent ces innovations juridiques mais aussi du cadre collectif dans lequel elles s'insèrent.

II. - Les limites des nouvelles formes d'accompagnement préservant la capacité aux États-Unis et en France

Les nouvelles mesures ou techniques d'accompagnement cherchent à simplifier ou contourner les procédures très lourdes caractérisant les régimes de protection aux États-Unis et en France. En revanche, elles peuvent simultanément occulter une réflexion plus poussée sur la notion juridique de capacité elle-même (A) et son insertion dans un cadre plus global qui revisite les rapports entre capacité et vulnérabilité au croisement du droit civil et du droit social (B).

A. - Limites des nouvelles formes d'accompagnement en France et aux États-Unis sans réfléchir à la notion de capacité

Différentes logiques sous-tendent les règles qui saisissent la fragilité de la personne. Dans une perspective historique, en droit romain (93) mais aussi en *common law* (94), en dehors de l'incapacité de jouissance de certaines catégories, dont les esclaves, la tutelle était la réponse humanitaire à la vulnérabilité de la personne. En France, dans une logique similaire, l'abus de faiblesse révèle l'atteinte faite à la personne capable ou incapable sous l'égide du droit pénal. Sur le plan civil, la violence économique a été consacrée comme une atteinte spécifique à l'intégrité du consentement de la personne capable avec une certaine vision de son état de dépendance (95). D'autres perçoivent l'absence de protection contractuelle comme une atteinte à la dignité de la personne humaine (96). Aux États-Unis, la préoccupation première est davantage l'atteinte aux droits fondamentaux de la personne vulnérable en raison de la prévalence de la non-discrimination fondée sur l'âge et le handicap (97). Face à ces différentes formes d'atteinte à la personne, notre propos cherche à dépasser la question des limites procédurales des nouveaux mécanismes préservant la capacité pour incorporer une réflexion sur la personnalité du majeur (98) en lien avec sa capacité.

Limites procédurales de ces nouveaux mécanismes sans réfléchir à la notion de capacité d'exercice

Dans tous les régimes de protection, la situation du majeur vulnérable est souvent envisagée au regard de la restriction des actes à accomplir. Pour sauvegarder les droits de la personne, les solutions proposées sont souvent d'ordre procédural en France et aux États-Unis dans une logique de garanties des droits de la défense pour minimiser l'atteinte aux libertés de la personne. Selon une logique strictement contentieuse, « quelle que soit la mesure, elle ne peut être décidée qu'en suivant une *procédure* garantissant les droits, après vérification de l'altération des facultés, qui est simplement un des facteurs à prendre en considération, sans être un déclencheur automatique » (99).

La discussion autour des limites du mandat de protection future, de l'habilitation⁽¹⁰⁰⁾ et de la technique *prise de décision accompagnée (SDM)* aux États-Unis s'articule dans le même sens. Or de nombreux dangers et risques peuvent résider aussi dans le *désengagement du juge*, pour des raisons budgétaires, sous couvert d'une injonction à l'autonomie de la personne, si elle ne fait pas l'objet d'autres suivis. Se rajoute, en France, une entrave à l'accès au droit du majeur vulnérable en l'absence d'informations accessibles sur les démarches administratives à accomplir, notamment en matière de santé et de protection sociale. En outre, ces processus d'accompagnement peu contraignants en droit demeurent un peu flous : le travail en réseau rend l'évaluation de son effectivité plus compliquée⁽¹⁰¹⁾. De surcroît, les autorités et les financeurs français ne sont pas coordonnés entre eux : communes, départements, État et les interventions privées sont insuffisamment régulées. En l'absence du suivi qu'impose une mesure de protection, qui est l'arbitre en cas de difficultés du majeur face aux familles et aidants, aux services sociaux, aux médecins et au regard de la prise en charge financière, notamment liée à la protection sociale ?

De nombreuses questions en pratique relatives aux prises de décision accompagnées (SDM) restent en suspens aux États-Unis et exigent des études empiriques comparant les décisions prises pour des majeurs sous tutelle et celles prises en utilisant la technique de SDM⁽¹⁰²⁾ : comment sensibiliser les majeurs, encore capables, à ces options pour qu'ils anticipent leur mise en place à leur demande avant que la fragilisation de leur état leur en empêche ? Que constitue la technique SDM dans des circonstances particulières, comme celle des personnes âgées démentes ou affaiblies mentalement, en dehors des jeunes majeurs qui ont une activité ? Quelles sont les bonnes pratiques en matière de SDM en cas de malveillance de tiers, hors du cercle de soutien ? Comment identifier les questions de responsabilité partagée d'un réseau d'aide ou d'un cercle de soutien ou les questions de leurs devoirs vis-à-vis des majeurs ? Quelles sont les limites de la rationalité des décisions selon les préférences du majeur ?⁽¹⁰³⁾ Comment organiser des possibilités de comptes rendus informels si la capacité est intacte sans intervention du juge ?⁽¹⁰⁴⁾ Peut-on considérer, enfin que la technique de prise de décision accompagnée (SDM) n'est ni plus ni moins une attention portée sur la capacité à consentir ?⁽¹⁰⁵⁾

Limites des formes d'accompagnement imposant une réflexion sur la notion de capacité des personnes physiques

Au-delà du jugement sur l'encadrement de la capacité d'exercice, l'analyse outre-Atlantique permet d'envisager les contours de la notion de capacité d'exercice elle-même. Aux États-Unis, la dichotomie d'office entre capacité d'exercice et capacité de jouissance empêcherait de réfléchir à l'influence de la personnalité au sens large⁽¹⁰⁶⁾ dans le cadre des régimes de protection. En effet, l'intérêt d'inscrire, dans le droit positif, la technique de *prise de décision accompagnée (SDM)* est de permettre au majeur vulnérable d'agir, de consentir en accord avec ses préférences, tout en préservant sa capacité d'exercice. La question de la qualité du consentement du majeur n'est sans doute pas le seul souci des majeurs vulnérables qui conservent ou non leur capacité. Selon certains auteurs, « la personne, sujet de droit, se caractérise par ses relations avec les autres êtres humains »... « Quelqu'un n'est une personne que par rapport aux autres »⁽¹⁰⁷⁾.

La personnalité du majeur au-delà de la capacité

À la lumière de l'article 12 de la Convention internationale sur les droits des personnes handicapées, certains auteurs invitent à reconsidérer la personne, sujet des régimes de protection et la notion de capacité⁽¹⁰⁸⁾. Sans bien entendu faire la confusion entre la personnalité juridique et la capacité⁽¹⁰⁹⁾, l'article 12 propose, au fond, un changement de paradigme par « un respect de la personnalité du majeur vulnérable en tant que sujet de droit », au-delà de la capacité d'exercice. La personnalité juridique reflèterait, la manière dont la société évalue les rapports entre les personnes et les rapports entre la personne et l'État⁽¹¹⁰⁾. Or un glissement peut s'opérer parfois par la représentation au point de chosifier l'individu vulnérable par la barrière de la représentation. Elle substitue une volonté par une autre. L'incapacité d'exercice permet, par exemple, une évaluation trop hâtive par le représentant de la rationalité des désirs du majeur qui peut ignorer ses préférences intimes. En outre, sa personnalité peut se traduire par des choix dans sa vie privée et une volonté

d'autodétermination, présente dans les droits de la personnalité, sur lesquels le majeur peut avoir du mal à s'exprimer¹¹¹). Enfin, certains majeurs capables agissent de façon irrationnelle, parfois au détriment de leur intérêt ou de celui des autres, et cela n'enlève rien à leur qualité de personne¹¹²).

Dans une logique similaire, en France, les juges remarquent que « la pratique de la loi par les professionnels doit encore évoluer, notamment en matière de curatelle renforcée. Il est aujourd'hui encore difficile, en curatelle renforcée, de faire respecter le principe de la libre disposition par le majeur protégé de l'excédent des revenus prévu par l'article 472 du Code civil, à cause de la réticence de certains mandataires. Ils évoquent alors un risque de dilapidation des fonds ou la nécessité d'une épargne « de prudence », à cause du maintien, dans certains ressorts, des « bons d'alimentation »¹¹³). De leur côté, « les magistrats craignent de voir engager leur responsabilité s'ils n'assurent pas une sécurité maximale pour toutes les décisions prises au nom de la personne protégée »¹¹⁴). En outre, selon certains, la mise en oeuvre des mesures pourrait être enrichie par une perception plus nuancée de la vulnérabilité des personnes¹¹⁵).

La critique de l'incapacité, sous couvert des mesures de « protection », réside dans la volonté de poursuivre des efforts de normalisation et de rationalisation des comportements des majeurs (des personnes adultes) en considération de risques en termes de sécurité, de responsabilités personnelles et collectives qui seraient toujours objectives. En négligeant la personne du majeur, les régimes de protection peuvent alors favoriser l'influence subjective et arbitraire des préférences de la famille et privilégier l'efficacité de la prise en charge médico-sociale de l'État, sans intervention des juges et des acteurs sociaux et médico-sociaux surchargés et des majeurs eux-mêmes résignés.

En France et aux États-Unis, la notion de capacité est donc largement « statutaire » (tirée de la loi) mais il faudrait aussi résister, pour les mêmes raisons, à une vision de la « capacité en fonction des résultats »¹¹⁶). En effet, si la logique des mesures de protection suit celle de l'affirmation des droits fondamentaux et le respect d'une certaine marge d'autonomie du majeur, elle suppose d'accepter une marge d'erreur dans les décisions prises par les majeurs vulnérables. L'article 12.3 de la Convention exige d'accorder le « soutien nécessaire aux personnes pour exercer leur capacité ». Ce soutien doit être inconditionnel et ne doit pas glisser vers une décision prise « pour » la personne sans l'insérer dans un parcours de vie et des relations tissées avec un entourage. L'exigence de comprendre l'accompagnement par le cercle de soutien ne nécessite plus de compenser un défaut de capacité¹¹⁷ mais de co-construire¹¹⁸ un cadre des rapports entre majeur et réseau d'aides.

Rapports entre capacité et attributs de la personnalité juridique comme lien social :

Dans l'optique du droit français, la question de la capacité juridique de la personne vulnérable pour qu'elle puisse suivre le cheminement d'une volonté à un consentement exprimé ne peut pas se cantonner à une réflexion sur les conditions d'expression et de recueil de ce consentement. Cela suppose la prise en compte de la personnalité humaine du majeur, ce qui fait son essence et l'intention de l'exprimer. Ceci va au-delà d'une analyse de la capacité du majeur vulnérable de discerner les conséquences de l'acte. Sans doute, la formulation même d'une capacité de « jouissance » en droit français révèle davantage « sa dimension bénéfique » pour la personne. C'est la raison pour laquelle les incapacités de jouissance sont, par principe, spéciales¹¹⁹ comme « amputations partielles de la personnalité juridique »¹²⁰). En outre, en droit des contrats, la capacité d'exercice, si elle est considérée isolément, ne doit pas nier le rapport à l'autre dans sa capacité de jouir des relations qui se nouent dans une vie sociale¹²¹). La capacité d'exercice liée à la conclusion d'un contrat, même de moindre d'importance (acte d'administration), participe souvent à l'affirmation de la personnalité de l'individu dans ses rapports aux autres. Selon X. Lagarde, « on comprend en effet que, sous l'angle du droit, la personne vulnérable est celle qui n'est pas en mesure d'exercer les attributs de la personnalité juridique »¹²²).

La réflexion européenne des droits de l'homme semble faire écho au débat américain¹²³ : la capacité légale est une construction qui autorise de reconnaître et de valider les actes et décisions d'une personne. Le retrait de la capacité d'exercice entraînerait, en pratique, une aliénation supplémentaire, une atteinte aux droits humains fondamentaux. Dénier la capacité légale peut vouloir dire que la

personne se voit retirer par une autorité légale ses droits de prendre des décisions sur son lieu de vie, ses relations, la manière dont elle gère ses finances, ses transactions du quotidien, ses choix de vie, de mariage, de parentalité mais aussi parfois sa citoyenneté (vote, syndicalisme). Ce déni l'enferme et l'exclut d'un accès à la justice sur des bases égales à celles des autres. Une fois privée de sa capacité, la personne est, d'une part, vue par les tribunaux comme n'ayant plus le même statut légal et d'autre part, elle n'est plus crédible dans ses déclarations et sa signature. Il faudrait sortir du « raisonnement juridique qui part du statut du majeur protégé ou d'une évaluation du résultat des décisions prises pour lui » (124) : favoriser une approche fonctionnelle de l'accompagnement selon la nature de la décision en envisageant « la personne avant la loi » (125). Cette réflexion est proche de l'état d'esprit de la loi de 2007 et les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité des mesures, délicats, pour le juge, à appliquer.

Cette perception positive de la capacité de la personne vulnérable comme le fil permettant de maintenir une vie sociale sur le plan individuel ne peut se priver d'une réflexion plus collective, notamment dans un contexte mondial où la capacité de la personne morale, en tant que groupe, est mise en exergue. Les risques collectifs de vulnérabilité des personnes physiques incitent à l'intégration transversale des questions de capacité (autrement dit le *mainstreaming* (126)) dans la mise en oeuvre de l'ensemble des politiques publiques.

B. - Les mesures d'accompagnement et la prise en compte des risques collectifs de vulnérabilité dans les politiques publiques : pour une approche intégrée de la capacité (*mainstreaming*) au croisement du droit civil et du droit social ?

L'évolution du droit constitutionnel aux États-Unis et celle du droit administratif (127) et du droit de la protection sociale en France (128) montrent qu'il est difficile d'ignorer, au titre de la hiérarchie des normes, une réflexion plus globale sur la personne. Celle-ci devrait s'insérer dans une discussion plus large sur les valeurs fondamentales de la société et la manière dont la vulnérabilité des personnes majeures est appréhendée au croisement du droit civil et du droit social (129). En France, « ce sont les rapports entre la sécurité sociale et les différentes formes de solidarité civile qui doivent être pensés » (130).

Pour le constitutionnaliste Robert Post, « la vie privée est une notion contingente qui dépend davantage de la façon dont on appréhende les valeurs collectives des citoyens à un moment donné et la façon dont on se rassemble en tant que société civile. Il s'agit moins d'une question sur les limites de l'intrusion de l'État dans les rapports privés » (131). Dans une certaine mesure, la construction de la personne, et *a fortiori* celle de la personne vulnérable, dépend également de la place des valeurs de la société à un moment donné. Le renvoi à la dignité de la personne humaine sert cette logique. Selon l'article 8 de la Conv. EDH, l'appréciation judiciaire de l'autodétermination de la personne dépend parfois moins d'une question d'autonomie de la personne et le reflet de ses valeurs et préférences, perçues parfois arbitrairement comme faisant partie d'un groupe (132), que de celles de la société à un moment donné (133). Dans un tout autre domaine, les espaces de liberté des sociétés privées peuvent expliquer l'absence de rationalité de leurs décisions à un moment donné, sans que leur capacité soit mise en doute (la banque Lehman Brothers aux États-Unis).

Ainsi la réflexion sur la capacité des majeurs, dans une perspective comparée, ne peut pas faire l'économie d'une analyse des rapports entre les mesures de protection et l'évolution du système juridique et social dans son ensemble. En clair, repenser la capacité des majeurs dans une perspective internationale, voire universelle, incite à donner du sens à une approche institutionnelle des facteurs collectifs qui aggravent les risques de vulnérabilité des majeurs. En outre, « dans nos pays [en Europe], la solidarité nationale instituée par la sécurité sociale demeure adossée à la solidarité civile, et au premier chef à la solidarité familiale qui, bien que restreinte à un cercle plus étroit de personnes, n'en demeure pas moins bien vivante » (134).

Dans cette perspective européenne en quête de sens (135), il est possible d'envisager une analyse plus large sur le « capacité-mainstreaming » comme le « gender-mainstreaming ». Il s'agit d'une approche intégrée des questions de capacité, comme l'approche intégrée de l'égalité des sexes, à chaque étape de

la mise en oeuvre d'une politique publique (préparation, décision, mise en oeuvre, évaluation) et qui concerne tous les acteurs impliqués dans la définition, la mise en oeuvre et l'évaluation des politiques (136). La loi d'adaptation de la société au vieillissement reflète une logique similaire lorsqu'elle inscrit le vieillissement comme phénomène qui doit être anticipé. Il devient un enjeu de l'évolution des politiques de la ville, des politiques sociales, des politiques de logement, de l'accès aux droits civiques des personnes en établissement (137).

L'intérêt de cette démarche en droit réside dans le fait qu'elle s'inscrit parfaitement dans les débats en droit des contrats sur l'inclusion sociale et la protection de la partie la plus faible dans les rapports contractuels soit au nom de la dignité humaine (138), soit au nom de la préservation du droit des contrats fondé, pour certains, sur l'idée du social (139). D'ailleurs, même dans la perspective de lutte contre les discriminations fondées sur le handicap, la Convention internationale exhorte aussi les États à penser aux changements structurels pour faire face à l'obligation d'aménagement raisonnable des personnes dans les politiques de logement, d'accès aux biens et services, politiques de l'emploi et politiques de la santé, renforcée récemment par la loi Égalité et citoyenneté (140).

Cette analyse collective de la capacité du majeur par le truchement de l'approche intégrée de la capacité (*mainstreaming*) se justifie sur plusieurs plans au croisement du droit civil et du droit social. Elle touche le fondement des règles civiles pour la protection des majeurs. Elle renvoie à une problématique plus large d'accès au droit des personnes vulnérables. Enfin elle exige une vision de la capacité qui envisage la vulnérabilité en fonction du parcours de vie antérieur de chacun ou des ressorts de chaque génération, au-delà de la prise en charge individuelle par le droit de la sécurité sociale.

Approche intégrée de la capacité (mainstreaming) et fondement du droit des majeurs protégés

La primauté de la personne comme sujet présumé autonome conditionne l'ensemble des normes de référence du droit civil et du droit social à partir desquels est évaluée la personne. Les travaux du Professeur Fineman sont éclairants à cet égard (141). En effet, l'incapacité, l'inaptitude, l'invalidité pour ne citer que celles-ci partent d'un modèle du travailleur, du retraité, de l'étudiant, de l'enfant qui nie le fait que toute personne est potentiellement fragile, vulnérable à un moment donné car c'est là le propre de la condition humaine (142). Si les valeurs communes qui fondent la façon de penser la personne et la société résident dans la façon de concevoir la vulnérabilité, cela oblige à réorienter les politiques de façon transversale sur les institutions en charge de la gestion des risques de vulnérabilité. Selon Fineman, il existe une série d'institutions qui permettent aux personnes de faire face aux épreuves qui les vulnérabilisent et qui valorisent trois types d'atouts nécessaires aux personnes humaines : les *atouts matériels* (influence structurelle des institutions qui gèrent le droit patrimonial, le droit des biens, le droit fiscal comme les notaires, l'État, le barreau en France), les *atouts humains* (les institutions chargées de l'éducation et de la santé renforçant le potentiel de chacun de rebondir après une épreuve et la mise à distance possible) et les *atouts sociaux* (les réseaux familiaux, amicaux et les associations qui contribuent) (143).

Il s'agit de penser le fondement et l'évolution du droit relatif aux capacités des personnes à travers un discours de valorisation de la résilience des majeurs par les autorités en charge des structures et les réseaux familiaux, sanitaires et sociaux qui constituent les atouts indispensables au système global de protection. Trop souvent, le fondement du droit des incapacités est cantonné à une vision négative et passive de la vulnérabilité individuelle des personnes.

En France, certains civilistes proposent une évolution du cadre d'analyse des sources de la vulnérabilité : « elle se détache ainsi progressivement de l'incapacité. À cet égard, l'évolution la plus significative est dans la diversification des causes. Parce que le droit civil a peu à peu admis le principe de sa coexistence avec un droit social, l'appréciation d'une situation de faiblesse a porté, non plus seulement sur les caractéristiques personnelles de l'individu, mais également sur les conditions économiques de son existence. On protégeait l'incapable, on a aussi protégé le surendetté » (144).

Approche intégrée de la capacité (mainstreaming) et accès au droit

Il n'est plus possible de réfléchir à la capacité des majeurs sans envisager le difficile accès au droit des personnes vulnérables dans leur ensemble. La Convention internationale des droits des personnes handicapées nous y invite¹⁴⁵. Dans chaque pays, le respect individuel de la capacité relative des majeurs vulnérables n'a de sens que si sont pris en compte le cadre collectif du non-recours au droit¹⁴⁶, l'accès non effectif à la justice et au droit¹⁴⁷ et les solutions envisagées au niveau international sur l'autonomisation par le droit des populations précaires¹⁴⁸. Il n'est pas suffisant d'instaurer des modes de protection qui entraînent un contournement des juges. Il existe une urgence à inscrire les recherches sur la vulnérabilité des majeurs dans une quête sur l'accès plus souple aux tribunaux, dans un suivi des personnes vulnérables par les conseils généraux en amont des interventions judiciaires¹⁴⁹. En outre, l'action de groupe permet désormais aux associations d'agir en tant que collectif lorsque la vulnérabilité suscite une discrimination, un déni de santé ou une atteinte à l'environnement¹⁵⁰. Une lecture systémique¹⁵¹ détecterait peut-être des entraves à l'accès au droit des personnes vulnérables, produites par la conjugaison des discriminations directes et indirectes fondées sur l'âge, l'état de santé, le lieu de résidence ou le handicap.

Approche intégrée de la capacité (mainstreaming) et parcours de vie

Enfin, le cadre d'analyse de l'approche intégrée de la capacité (*mainstreaming*) ne peut négliger une réflexion sur la capacité des personnes et l'émergence de la vulnérabilité dans le temps comme concept inhérent à un parcours, notion phare en droit social aujourd'hui¹⁵². Selon le Professeur suisse M. Oris¹⁵³, la construction de l'État social s'est d'abord fondée sur une vision objective des risques sociaux de vulnérabilité au fondement du droit de la sécurité sociale sous l'influence de Bismark et de Beveridge¹⁵⁴. Puis s'est développée une vision plus subjective du parcours de vie des personnes avec une individualisation des droits sociaux¹⁵⁵. L'articulation des deux dimensions nous amène à faire apparaître, certes, la dynamique de vulnérabilisation selon les cohortes d'âges à travers des désavantages cumulatifs qui peuvent apparaître dans une vie (guerre, précarité, deuil, accident, etc.). Mais s'il faut tenir compte de la précarisation des statuts¹⁵⁶, il faut aussi considérer ces désavantages cumulatifs individuels non seulement comme des sources de vulnérabilité plus fortes dans les trajectoires de vie mais aussi comme des moteurs de résilience des individus selon leur cohorte d'âges et les événements historiques collectivement traversés. Les études démographiques montrent effectivement que les risques d'aggravation de l'état de vulnérabilité des personnes dépendent du contexte vécu. Les personnes moins éduquées ou les femmes migrantes vieillissantes, par exemple, n'auront pas forcément le même ressenti, la même résistance pour affronter les autres épreuves de la vie (maladie, précarité).

Ainsi les normes juridiques collectives qui cherchent à anticiper les états de vulnérabilité qui peuvent mettre en jeu le droit des incapacités doivent tenir compte aussi de la construction des vulnérabilités non pas seulement à « l'instant T » de la détermination judiciaire de l'incapacité mais aussi en fonction des parcours de vie comme « une construction des inégalités, entre et à l'intérieur des cohortes de naissances »¹⁵⁷. Il serait alors possible en matière de prévention des risques sociaux, démarche familière en santé publique et en droit de la sécurité sociale, de suivre les cohortes. Il faudrait tenter d'anticiper comment, chaque génération exposée antérieurement à d'autres situations de vulnérabilités (crise économique régionale, période de guerre, actes de terrorisme), peut faire l'objet d'une information sur mesure relative à la question de directives anticipées, de mesures de protection futures, d'habilitation ou de mandat de protection future. Le non-recours au droit des majeurs protégés, en dehors de l'urgence, reflète souvent une résistance ou une méfiance dans les comportements générationnels vis-à-vis du droit vu comme inefficace ou répressif, installés dès l'école, au travail et dans les services de soins. L'accès aux prestations sociales en France dès l'enfance et pendant toute la vie permettrait de diffuser très tôt, par génération, des guides d'appropriation du droit comme l'illustrent certaines expériences étrangères¹⁵⁸.

* * *

Notre propos a voulu mettre en valeur des dynamiques similaires aux États-Unis et en France qui font évoluer les mesures de protection en cherchant à préserver, en principe, la capacité sans forcément réfléchir à cette notion sous tensions. En outre, saisir les entraves, provisoires ou permanentes, à la

pleine participation à la société des personnes majeures vulnérables est cardinal pour comprendre les frontières de la justice¹⁵⁹. Dans cette perspective, si la priorité est donnée à l'anticipation des risques de vulnérabilité des majeurs, la configuration du système social et juridique dans son entier mérite également d'être examinée. Les réformes récentes du droit des personnes vulnérables en France et aux États-Unis se limitent trop souvent à l'assouplissement des mécanismes de gestion de l'incapacité et l'énonciation des droits fondamentaux de la personne, sans mécanisme de contrôle ou de suivi adéquat, en dehors de la présence toute symbolique et sans cesse repoussée du juge judiciaire.

Mots clés :
CONTRAT DE TRAVAIL * Consentement * Capacité * Personne majeure vulnérable

(1) A. Sen, *L'idée de justice*, Flammarion, 2010 p. 490.

(2) En France, v. T. Fossier, « La réforme des tutelles : vingt ans d'histoire », in M. Bauer, T. Fossier et L. Pecaut-Rivolier, *La réforme des tutelles : ombres et lumières*, Dalloz, 2006, p. 195 ; G. Raoul-Cormeil, « Propos introductifs », in *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Dalloz, 2012, p. 1 s. ; T. Verheyde, « Dossier "Majeurs protégés : les nouveautés" : capacité ou non du majeur à protéger à exprimer sa volonté : des incohérences », *AJ fam.* 2016. 236¹⁶⁰; aux États-Unis, v. M. Kapp, « Reforming guardianship reform : reflections on disagreements, deficits and responsibilities », *Stetson L. Rev.* n° 31 2002, p. 1047.

(3) O. Lewis, « Advancing legal capacity jurisprudence », *European Human Rights Law Review*, n° 6, 2011, p. 700.

(4) En cela la personnalité juridique permettrait aux majeurs protégés de toujours « être aptes à être titulaires passifs de droits subjectifs », v. F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes*, Dalloz, 2012, p. 47.

(5) C. civ., art. 1145, al. 2 ; ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, loi de ratification en cours d'adoption ; elle va de pair avec une responsabilité sociale des entreprises, v. F. G. Trébulle, « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur "l'entreprise citoyenne" », *Rev. soc.* 2006. 41.



(6) J. Powell et S. Menendian, « Beyond public/ private : understanding excessive corporate prerogative », *Kentucky L. Journal* n° 100 2011-2012, p. 42 ; R. Post, *Citizens divided : Campaign finance reform*, Harvard University Press 2014.

(7) P. Spinosi, *L'entreprise et les droits fondamentaux*, Conférence au tribunal de commerce de Paris, 6 mars 2017.

(8) *V. Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014) : arrêt dans lequel la Cour suprême a reconnu la liberté religieuse d'une société familiale à capital fermé qui a primé sur le droit à une prise en charge de prestations de santé de ses salariés par l'Obama Care.

(9) V. C. civ., art. 41, al. 2.

(10) Même si certains considèrent que l'interprétation de la protection juridique des majeurs en France à la lumière de l'article 12 de cette convention par le comité onusien des droits des personnes handicapées doit être nuancée, v. D. Noguéro, « Pour la protection à la française des majeurs protégés

malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes âgées », RDSS 2016. 964  ; E. Pecqueur, A. Caron Deglise et T. Verheyde, « La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette convention ? », D. 2016. 958 .

(11) Sur les contours possibles de la notion d'accompagnement en France, v. not. H. Fulchiron, « L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection », Dr. fam. 2017, dossier n° 19, p. 15 ; G. Raoul-Cormeil, « Accompagnement et protection des intérêts patrimoniaux », Dr. fam. 2017, dossier n° 23, p. 15.

(12) C. civ., art. 477 s.

(13) Depuis notamment la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs avec la reconnaissance légale de la protection de la personne du majeur.

(14) Par exemple avec les directives anticipées de l'art. L. 1111-11, CSP, ou la nomination de la personne de confiance (CSP, art. L. 1111-6).


(15) V. C. civ., art. 494-1 s.

(16) La *prise de décision accompagnée* (SDM) sans incapacité, reconnue formellement soit dans les politiques des autorités publiques des États fédérés, soit dans les décisions de justice des États fédérés, v. *infra* I-A.

(17) V. Larribeau-Terneyre, « La réforme de la protection des majeurs : protéger mieux, davantage de personnes et à moindre coût », Dr. fam. 2007. Repère 3.

(18) M. Fineman, « The Vulnerable Subject : Anchoring Equality in the Human Condition Yale Journal of Law and Feminism », 2008 n° 2, p. 2, V. *infra* II-B.

(19) V. X. Lagarde, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel 2009.

(20) V. les travaux et l'action de la Commission ontarienne des droits de la personne sur les discriminations systémiques, autrement dit les obstacles récurrents à l'accès aux biens et service, à l'hôpital, au service de santé ou à l'éducation des personnes présentant des troubles de santé mentale, v. aussi dans l'emploi M. Mercat-Bruns, « L'identification de la discrimination systémique », RDT 2015. 672 .

(21) V. A. Caron Deglise et M. Mercat-Bruns, *La personne en questions*, ouvrage en cours de rédaction.

(22) H. Fulchiron, préc.

(23) On n'évoquera pas les mesures d'accompagnement sans altération des facultés : la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) ou judiciaire (MAJ) : CASF, art. L. 271-1 et L. 271-8 ; C. civ., art. 495 à 495-9 ; C. pr. civ., art. 1262 à 1263.

(24) C. civ., art. 415.


(25) C. civ., art. 433.

(26) L. n° 2015-1776, 28 déc. 2015, relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

(27) L. n° 2016-41, 26 janv. 2016, de modernisation de notre système de santé, Chap. III évoque même mieux accompagner l'utilisateur dans son parcours de santé, v. not. art. 92.

(28) CSP, art. L. 1111-11 et L. 1111-6.

(29) L'habilitation familiale est une nouvelle institution du droit de la famille, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2016. Elle résulte des dispositions de l'ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015. Elle est ordonnée par le juge des tutelles en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts d'une personne qui se trouve hors d'état de manifester sa volonté par l'application des règles du droit commun de la représentation ou par les stipulations du mandat de protection future conclu par l'intéressé. La demande peut être présentée au juge par l'une des personnes mentionnées à l'art. 494-1, C. civ., ou par le procureur de la République à la demande de l'une d'elles.

(30) C. civ., art. 494-8 : l'habilitation familiale prive la personne protégée de la capacité d'effectuer les actes confiés à son protecteur, v. N. Peterka, A. Caron-Deglise et F. Abellot, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 2017-2018, p. 79 ; V. Montourcy, « Les majeurs protégés : les nouveautés : habilitation familiale », AJ fam. 2016. 192  ; même si elle ne concerne que les personnes « hors d'état de manifester leur volonté, v. T. Verheyde, préc., spéc. p. 236.

(31) Seuls les ascendants et les descendants pouvaient se voir confier de larges pouvoirs de représentation et non le conjoint - sauf dans l'habilitation entre époux - le partenaire de Pacs, le concubin, les frères et soeurs, Avant-projet, v. G. Raoul-Cormeil, « L'habilitation familiale ou la tutelle simplifiée (à propos de l'avant-projet d'ordonnance prise en application de la loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015) », Gaz. Pal. 4-6 oct. 2015, p. 5.

(32) L'habilitation familiale générale doit faire l'objet d'une publicité dans un souci de protection des tiers en marge de l'acte de naissance de la personne protégée (C. civ., art. 494-6, al. 8 et C. pr. civ., art. 1260-12, al. 1. Ce n'est pas le cas de l'habilitation familiale spéciale).

(33) Le régime de l'action en nullité des actes faits par la personne protégée sous habilitation familiale déroge à celui des actes faits par la personne en curatelle ou en tutelle puisque, dans ces deux régimes, la confirmation de l'acte nul est réservée aux seuls actes dont l'annulation procéderait d'un abus des pouvoirs du protecteur. V. C. civ., art. 465 *in fine* et décr. n° 2008-1484, 22 déc. 2008. En revanche, la généralité des termes de l'art. 494-9, C. civ., paraît ouvrir la possibilité de confirmer les actes entachés de nullité en raison du défaut de capacité de la personne protégée ; cette confirmation ne sera possible que sur autorisation préalable du juge des tutelles, pendant que la mesure d'habilitation familiale est en cours et dans le délai de prescription de 5 ans prévu à l'art. 2224, C. civ.

(34) Les art. 416 et 417, C. civ., sont applicables à l'habilitation familiale puisque les art. 494-1 à 494-12 se situent dans le chapitre du Code civil relatif aux « mesures de protection juridique des majeurs ».

En l'absence de tout texte contraire, les art. 416 et 417 sont donc applicables, de sorte que le juge comme le procureur de la République ont un pouvoir de surveillance générale sur ces mesures. Le juge pourrait dessaisir le protecteur de sa mission en cas de manquement caractérisé (C. civ., art. 417, al. 2), au besoin d'office ou sur demande de la personne protégée si celle-ci est avisée de ces droits.

(35) Il existe une loi modèle, Adult Guardianship and Protective Proceedings Jurisdiction Act (2007) : <https://lc.cx/gmWq>.

(36) V. M. Mercat-Bruns, *Vieillesse et droit à la lumière du droit américain et du droit français*, LGDJ, 2001, p. 391.

(37) S. Blumenthal, *Law and the Modern Mind : Consciousness and Responsibility in American Legal Culture*, Harvard Univ. Press 2016 p. 2.

(38) O. W. Holmes, « Privilege, Malice, Intent », Harv. L. Rev. 1894, p. 8 ; O. W. Holmes, *The Common law*, Little Brown 1881, p. 5, 51, 108.

(39) Par exemple, à partir des années 1970 dans l'État de New York, v. N. Posner, « The End of Parens Patriae in New York : Guardianship Under the New Mental Hygiene Law Article 81 », Marquette Law Rev. n° 7, 1996, p. 603.

(40) C. civ., art. 415, 425 et 428.

(41) V. J. Redding, « Constitutional deficiencies in Oklahoma Guardianship law », Tulsa L. Rev. 1979 n° 13, p. 579.

(42) V. C. Martin-Calero, « La Cour de cassation espagnole et la Convention de New York relative aux droits des personnes handicapées : un nouveau paradigme », Dr. fam. 2017, n° 3, dossier 25, n° 25 ; N. Gallus, « L'accompagnement des vulnérabilités en droit belge », Dr. fam. 2017, n° 3, dossier 25, n° 24.

(43) M. Levin, « Striking for the Guardians and Protectors of the Mind : The Convention on the Rights of Persons with mental disabilities and the future of guardianship law », Penn State L. Rev. 2013 n° 117, p. 1159.

(44) L. Salzman, « Guardianship for Persons with Mental Illness- A legal & vappropriate alternative ? », Saint Louis Univ. Journal of Health Law and Policy 2011 n° 4, p. 279, 306-311.

(45) A. Johns, « Person-Centered Planning *in* Guardianship : A Little Hope for the Future », Utah L. Rev. 2012, n° 3 p. 1541.

(46) K. Glen, « Changing Paradigms : mental capacity, legal capacity, guardianship », Columbia Human Rights Law Rev. 2012, n° 44, p. 93.

(47) V. H. Fulchiron, préc.

(48) C. Pepper, *Abuses in Guardianship of the Elderly and Infirm : a National Disgrace*, H. R. Rep. n° 100-641, at 1 (1987).

(49) R. Dinerstein, « Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities : the Difficult Road from Guardianship to Supported Decision-Making », Hum. Rts. Brief, 2012, vol. 19, p. 8.

(50) L. Salzman, préc., p. 279, spéc. p. 289-293 ; J.-L. Wright, *Guardianship for Your Own Good : Improving the Well-Being of Respondents and Wards in the USA*, 33 Int'l J. Law & Psychiatry 2010, p. 350.

(51) Sur l'ancienne mort civile et la perte de la personnalité, V. B. Teyssié, *Les personnes*, Lexis Nexis, 2016 p. 172.

(52) V. E. Pecqueur, T. Verheyde et A. Caron Deglise, préc. : « À ces difficultés s'ajoute une résistance de la société civile. Il est encore délicat aujourd'hui pour les personnes sous mesure de protection de faire valoir leurs droits : impossibilité de retirer leur argent au guichet lorsque leur carte a été perdue, refus de se voir remettre un dossier de demande de logement (« C'est votre curateur qui doit le demander »), voire une simple attestation de droits de la caisse primaire d'assurance maladie... ».

(53) Juge D. Hardy, « Who Is Guarding the Guardians ? A Localized Call for Improved Guardianship Systems and Monitoring », 4 Nat. Academy of Elder Law Attorneys Journal, 2008 p. 1, 7.

(54) *Guardianships : Little Progress in Ensuring Protection for Incapacitated Elderly People : Audition devant le Sénat*, S. Spec. Comm. on Aging, 109th Cong., p. 3-4 (2006).

(55) V. la loi en Floride : Fla. Stat. Ann. § 744.3215 (2006).

(56) *Cruzan v. Dir., Mo. Dep't of Health*, 497 U.S. 261, 278 (1990) : la liberté fondamentale dans le consentement à l'acte médical ; *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 95 (1987) : le droit fondamental dans l'acte de se marier ; *Moore v. City of East Cleveland, Ohio*, 431 U.S. 494, 503-06 (1977) : le droit fondamental à une vie familiale justifiant le droit de vivre ensemble ; *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551, 570 (1972) : le droit de propriété comme droit de contrôler les décisions liées à cette propriété.

(57) *Sullivan v. Ganim*, N°. CV094030012, 2009 Conn. Super. Lexis 3516, p. 22 (Conn. Super. Ct. 10 déc. 2009).

(58) *Olmstead v. L.C. ex rel. Zimring*, 527 U.S. 581 (1999).

(59) *Olmstead*, préc., p. 600.

(60) *Olmstead*, préc., p. 600.

(61) Americans with Disabilities Act de 2008 (Public Law 110-325).

(62) L. Salzman, préc., p. 306.

(63) C. civ., art. 1112-1 ; ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, sous réserve de ratification en cours par la loi.

(64) Jenny Hatch Justice Project, Quality Trust for Individuals with Disabilities, Supported Decision-Making : An Agenda for Action (Rapport de 2014), v. <https://lc.cx/gmWq>.

(65) R. Dinerstein, préc., p. 10.

(66) N. Kohn, J. Blumenthal et A. Campbell, « Supported Decision-Making : a viable alternative to guardianship ? » Penn State Law Rev. 2013, p. 1113, spéc. p. 1123.

(67) R. Dinerstein, préc., p. 10.

(68) Si nécessaire, cet accompagnement vise aussi la communication du contenu des décisions à des tiers, L. Salzman, préc., p. 306.

(69) Le programme forme les volontaires comme soutien aux personnes dans leurs décisions relatives au lieu de vie, au choix des personnes avec lesquelles elles souhaiteraient vivre, Volunteer-Supported Decision-Making Advocate Pilot Program, Tex. Gov't Code Ann.§ 531.02446 (2009).

(70) V. Session en législature : H.J.Res. 190, Reg. Sess. (Virginie 2014).

(71) Administration for Community Living. U.S. Dep't of Health & Human Servs., Supported Decision Making Funding Opportunity HHS-2014-ACL-AIDD-DM-0084, 2014 : « la technique de la prise de décision accompagnée (SDM) comme "une alternative à la tutelle et une évolution des mesures de protection" ; les personnes "préservent le pouvoir de prendre des décisions avec l'aide de services et de soutiens appropriés" ».

(72) Au Texas, Tex. Estates Code Ann. § 1001.001(b) (2011).

(73) C. civ., art. 428

(74) V. H. Fulchiron, préc. ; G. Raoul-Cormeil, préc.

(75) La Constitution fédérale des États-Unis, 14^e amendement : « aucun État ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ».

(76) Rapport Jenny Hatch Justice Project, préc., p. 6

(77) Pour une réflexion juridique sur l'application aux personnes plus âgées, atteintes de démence, v. J. Wright, « Protecting Who from What, and Why, and How ? : a Proposal for an Integrative Approach to Adult Protective Proceedings », *Elder L. J.* 2004, n° 12, p. 53.

(78) *In re Peery*, 727 A. 2d 539, 540 (Pa. 1999).

(79) *In re Dameris L.*, 956 N.Y.S.2d 848, 856 (N.Y. Sur. Ct. 2012).

(80) *In re Dameris*, préc., p. 854.

(81) *Ross v. Hatch*, n° CWF120000426P-03, slip op. at 7 (Va. Cir. Ct. 2 août, 2013).

(82) *Conclusions : Quality Trust for individuals with disabilities, AARP, National Resource center on supported decisionmaking and The Autistic Self Advocacy Network*, Amici curiae, Court of Appeals, Texas Seventh District N°. 07-13-00308-CV.

(83) Developmental Disabilities Assistance and Bill of Rights Act, 42 U.S.C. § 15001(b) (2012).

(84) E. Deci, *Intrinsic Motivation*, Plenum Publishing, 1975, p. 208.

(85) Sur le concept « d'agent » et la capacité de se mobiliser grâce au droit, v. K. Abrams, « From autonomy to agency : feminist perspectives on self-direction », *William and Mary Law Rev.* 1999, n° 40, p. 805.

(86) Des études ont été faites dans ce sens sur les enfants, v. M. Wehmeyer et *al.*, « Promoting Causal Agency : The Self-Determined Learning Model of Instruction », *Rev. Exceptional Child.* 2000, n° 66, p. 439.

(87) V. généralement G. Decoq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960.

(88) M. Kapp, *Geriatrics and the Law : Understanding Patient Rights and Professional Responsibilities*, Springer 1999, p. 109.

(89) B. Winick, « The Side Effects of Incompetency Labeling and the Implications for Mental Health Law », 1 *Psychol., Pub. Pol'y & L.* 1995, n° 1, p. 6, 27.

(90) L. Salzman, préc., p. 291 : l'acte qui consiste à offrir des cadeaux à d'autres n'a plus d'intérêt si la capacité de gérer son argent est retirée.

(91) B. Winick, préc.

(92) I. Khemka et *al.*, « Evaluation of a Decision-Making Curriculum Designed to Empower Women with Mental Retardation to Resist Abuse », *Am. J. Mental Retardation* 2005, n° 110, p. 193.

(93) A.-J. Gérardin, « La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain », *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1889, n° 13, p. 1.

(94) L. Frolik, « Guardianship Reform : When the Best Is the Enemy of the Good », *9 Stan. L.& Pol'y Rev.* 1998, n° 9, p. 347, 350.



(95) C. civ., art. 1143 : personne physique ou morale ; v. débat sur la loi de ratification de l'Ord. 2016 ; pour la garde des Sceaux, acception large de l'état de dépendance entendue comme fragilité, *Dalloz actualité*, 7 déc. 2017, obs. G. Chantepie et M. Latina.

(96) V., en matière contractuelle, N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil », *in* M.-L. Pavia et T. Revet, *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 116.

(97) L. Salzman, « Rethinking Guardianship (Again) : Substituted Decision Making as a Violation of the Integration Mandate of Title II of the Americans with Disabilities Act », *U. Colo. L. Rev.*, 2010, n° 81, p. 157, 163.

(98) Sera évoquée la personnalité juridique et la personnalité « non juridique » (tempérament, valeurs et préférence du majeur), à rapprocher de l'autodétermination de la personne de l'art. 8 sur le droit à la vie privée de la Conv. EDH.

(99) D. Noguéro, préc.

(100) V. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy, « Panorama Majeurs protégés », *D.* 2016. 1523  ; D. Noguéro, « Les conditions de mise en oeuvre de l'habilitation familiale », *D.* 2016. 1510 .

(101) N. Kohn et *al.*, préc., p. 1113.

(102) N. Kohn et *al.*, préc., p. 1112.

(103) Il n'existerait pas la possibilité d'une « mauvaise » décision du majeur, v. N. Banner, « Can procedural and substantive elements of decision-making be reconciled in assessments of mental capacity ? », *Int. Journal of Law in Context*, 20136, n° 9, p. 71.

(104) Les Américains évoquent la notion d'*accountability* (au-delà de la responsabilité, une transparence dans les justifications de l'action) des personnes en soutien par le SDM.

(105) Elle permet simplement d'améliorer la qualité du consentement.

(106) On peut réfléchir à la fois à la personnalité juridique (qui permet d'être titulaire de droits et

obligations comme sujet et qui donne lieu aux droits de la personnalité (droit à la vie privée notamment) et à la personnalité dans son sens courant : « ensemble des comportements et attitudes qui caractérisent un individu ». Sous couvert de ce terme, on parle avant tout des sentiments, des comportements ou attitudes des individus.

(107) V. P. Malaurie et L. Aynès, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ/Lextenso, 2017, p. 21 ; M. Mercat-Bruns, « Introduction », in M. Mercat-Bruns (dir.) *Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006, p. 1.

(108) G. Quinn, « Personhood and Legal Capacity : Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD », Concept Paper, Harvard Law School, 20 févr. 2010.

(109) V. Noguero, préc. : « Une incapacité civile, au XXI^e siècle, n'a jamais pour effet de remettre en cause la personnalité juridique de tout majeur, à distinguer de la capacité ».

(110) G. Quinn, préc., p. 4.

(111) J.-M. Bruguière et B. Gleize, *Droits de la personnalité*, Ellipses, 2015, p. 41.

(112) G. Quinn, préc.

(113) V. A Pecqueur, T. Verheyde et A. Caron Deglise, préc.

(114) V. A Pecqueur et *al.*, préc.

(115) Pour une notion plus large de la vulnérabilité « réelle » des personnes selon les situations, v. X. Lagarde, « Avant-propos », in « Troisième partie : Étude : Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Rapport de la Cour de cassation 2009*, p. 63.

(116) G. Quinn, préc., p. 14.

(117) J. Craigie, « Against a Singular Understanding of Legal Capacity », *Int J Law Psychiatry* 2015, n° 40, p. 6.

(118) V. A. Caron Deglise, « Vieillesse et altération des facultés personnelles. Co-construire un accompagnement responsable et respectueux des droits des personnes », *Retraite et soc.* 2014, p. 23.

(119) CASF, art. L. 116-4 et CSP, art. L. 3211-5-1.

(120) G. Cornu, *Les personnes*, Montchrestien, 2007, p. 28.

(121) Sur le droit à une vie sociale par le contrat, v. J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible". Les interférences du droit des contrats, du droit du marché, et des droits

de l'homme », in *Melanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 852.







(122) X. Lagarde, préc., p. 62.

(123) O. Lewis, préc.

(124) *Outcome based*.

(125) O. Lewis, préc.

(126) Sur cette même démarche d'intégration de questions juridiques dans des politiques publiques globales, soutenue par le Conseil de l'Europe, v. <https://lc.cx/gmWm>.










(127) Affaire du lancer de nain, v. CE 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Lebon avec les conclusions ; AJDA 1995. 942 ; *ibid.* 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *ibid.* 2014. 106, chron. M. Franc ; D. 1995. 257 ; RFDA 1995. 1204, concl. P. Frydman .

(128) V. J. Rochfeld, « La contractualisation des obligations légales : la figure du "contrat pédagogique" », in G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 269 ; L. Camaji, *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2008.

(129) Dans ce sens, v. X. Lagarde, préc., p. 61.

(130) V. A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 166.

(131) R. Post, « The social foundations of privacy : community and self », *Calif. Law Review* 1989, n° 77, p. 957.

(132) V. CEDH 22 janv. 2008, n° 43546/02, AJDA 2008. 117 ; *ibid.* 978, chron. J.-F. Flauss ; D. 2008. 2038, obs. E. Royer ; note P. Hennion-Jacquet ; *ibid.* 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2008. 118, obs. F. Chénéde ; RDSS 2008. 380, obs. C. Neirinck ; RTD civ. 2008. 249, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 287, obs. J. Hauser .

(133) C. Martin, D. Rodriguez-Pinzon et B. Brown, *Human Rights of Older People : Universal and Regional Legal Perspectives*, Springer 2015, p. 2.

(134) A. Supiot, préc., p. 167.

(135) En écho, v. A. Lyon-Caen et S. Simitis, « L'Europe sociale à la recherche de ses références », RMUE 1993, n° 4, p. 109.

(136) S. Dauphin et R. Sénac, « *Gender mainstreaming*. Analyse des enjeux d'un concept-méthode »,

Cahiers du genre, 2008, n° 44, p. 5 ; le concept de *mainstreaming*, approche intégrée des questions, se traduit après dans la loi, v. L. n° 2014-873, 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, une loi qui traite de l'égalité à la fois dans le travail salarié (égalité), le travail indépendant (des femmes), en droit pénal (violences) et en droit de la sécurité sociale (prestations pour l'éducation).

(137) L. n° 2015-1776, 28 déc. 2015, d'adaptation de la société au vieillissement, Titre I : Anticiper la perte d'autonomie.

(138) V. T. Revet, « Commentaire de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions », RTD civ. 1998. 990.

(139) C. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. Lewkowicz, M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 178.

(140) L. n° 2017-86 relative à l'égalité et à la citoyenneté, qui étend à l'âge et au handicap l'application de l'interdiction des discriminations directes et indirectes dans l'accès aux biens et services

(141) M. Fineman, « The Vulnerable Subject : Anchoring Equality in the Human Condition », Yale Journal of law and feminism, 2008, n° 20, p. 2 ; en Argentine, les travaux de cette juriste américaine inspirent l'accompagnement civil et social, v. U. Basset, « La vulnérabilité à deux visages : entre soigné et soignant, entre accompagné et accompagnant », Dr. fam. 2017, n° 3.

(142) M. Fineman, préc., p. 2

(143) M. Fineman, préc.

(144) X. Lagarde, préc., p. 60.

(145) P. Weller, « Legal Capacity and Access to Justice : The Right to Participation in the CRPD », Laws 2016, 5(1), p. 13.


(146) V. *Enquête sur l'accès aux droits. Relations des usagères et usagers avec les services publics : le risque du non-recours*, Défenseur des droits, 30 mars 2017, p. 27.

(147) V. L. Cadiet, « Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », D. 2017. 522.

(148) V. Traduction de « Legal empowerment », v. <https://lc.cx/gmW7>.

(149) « Faire assurer par les conseils généraux, en amont de toute intervention judiciaire, un accompagnement suffisant pour les personnes qui éprouvent des difficultés de gestion et qui souhaitent être aidées, en prévoyant un dispositif d'urgence », in P. Delmas-Goyon, *Le juge du 21^e siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Doc. fr. 2013, p. 45.

(150) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice au 21^e siècle, art. 60 s.

(151) M. Mercat-Bruns, « L'identification des discriminations systémiques », RDT 2015. 672 .

(152) V. la notion de *parcours* au croisement du droit du travail et du droit de la sécurité sociale dans la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

(153) M. Oris, « La vulnérabilité, une approche par le parcours de vie », Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Comptrasec Univ Bordeaux, 2017, n° 1, p. 36.

(154) V. J.-J. Dupeyroux, M. Borghetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2015, p. 120.

(155) J.-P. Chauchart et R. Marié, « La couverture maladie universelle : résurgence de l'aide sociale ou mutation de la sécurité sociale ? », RFAS 2001, n° 4, p. 210.

(156) V. R. Castel, *Métamorphoses de la question sociale. Chronique du salariat*, Fayard, 1995.

(157) M. Oris, préc., p. 44.

(158) M. Mercat-Bruns, « Vieillissement, capacité et politique d'anticipation aux États-Unis », in D. Viriot-Barrial, *Une nouvelle politique sociale du vieillissement*, PUAM, 2016, p. 261.

(159) V. M. Nussbaum, *Frontiers of justice : Disability, Nationality and Species Membership*, Harvard University Press 2007 ; C. Audard, « Les frontières de la justice. Citoyenneté, capacité d'anticipation et handicap », Revue française d'éthique appliquée 2016, n° 2, p. 48.



Contribution à la réforme de la protection juridique des majeurs vulnérables : Le regard d'un avocat praticien

Introduction. C'est bien souvent à l'aune du traitement que reçoit sa population la plus fragile – mineurs et majeurs vulnérables – que se détermine le degré de civilisation d'une société. Dans une époque marquée par l'érosion des liens familiaux, le déclin des solidarités, l'empire de l'avoir sur l'être, les majeurs vulnérables, fragilisés psychiquement et/ou physiquement – qu'il s'agisse de nos Aînés, des victimes de traumatismes crâniens ou des personnes présentant des troubles psychiatriques –, sont bien souvent relégués à l'oubli.

L'honneur de notre Droit. Le droit des majeurs protégés est l'honneur de notre Droit. Prolongement de la loi du 03 janvier 1968¹, la loi du 05 mars 2007², tout en rappelant que la protection des majeurs vulnérables « est un devoir de la collectivité » (art. 415 C. civ.), a mis fin à certains errements antérieurs (pratique dangereuse des « comptes pivots »), a professionnalisé et unifié la profession de M.J.P.M., et renforcé en théorie le contrôle des comptes de gestion. Surtout, cette réforme a placé le majeur vulnérable au cœur du dispositif judiciaire et légal : « l'incapable » devient « majeur protégé », et une nouvelle protection de sa personne³ se dessine.

La pratique a progressivement mis en lumière les limites de ce nouveau système :

- **Insuffisance de moyens humains** – juges des tutelles, greffiers, greffiers en chef – **et financiers** (combien de tribunaux en pénurie d'encre, de papier, de timbre) au regard du nombre de personnes concernées.
- **Absence d'avocat obligatoire** dans une matière qui touche pourtant aux libertés fondamentales.
- **Absence de formation des protecteurs familiaux.**
- **Absence de corporation des M.J.P.M.**, et donc absence d'élaboration d'une déontologie commune sur le territoire national.

Dans une société vieillissante et éclatée familialement, il devenait indispensable de réformer la loi du 05 mars 2007.

¹ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

² Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

³ La protection de la personne recouvre le champ de la santé, de la vie privée (fréquentations, testament), des conditions de vie (auxiliaires de vie, dames de compagnie, etc.), du choix de son avocat, etc. La protection de la personne se subdivise entre actes personnels et actes strictement personnels (ces derniers ayant trait à l'autorité parentale et aux actes liés à la filiation).

Avocat en droit des majeurs vulnérables. L'avocat exerçant spécifiquement en droit des majeurs vulnérables est le témoin privilégié des maux de l'esprit, des maltraitances et des abus de faiblesse, des stratégies de convoitises de certaines familles. Auxiliaire de justice au sens plein du terme, le majeur vulnérable trouve en lui une écoute et un soutien. À l'audience du juge des tutelles et de la cour d'appel, l'avocat du majeur vulnérable intervient autant comme conseil que comme procureur civil bis.

Plan. Des dix années de défense des majeurs vulnérables qui se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur (1^{er}/01/09) de la loi du 05 mars 2007, une réflexion, éthique et juridique, liée à la place de l'avocat en cette matière (Chapitre I) et aux évolutions normatives pouvant être mises en œuvre (Chapitre II), est née jour après jour. Je remercie Madame Anne Caron-Dégliose de me donner ici la possibilité de soumettre ces quelques réflexions.

CHAPITRE I – L'AVOCAT DU MAJEUR VULNÉRABLE : UNE MISSION ET UNE PRÉSENCE ESSENTIELLES

1. Propos liminaire. En droit des majeurs protégés, l'avocat de la personne altérée n'a qu'un but : veiller à ce que son Client, dès lors bien entendu que sa vulnérabilité est avérée, bénéficie d'une mesure de protection⁴ adaptée à son état de santé, ce qui implique également qu'il soit assisté ou représenté par un protecteur (familial ou professionnel) bienveillant et efficace. Le cœur de la mission de l'avocat est d'agir dans **l'intérêt supérieur** du majeur vulnérable, dont ce dernier n'a pas forcément conscience, du fait même de ses altérations psychiques.

2. Périmètre de la matière. Le droit des majeurs protégés (sauvegardes, curatelles, tutelles) constitue, avec le droit des hospitalisations sans consentement, le socle civil du droit des majeurs vulnérables. La défense des victimes de violences et d'abus de faiblesse, devant les juridictions correctionnelles, en constitue le versant pénal.

3. L'avocat du majeur vulnérable : un rôle spécifique. En cette matière gracieuse qui s'inscrit dans un ordre public de protection, la recherche de l'intérêt de la personne altérée devient l'horizon commun du juge, de l'avocat et du protecteur. L'avocat du majeur a un rôle essentiel : contribuer à cette recherche, par un dialogue fructueux avec le juge des tutelles (ou la chambre des tutelles de la Cour d'appel) et le Ministère Public⁵.

⁴ A défaut de mise en œuvre d'institutions prioritaires par rapport aux mesures de protection judiciaire, à savoir : les « règles du droit commun de la représentation, (...) celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux », ainsi que le « mandat de protection future » - dont l'avocat appréciera la pertinence.

⁵ Quand il est présent à l'audience, ce qui n'arrive que trop rarement, hélas.



Cela se traduit notamment par le fait que, ni aux auditions ni à l'audience, l'avocat ne plaide : il échange. De plus, l'avocat ne considère pas, *a priori*, les autres parties (membres de la famille du majeur, protecteurs⁶) comme des adversaires, mais comme des interlocuteurs, susceptibles de lui apporter un éclairage complémentaire sur la situation de son client, et à qui il pourra également apporter un point de vue distinct.

4. Une fonction sui generis. L'avocat du majeur confronté à une procédure de protection accomplit une mission particulière de conseil (A), de défense (B), de vigie (C).

A) Conseiller

4.1. Conseiller signifie œuvrer pour que la personne qui présente une altération de ses facultés intellectuelles reçoive une protection judiciaire (sauvegarde, curatelle simple, renforcée aménagée, renforcée, tutelle) adaptée, c'est-à-dire proportionnée à son degré d'altération, ou à son degré d'autonomie.

Le plus souvent, le majeur concerné par la procédure devant le juge des tutelles souffre d'une altération psychique entravant l'expression de sa volonté, de sorte que la première fonction de son avocat consiste à l'accompagner à chaque étape de la procédure de protection et au fil de l'exercice de la mesure. L'avocat s'assure que la mesure de protection vers laquelle le juge se dirige corresponde concrètement aux besoins de son client (qu'elle ne soit ni trop lourde, ni trop légère), et soit exercée avec bienveillance et efficacité (en cas de négligence, un changement de protecteur doit être demandé).

Dans cette dimension d'accompagnement, l'avocat œuvre à l'acceptation par son client d'une mesure de protection adaptée et devient une force de proposition pour le juge des tutelles. En effet, l'avocat va suggérer des modalités d'exercice de la mesure en fonction des spécificités de la personne, et de la palette qu'offre la loi du 05 mars 2007 : curateur ou tuteur unique, co-curateurs ou co-tuteurs, tuteur aux biens et tuteur à la personne, curateur ou tuteur adjoint, subrogé curateur ou tuteur, etc.

4.1.1. Il n'est pas rare que les personnes fragilisées présentent un déni⁷ de leur altération psychique, et refusent dès lors toute mesure de protection : le rôle de l'avocat consiste en ce cas, non à être le porte-voix de ce refus pathologique, mais à prendre le temps d'expliquer à son client, avec délicatesse, le bénéfice d'une mesure appropriée bien exercée. Ce qui suppose pour l'avocat d'apprendre à échanger avec une personne altérée – il est autant de chemins de dialogues qu'il y a de troubles mentaux.

⁶ Protecteurs : terme générique pour désigner l'ensemble des personnes exerçant la mesure (mandataires spéciaux, curateurs, tuteurs, subrogés, etc.).

⁷ Une anosognosie.



Le plus souvent, lorsqu'un lien de confiance s'est tissé entre le client et son avocat, le premier se rangera à la position du second. Le rapport au temps entre l'avocat et son client est différent de ce qu'il peut être dans d'autres domaines du droit des personnes en présence d'un majeur vulnérable : l'avocat doit veiller à instaurer un climat de bienveillance, qui passe par une écoute attentive, empathique et critique, afin que le majeur vulnérable finisse par reconnaître l'utilité d'une aide, et se sente considéré.

4.1.2. Si le majeur altéré reste imperméable au discours de l'avocat, l'avocat doit prévenir son client qu'il demandera malgré tout, dans l'intérêt de celui-ci, une mesure de protection appropriée, au vu des éléments du dossier et des vertus de son serment. C'est ici la grande différence avec les autres matières du droit : l'avocat est libre, en conscience, de ne pas suivre les souhaits que la maladie mentale dicte à son client, dès lors qu'il prévient celui-ci sans recevoir d'opposition. Si le majeur altéré demande absolument à son avocat de solliciter une mainlevée alors même qu'une protection est nécessaire (pour mettre fin à un abus de faiblesse, par exemple), l'avocat devra se retirer du dossier. Si le client choisit de changer d'avocat, il appartiendra au second avocat d'adopter la même éthique, et de tenir le même discours.

Aucun avocat ne saurait, en cette matière, suivre sans filtre critique les demandes de son client, majeur vulnérable, et solliciter un non-lieu à mesure (ou la mainlevée de celle-ci) en présence de certificats médicaux étayés et concordants concluant à la nécessité d'une protection judiciaire. Le majeur altéré y verrait un encouragement malvenu dans son déni, ce qui lui serait préjudiciable.

Enfin, lorsque le majeur vulnérable est hors d'état d'exprimer une volonté, l'avocat désigné par le protecteur sur autorisation judiciaire, ou commis d'office, est seulement guidé par son éthique, laquelle repose sur l'intérêt supérieur de son client.

B) Défendre

4.2. Il est des cas, non négligeables, dans lesquels l'avocat a un rôle de défense : en présence d'une requête abusive d'un tiers aux fins de protection, en présence d'un jugement constituant un excès de protection, en présence d'un abus dans la mise en œuvre de la mesure, en présence de proches malveillants, en présence d'un protecteur maltraitant.

Sa mission est ici de défendre, avec la plus grande énergie.

L'avocat du majeur a également une obligation constante de vigilance.

C) Une obligation de vigilance

4.3. L'avocat d'un majeur vulnérable peut se retrouver en situation d'être témoin d'une situation d'emprise par un tiers, ou en situation de comprendre que le majeur a été victime d'un abus de faiblesse ou de maltraitances. Ce qui suppose de la part de l'avocat, de prendre le temps d'entendre la parole du majeur altéré – à son cabinet, à l'hôpital, au domicile de la personne, en maison de retraite – et d'être particulièrement attentif à ses réactions, à ses silences, au vocabulaire employé. L'avocat préviendra alors le juge des tutelles, le procureur, le protecteur, de ces éléments.

Pour cette raison, il est essentiel que l'avocat reçoive le majeur vulnérable qui le saisit, seul à seul, à son cabinet (ou s'entretienne sur le lieu de vie de son Client, seul à seul), et refuse que l'accompagnateur – qui d'expérience peut être une personne malveillante – assiste au rendez-vous. Ainsi, l'avocat recueillera de son Client une parole libre.

Lorsqu'après avoir échangé avec le majeur seul à seul, celui-ci souhaite en conscience que l'accompagnateur puisse apporter des détails ou des renseignements complémentaires, il appartient à l'avocat, qui n'a pas encore étudié le dossier du Greffe, d'être vigilant.

A titre d'illustration, le fait que ce « proche » coupe la parole du majeur, ou réponde à sa place, peut être un signe d'abus de faiblesse ou à tout le moins un indice d'emprise, ou de suggestibilité du majeur.

Ces trois missions – conseil, défense, vigie – sont irriguées par une quatrième, consubstantielle à la matière : **soutenir** le majeur vulnérable dans la procédure de protection, ou de renouvellement. Une fonction en soi (cf. infra, 5.1.).

5. Pour une présence obligatoire de l'avocat. Le droit à l'avocat est aujourd'hui une faculté, il doit devenir une nécessité.

5.1. En l'état actuel du Droit, le majeur protégé ou à protéger est avisé dans la convocation qu'il reçoit du juge en vue de son audition aux fins d'ouverture d'une mesure de protection, ou aux fins de modification ou de mainlevée de la mesure de protection, qu'il « *peut faire le choix d'un avocat ou demander à la juridiction saisie que le bâtonnier lui en désigne un* » (art. 1214 c.p.c.), cette désignation d'un avocat commis d'office devant, lorsqu'elle est formulée, intervenir sous huit jours.

En d'autres termes, pour avoir un avocat, soit le majeur concerné contacte personnellement un avocat ou demande à ses proches⁸ de lui en trouver un (on parle alors d'avocat « choisi »), soit il n'en connaît pas ou n'en trouve pas et demande au juge des tutelles qu'il lui en soit désigné un d'office⁹.

Les insuffisances de ce système sont éclatantes : seules les personnes les plus aptes psychiquement à comprendre l'importance d'avoir un avocat, exercent ce droit, et prennent directement l'attache d'un avocat, ou en demandent un, commis d'office.

Ainsi, la plupart des personnes atteintes psychiquement, ou hors d'état d'exprimer une volonté, n'en font jamais la demande, faute d'aptitude : ces personnes se retrouvent donc seules dans cette procédure de protection, abandonnées à leurs angoisses et à leur solitude.

Dès lors que l'avocat devient obligatoire pour le majeur vulnérable (ou présumé tel), l'avocat commis d'office rendra visite à son client, échangera avec lui par téléphone et courrier : l'avocat deviendra un interlocuteur accueilli avec soulagement et sera un facteur d'apaisement. Il échangera avec la famille, le corps médical, étudiera le dossier et y découvrira parfois des éléments qui poseront question : il sera en mesure d'adresser au juge des observations utiles, de signaler tout abus de faiblesse, et de contester utilement certaines candidatures.

La présence obligatoire d'un avocat est donc essentielle pour le majeur vulnérable, et participe de la préservation de sa dignité.

5.2. L'intervention d'un avocat rompu à la matière, choisi ou commis d'office, permettra au majeur concerné :

- d'être un acteur de l'instance qui le concerne, et non un spectateur impuissant d'une procédure vécue comme une épreuve ;
- d'humaniser la procédure de protection, de rendre la personne *sujet*, et non *objet* de la procédure de protection ;
- de ne pas être seul dans cette procédure, mais de pouvoir compter sur un soutien bienveillant ;
- de recevoir les conseils avisés d'un professionnel du droit tout au long de la procédure ;
- de se faire expliquer le contenu de son dossier¹⁰ ainsi que le déroulement de la procédure et les différentes mesures de protection ;

⁸ Sous les réserves exprimées supra, 4.3.

⁹ Concrètement, l'avocat commis d'office en droit des majeurs protégés est inscrit sur une liste tenue par chaque Ordre des avocats).

¹⁰ Puisque seul l'avocat du majeur concerné peut obtenir une copie du dossier (art. 1223 c.p.c.). Cette disposition est la condition préalable d'une assistance et d'une défense efficaces.



- d'être préparé à son audition, tant il est difficile de se retrouver confronté au juge, à la présence, lors de l'audition au Tribunal, de membres de sa famille, et de parler de soi ;
- en cas d'abus, de bénéficier de l'expertise d'un avocat pour le dénoncer.

5.3. Au surplus, la présence obligatoire de l'avocat au côté du majeur vulnérable s'est imposée avec évidence en droit des hospitalisations sans consentement : devant le J.L.D., depuis le 1^{er} janvier 2014, la présence d'un avocat, choisi ou à défaut commis d'office, est obligatoire. Par analogie, une personne vulnérable (ou présumée telle) confrontée à un Juge des tutelles, est dans une situation comparable. La présence obligatoire de l'avocat s'impose.

5.4. En pratique, lorsqu'un majeur est hors d'état d'exprimer une volonté, et qu'il se trouve placé en sauvegarde de justice, le mandataire spécial désigné peut être amené à solliciter du juge, par requête, une mission complémentaire de choix d'un avocat dans l'intérêt du majeur, cette initiative bienvenue permettant à celui-ci de bénéficier d'un avocat.

De lege ferenda, la présence de l'avocat devant le juge des tutelles et devant la cour d'appel doit être rendue obligatoire dans le cadre des instances en ouverture, renouvellement et révision d'une mesure de protection. Ainsi, dès que le juge des tutelles est saisi d'une requête, un courrier recommandé devrait être adressé par le Greffe au majeur concerné, afin de l'aviser de son obligation, dans son intérêt, de prendre l'attache d'un avocat de son choix, étant précisé qu'à défaut de constitution de l'avocat reçue au greffe au plus tard huit jours avant son audition, le juge pourra : soit demander au Bâtonnier qu'il lui en soit commis un d'office, soit valider la convention de mission de l'avocat que le mandataire spécial, dans le cadre d'une sauvegarde prononcée en urgence, lui aura présentée.

6. Avocat choisi. Un avocat est choisi (ou désigné) par son client lorsque celui-ci l'a appelé et lui a écrit librement pour lui demander d'être son conseil.

Un majeur ne peut choisir un avocat que si son état de santé psychique le lui permet, en dehors de toute pression et de toute contrainte. Le choix, éclairé, par le majeur protégé, d'un avocat, constitue un acte personnel au sens de l'article 459 du Code civil.

Lorsque le majeur vulnérable n'est pas en état de choisir un avocat, ce qui résulte des éléments médicaux du dossier, aucun avocat ne saurait se présenter comme choisi. Sa désignation doit être considérée comme non avenue.

Lorsque le majeur vulnérable n'est pas en état de choisir un avocat, le Juge des tutelles confie alors au protecteur une mission spécifique afin de l'autoriser à désigner un avocat dans l'intérêt du majeur, pour la suite de la procédure de protection (cf. supra, 5.4.).

6.1. L'avocat choisi par le majeur dans la procédure de protection. En droit des majeurs vulnérables, l'avocat doit être saisi par le majeur pour s'en considérer le conseil.

En pratique, lorsque la famille est bienveillante, il n'est pas rare qu'un ou plusieurs de ses membres contactent un avocat pour que celui-ci devienne l'avocat du majeur : l'avocat doit inviter cette famille à demander au majeur de l'appeler. Si le majeur n'a pas l'aptitude de le contacter, l'avocat ne pourra pas se considérer comme avocat du majeur. L'avocat pourra seulement être l'avocat des membres de la famille qui l'ont contacté.

Après avoir échangé utilement avec le majeur, l'avocat demandera au majeur de lui confirmer par écrit sa désignation, dans le cadre d'un pouvoir ou d'une lettre de désignation ou de mission¹¹.

Tant qu'un tel écrit n'a pas été adressé à l'avocat, l'avocat ne peut pas intervenir.

6.2. Avocat commis d'office demandé par le majeur. Le fait pour un majeur concerné par une procédure de protection, de demander un avocat commis d'office ne signifie pas nécessairement que cet avocat sera pris en charge au titre de l'aide juridictionnelle : tout dépendra des ressources de la personne. Si le majeur n'est pas éligible à l'aide juridictionnelle, une convention de mission devra être régularisée entre l'avocat, le majeur, et le protecteur. L'avocat commis d'office ne saurait subordonner le commencement de sa mission à la signature d'une convention d'honoraires : dès sa désignation, il doit se constituer, étudier le dossier, donner rendez-vous à son client.

6.3. Majeur devenu en cours de procédure de protection, hors d'état d'exprimer sa volonté.

Lorsqu'un avocat initialement choisi par un majeur vulnérable ayant suffisamment de lucidité pour le faire, comprend que son client :

- a décliné au point de ne plus se souvenir de l'avoir rencontré,
 - a décliné au point qu'il n'est plus possible d'échanger utilement avec lui,
- ... alors l'avocat ne peut plus se considérer comme choisi, et doit se démettre, tout en sollicitant du juge des tutelles la désignation d'un avocat commis d'office ou la désignation d'un avocat sur proposition du protecteur.

¹¹ Distincte de la convention d'honoraires, cf. infra, 7. et s.



6.4. Majeur hors d'état d'exprimer une volonté et autres procédures judiciaires (toute procédure *contentieuse*, civile ou pénale) : avocat proposé au juge par le protecteur. Au cours de la vie de la mesure, il n'est pas rare que le protecteur (curateur, tuteur) d'un majeur hors d'état de manifester sa volonté soit confronté à un procès contentieux, civil ou pénal, soit qu'il s'agisse de l'intenter (assignation en annulation de vente d'immeuble lésionnaire, en diminution du prix, plainte pénale pour abus frauduleux de faiblesse, requête en divorce, etc.), soit qu'il s'agisse de se défendre (à la suite d'une assignation, d'une citation directe, etc.). En pratique, le protecteur sollicite un avocat et soumet sa convention de mission au juge des tutelles, pour validation.

6.5. Conflit d'intérêts. En droit des majeurs vulnérables, l'avocat du majeur ne peut être l'avocat d'une autre Partie à l'instance (un membre de sa famille, un proche, etc.). L'avocat, choisi ou commis d'office, du majeur vulnérable n'est l'avocat que de celui-ci. Le majeur vulnérable a un intérêt qui lui est propre, irréductible : cet intérêt ne se confond jamais avec la représentation qu'en ont ses proches – a fortiori avec celle que s'en font les personnes malveillantes gravitant autour de lui.

Pas davantage l'avocat du majeur ne peut renseigner la famille sur le contenu du dossier ou sur ce qu'il a appris du majeur : la circonstance que la famille avait conseillé au majeur de contacter ledit avocat ne crée aucune obligation de l'avocat envers la famille. L'avocat doit conserver intact son secret professionnel. L'avocat sera évidemment courtois envers la famille qui appellera à son cabinet, mais il devra expliquer à celle-ci que son rôle est d'intervenir pour le seul majeur, de sorte qu'il ne pourra pas la recevoir en rendez-vous ni lui communiquer d'informations relatives au dossier de leur parent. L'avocat du majeur pourra inviter la famille de celui-ci à avoir son propre avocat.

Lorsqu'un avocat intervient à la fois pour un parent du majeur et pour le majeur, il se retrouve immédiatement en conflit d'intérêts, de sorte que déontologiquement, sa désignation doit être considérée comme non avenue. Il ne peut pas se contenter d'indiquer finalement rester l'avocat de l'un ou de l'autre : sa connaissance du dossier est biaisée, de sorte qu'il n'apporterait pas au majeur protégé ni à la famille l'assistance ni la défense objectives attendues.

Si la famille contacte un avocat pour un majeur vulnérable hors d'état d'exprimer une volonté, l'avocat ne pourra pas se considérer comme avocat du majeur : l'avocat pourra seulement être l'avocat d'un ou plusieurs membres de la famille du majeur, étant observé qu'il devra alors agir en poursuivant l'intérêt supérieur du majeur.

L'avocat du majeur concerné ne peut recevoir d'honoraires des autres Parties.

7. L'honoraire de l'avocat en droit des majeurs vulnérables : principes. Dans cette matière sensible, la plupart des majeurs vulnérables¹² ont perdu la connaissance, et parfois jusqu'à la conscience, de l'argent. L'avocat doit être ici particulièrement prudent, et ne pas recevoir d'honoraires d'un majeur vulnérable gravement altéré : il lui faudra attendre que le protecteur désigné par le juge le rémunère, sur la base d'une convention de mission acceptée.

L'honoraire de l'avocat est classiquement fonction de la situation de fortune du client, de la complexité (temps consacré, travail de recherche) et de l'enjeu du dossier, de l'incidence des frais et charges du cabinet, des qualités de l'avocat (notoriété, titres, ancienneté, expérience, spécialisation), des avantages et du résultat obtenus (service rendu)¹³.

Le principe de **modération** gouverne la matière, au nom de la dignité du majeur vulnérable. En dehors d'un simple rendez-vous de consultation, tout honoraire passe par une convention de mission. La nature même de la matière et l'honneur de l'avocat excluent ici tout honoraire de résultat lié au sens de la décision du juge des tutelles ou en appel, de la Cour d'appel.

Dans le cadre d'une instance devant le juge des tutelles et la cour d'appel, seuls sont acceptables des forfaits raisonnables, ou un taux horaire prévoyant un plafond d'heures facturables. Étant observé qu'un avocat pratiquant quotidiennement la matière ne saurait demander de sommes excessives, puisque précisément son expertise lui permet d'aller à l'essentiel et de ne pas multiplier les diligences inutiles.

Conformément au décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, annexe 1, l'honoraire forfaitaire – à la condition bien entendu d'être raisonnable – constitue un acte d'administration, tandis que la convention portant un honoraire « indéterminé » (au temps passé) ou de résultat¹⁴ constitue un acte de disposition.

7.1. Application concrète. Curatelle simple. En curatelle simple, le majeur protégé peut signer seul la convention de mission l'unissant à son avocat et posant un honoraire forfaitaire, et le régler s'il dispose de l'argent sur son compte courant. Si le curatelaire dispose d'une épargne placée, il devra solliciter l'accord de son curateur pour libérer des fonds.

¹² Hors les cas, naturellement, dans lesquels un majeur est à tort placé sous protection, ou revenu à meilleure santé depuis le jugement l'ayant placé sous protection.

¹³ Art. 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et de l'article 11-2 du R.I.N. de la profession d'avocat.

¹⁴ L'honoraire de résultat intervenant ici dans le cadre d'une procédure contentieuse (droit du travail, succession, etc.), distincte de celle ouverte par le juge des tutelles.



Ainsi, le curateur sera légitime pour apprécier le caractère raisonnable de l'honoraire, à l'aune du travail à accomplir et du patrimoine du majeur protégé. Si l'honoraire lié à l'intervention de l'avocat devant le juge des tutelles ou la cour d'appel, est au temps passé, il s'agit d'un acte de disposition, de sorte que la convention d'honoraires devra être cosignée par le curatelaire et le curateur. Il est également possible de prévoir un honoraire au temps passé dans la limite d'un plafond d'heures forfaitairement et raisonnablement évalué.

7.2. Application concrète. Curatelle renforcée. En curatelle renforcée, que la convention de mission pose un honoraire forfaitaire (acte d'administration) ou un honoraire au temps passé (acte de disposition), elle doit être discutée et validée, c'est-à-dire cosignée, par le curateur et le curatelaire, et réglée par le curateur.

7.3. Application concrète. Tutelle. En tutelle, la convention est signée par le tuteur¹⁵, qui représente le majeur. Le tuteur ne signera la convention que s'il l'estime raisonnable. En cas d'acte de disposition (honoraire au temps passé), l'autorisation du juge est requise.

7.4. Application concrète. Sauvegarde de justice. En sauvegarde de justice, prononcée en cours d'instance, tout dépend des termes de l'ordonnance : si le mandataire spécial perçoit effectivement les ressources de l'intéressé et assure effectivement le règlement de toutes les charges, de sorte que les comptes bancaires du majeur lui sont bloqués, seul le mandataire spécial règlera l'avocat (à la condition qu'il approuve la convention signée par le majeur en sauvegarde). Le mandataire spécial ne signera la convention d'honoraires que s'il en a reçu expressément mission du juge.

7.5. Dialogue et résolution. Quelle que soit la mesure de protection, lorsqu'une convention d'honoraires a été signée par un majeur vulnérable avant qu'il soit placé sous protection, le protecteur estimant l'honoraire excessif doit surseoir à tout règlement. Le protecteur pourra utilement échanger avec l'avocat en vue de parvenir à un accord raisonnable (puisque de la portée de la convention, le majeur vulnérable pouvait n'avoir pas entière conscience) : à défaut d'accord, l'avocat et le protecteur pourront saisir le Bâtonnier aux fins de taxation des honoraires, étant observé que la dignité de l'avocat lui impose de ne pas faire signer de convention de mission à un majeur vulnérable inapte à en comprendre la portée, et d'attendre qu'un protecteur soit désigné pour convenir avec lui d'une rétribution raisonnable.

¹⁵ Rien n'interdit au majeur de la signer également, mais sa signature n'emporte aucun effet juridique.

CHAPITRE II – DIX PROPOSITIONS COMPLÉMENTAIRES

1^{ère} proposition. – Vers un changement de dénomination : du juge des tutelles au juge protectionnel ou juge des protections.

« Juge des tutelles » : ce nom, définitivement anxiogène, fait peur à toutes les personnes âgées, ou fragilisées, qui y voient la privation annoncée de leur liberté civile.

Cette dénomination est pourtant impropre, à plusieurs titres :

- D'une part, le juge des tutelles est aussi le juge des curatelles et des sauvegardes de justice.
- D'autre part, le juge des tutelles peut aussi estimer que la personne concernée par une instance aux fins de protection n'a pas besoin d'être protégée – il rendra alors un jugement de non-lieu –, ou que la personne actuellement protégée n'a plus à le rester – un jugement de mainlevée sera prononcé.

En d'autres termes, le juge des tutelles n'a pas vocation à placer sous tutelle, mais à protéger la personne : en la faisant bénéficier d'une mesure de protection adaptée (sauvegarde, curatelle simple, ou renforcée, tutelle à l'extrême) ; en désignant comme protecteur une personne intègre et bienveillante ; en refusant de placer sous protection judiciaire la personne (le juge protège alors le majeur contre l'initiative du requérant) ; en échangeant avec les services sociaux, le parquet pénal, etc.

La protection par le juge s'accomplit ensuite durant toute la vie de la mesure : autoriser un placement financier, autoriser un transfert de la personne dans un EHPAD plus adapté, interdire la visite de personnes malveillantes, autoriser une union, arbitrer entre le majeur protégé et son protecteur lorsqu'une divergence de vues les oppose, décharger un protecteur lorsqu'il n'est pas diligent, veiller au bien-être de la personne, ...

Parce que l'essence de son office est de protéger, le juge des tutelles pourrait utilement être renommé **juge protectionnel**. Recevoir une convocation à une audition devant le juge protectionnel, ferait sens. Saisir le juge protectionnel pour protéger une personne vulnérable, victime d'abus de faiblesse, ferait sens.

Avec cette nouvelle dénomination, le juge protectionnel, ou juge des protections aurait grâce aux yeux de tous, et justice serait rendue à la noblesse de sa fonction, si précieuse.

**2^{ème} proposition. – Éviter le placement sous protection judiciaire des personnes âgées qui ont simplement besoin d'un secrétariat privé.**

Nombre de personnes âgées, ralenties du simple fait de l'âge, sans présenter d'altération marquée, accueilleraient volontiers à leur domicile les services d'une personne à qui seraient confiés le soin de préparer des courriers d'usage (charges de copropriété, par exemple), la pré-rédaction de chèques, l'accomplissement de formalités de la vie courante (retraits d'espèces, déclarations cesu, déclaration d'impôt en ligne, etc.) que leur état de santé physique et le décrochage technologique générationnel ne leur permet plus d'accomplir.

Pour autant, ces personnes ont conservé leurs facultés et ne nécessitent aucune mesure de protection. Simplement, elles vivent isolées (après un veuvage, souvent), et n'ont personne sur qui compter. Chaque déplacement devient une charge, de sorte que les courriers s'entassent. La motivation pour y faire face s'amenuise.

Ces personnes devraient bénéficier d'un accès simplifié, via les Mairies, les Tribunaux, les services sociaux, à des secrétaires à domicile, associations d'étudiants, susceptibles de les aider.

Dérive judiciaire, nombre de ces personnes ayant simplement besoin d'une aide pour des formalités courantes, sont placées en curatelle renforcée, de sorte qu'elles sont privées brutalement de leurs deniers, et doivent désormais avoir l'accord d'un curateur pour tout acte de disposition quand bien même elles ont conservé leur entière lucidité pour ces actes importants.

En d'autres termes, entre la curatelle simple protégeant les seuls actes de disposition, et la curatelle renforcée emportant en sus dépossession de la gestion courante, il n'existe pas d'alternative aux mesures de protection, visant à aider (et non protéger) la personne âgée dans les seuls actes de gestion courante, en sa présence et sous son contrôle.

3^{ème} proposition. – Qu’il soit désormais impossible au Requérant de se désister de sa requête aux fins de protection judiciaire d’un majeur vulnérable

Position du problème. Une personne saisit le juge des tutelles d’une requête aux fins de protection d’un proche vulnérable, certificat médical à l’appui. Quelques semaines plus tard, lors de son audition au Tribunal, le requérant, que le juge n’a pas perçu comme bienveillant, comprend qu’il ne sera pas désigné curateur ou tuteur, rentre chez lui et adresse un courrier au juge, aux termes duquel il se désiste de sa requête. Ce désistement a-t-il pour conséquence de priver le majeur vulnérable de la possibilité de bénéficier d’un jugement de protection ? Aussi incroyable que cela puisse apparaître, en l’état actuel du droit, la réponse est : oui.

En effet, depuis un avis (n° 011 00007P) rendu le 20 juin 2011, à la question, posée par un juge des tutelles, de savoir si le désistement d’un requérant entraînait de plein droit l’extinction de l’instance aux fins d’ouverture d’une mesure de protection, la Cour de cassation a répondu que ce désistement mettait fin à l’instance dès lors qu’aucune décision prononçant une mesure de protection n’avait été prise par le juge des tutelles.

En d’autres termes, dès lors que le juge des tutelles n’a pas rendu une ordonnance de sauvegarde de justice, le requérant peut se désister et priver le majeur vulnérable du bénéfice d’une mesure de protection.

Cet avis, singulier, doit être dépassé : en effet, il n’est pas acceptable qu’un majeur vulnérable nécessitant une mesure de protection (conformément aux prescriptions du médecin habilité qui l’a examiné), puisse être le jouet de l’humeur du requérant, et plus encore, réifié par la volonté de ce dernier.

Le droit des majeurs vulnérables s’inscrit dans un ordre public de protection (leur protection est un devoir de la nation), de sorte qu’une fois saisi par une requête et un certificat médical circonstancié, le juge des tutelles¹⁶ doit instruire son dossier jusqu’au bout, sans que le désistement du requérant n’éteigne l’instance. En saisissant le juge des tutelles, le requérant a agi dans l’intérêt d’un majeur vulnérable ; admettre que le désistement du premier produise effet, revient à accepter qu’il puisse valablement agir contre le majeur vulnérable.

L’intérêt supérieur du majeur vulnérable commande d’interdire toute possibilité au requérant de se désister, dès la réception de la requête par le Greffe.

¹⁶ Demain, le juge protectionnel ou juge des protections...



4^{ème} proposition. – Compétence matérielle du juge protectionnel, étendue à l’annulation ou la validation des obligations souscrites par un majeur protégé au cours de la période suspecte.

Dans un souci d’efficacité, les litiges relatifs à la validité des engagements ne concernant pas un immeuble, par le majeur au cours de la période suspecte (crédits à la consommation par exemple, démarchage à domicile), et à la validité de ceux souscrits en cours de mesure, devraient être jugés par le juge des tutelles, au terme d’un débat contradictoire avec le co-contractant, et non par le Tribunal de Grande Instance.

**5^{ème} proposition. – Vérification systématique du casier judiciaire (bulletin n° 1) de tout candidat à l'exercice d'une mesure de protection, et de tout protecteur.**

Actuellement, il n'existe aucun contrôle de la probité d'un curateur ou tuteur familial. Sa désignation repose sur l'impression donnée lors de son audition, et sur l'absence de critique sérieuse émanant de tiers.

Or, la connaissance du passé judiciaire d'un candidat à l'exercice d'une mesure de protection permettrait au juge de l'écarter souverainement.

Cette consultation du B1 devrait être systématique, et régulièrement actualisée pour chaque protecteur, familial ou professionnel.

Pour le dire autrement : sauf à ce qu'y figure une infraction non intentionnelle, un casier vierge devrait être un pré-requis avant toute désignation d'un protecteur, par le juge.

6^{ème} proposition. – Prise d'hypothèque sur les biens du tuteur familial.

Afin de garantir l'indemnisation du majeur protégé par son tuteur familial, en cas de faute de gestion, l'article 2409 C. civ. prévoit que le juge, « à l'ouverture de toute tutelle, (...) après avoir entendu le tuteur, décide si une inscription doit être requise sur les immeubles du tuteur. Dans l'affirmative, il fixe la somme pour laquelle il sera pris inscription et désigne les immeubles qui en seront grevés. Dans la négative, il peut, toutefois, décider que l'inscription de l'hypothèque sera remplacée par la constitution d'un gage, dont il détermine lui-même les contours. »

Cet article, pourtant essentiel à l'exercice harmonieux d'une mesure de protection, n'est pas appliqué.

Il constituerait cependant la garantie la plus précieuse, pour le majeur protégé, que l'exercice de la mesure sera responsable, puisque le tuteur engage ses biens en cas de faute de gestion.

Plus encore, cette prise d'hypothèque ou de gage permettrait d'éviter les défiances au sein d'une fratrie, ainsi que les oppositions de principe dirigées contre le candidat familial, accusé sans preuve d'arrière-pensées. Consentir le principe d'une hypothèque sur l'un de ses biens immobiliers serait la meilleure démonstration de son engagement à servir au mieux le majeur vulnérable.



7^{ème} proposition. – Pour que la curatelle renforcée, prononcée par le juge, ne dérive pas en tutelle de fait.

Le régime juridique de la curatelle renforcée résulte de l'article 472 C. civ., qui dispose : « *Le juge peut également, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée. Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains.* »

Le principe de la curatelle renforcée devrait être une source d'apaisement pour le majeur vulnérable. Dans les faits, il n'en est rien. Prenons l'hypothèse d'un majeur percevant une retraite mensuelle de 3.000 euros, avec des charges mensuelles, lissées, de l'ordre de 2.000 euros. Il devrait lui rester un excédent de 1.000 euros par mois, laissés à sa disposition.

En pratique, il n'en est rien. Le majeur en curatelle recevra, non l'excédent devant lui revenir après paiement de ses charges, mais un argent de vie rationné, le curateur prenant des libertés de gestion que l'article 472 C. civ. ne lui octroie pas.

Il est donc essentiel qu'en curatelle renforcée, l'excédent soit laissé réellement à la disposition de la personne.



8^{ème} proposition. – Renforcement de la répression des abus de faiblesse. Élargissement de l'indignité successorale à tout auteur ou complice d'abus de faiblesse, et tout auteur ou complice de violences sur personne vulnérable.

L'article 223-15-2 du Code pénal punit l'abus de faiblesse¹⁷ d'une peine d'emprisonnement de trois années, et de 375.000 euros d'amende. Trois années : cette peine correspond à la sanction d'un simple vol (art. 311-3 C. pén.), alors même que le vol sur personne vulnérable est puni de sept années d'emprisonnement (art. 311-5 c. pén.).

La peine réprimant l'abus de faiblesse n'est pas dissuasive, ni représentative du tort causé à la victime.

Plus encore, une personne condamnée pour abus de faiblesse ou maltraitance sur personne vulnérable ne relève pas de l'article 726 du Code civil, qui considère comme seuls indignes de succéder, et comme tels, exclus de la succession :

- Ceux condamnés à une peine de réclusion criminelle, comme auteur ou complice, pour meurtre, assassinat ou leur tentative.
- Ceux condamnés à une peine de réclusion criminelle, comme auteur ou complice, pour avoir volontairement porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner.

Toute personne condamnée pour abus de faiblesse devrait obligatoirement figurer dans cette liste, qui devrait être élargie aux sommes perçues dans le cadre d'assurances-vie.

¹⁷ « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables. »



9^{ème} proposition. – Testament et succession. Présence systématique de l'Administration des Domaines dans toute succession d'un majeur protégé dans laquelle se présente, en l'absence d'héritiers, un légataire universel extérieur à la famille du défunt.

Un majeur vulnérable, sans famille proche, est placé en tutelle. Peu de temps avant le jugement de protection, une personne avait obtenu du majeur vulnérable, un testament le gratifiant. Le majeur vulnérable décède. La mission du tuteur s'arrête. Quelque temps après, le légataire universel se présente avec le testament chez un notaire.

En l'état actuel du droit, il n'existe aucune procédure permettant d'obtenir l'annulation rétroactive du testament pour insanie d'esprit, dès lors qu'aucun héritier n'intente l'action.

De lege ferenda, il serait judicieux que dans toute succession dans laquelle, en l'absence d'héritier légal, se présente un légataire universel, le notaire prévienne l'Administration des Domaines afin qu'une enquête soit diligentée concernant l'aptitude psychique du défunt au moment de la rédaction du testament. Ainsi, en cas d'annulation judiciaire du testament, l'Etat héritera, plutôt qu'une personne malveillante.

**10^{ème} proposition. – Restriction et encadrement de l’habilitation familiale. Nécessité d’un conseil de famille.**

L’habilitation familiale, créée par l’ordonnance en date du 15 octobre 2015¹⁸, complétée par la loi du 18 novembre 2016¹⁹, est une institution dangereuse qui traduit un désengagement des pouvoirs publics dans la protection effective des majeurs vulnérables les plus altérés.

En effet, plutôt que de remédier aux dysfonctionnements de la protection judiciaire des majeurs vulnérables, en créant davantage de postes de juges des tutelles, de greffiers, de greffiers en chef, afin de permettre un contrôle approfondi et systématique des comptes de gestion de chaque majeur protégé, les Gouvernants d’alors ont imaginé un mécanisme permettant de confier le patrimoine d’une personne grandement altérée (et donc inapte à s’y opposer), à l’un des membres de sa famille, sans contrôle ni reddition de comptes, l’habilitation familiale permettant même à l’habilité le demandant de se voir investi du pouvoir d’accomplir des actes de disposition, sans autorisation préalable du juge²⁰ ! du juge avant la vente d’un bien immobilier ou le retrait²¹. Ce pouvoir sans limite pouvant être accordé par le juge pour une période de dix années voire, en cas de renouvellement, de vingt années.

La seule condition pour que le majeur hors d’état d’exprimer une volonté fasse l’objet d’une habilitation familiale : que la famille soit unanime pour la demander. En d’autres termes, que la famille taise ses différends, pour gérer comme bon lui semble la mesure. Avec l’habilitation familiale, si l’argent du majeur n’est pas utilisé dans son intérêt, qui le saura ? Personne. Qui mettra fin à l’hémorragie financière ? Personne. Si le majeur vulnérable est transféré dans un EHPAD inconfortable, qui le saura ? Qui veillera à la dignité du majeur, en l’absence d’avocat ? Rien ne justifie que le patrimoine d’un majeur gravement altéré, qui n’aura jamais la ressource d’alerter qui que ce soit en cas d’abus, soit ici laissé à la discrétion de l’habilité.

L’habilitation familiale ne devrait être prononcée par le juge qu’avec une extrême parcimonie : en présence d’un mariage éprouvé par le temps, dans le cadre d’une famille authentiquement unie, au terme d’une instruction approfondie, un avocat étant obligatoirement présent pour le majeur, et à la condition de réserver les actes de disposition et d’exiger des rapports réguliers sur l’état de santé et les conditions de prise en charge du majeur vulnérable. De plus, afin qu’au sein de la famille une reddition et un contrôle des comptes se fasse, devrait être posée l’obligation pour l’habilité de rendre compte au subrogé habilité, tous deux étant réunis en conseil de famille.

Valéry Montourcy

¹⁸ Ord. n° 2015-1288 du 15 octobre 2010.

¹⁹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

²⁰ A l’exception des actes de disposition entrant dans le champ de l’article 426 c. civ. (logement, résidence secondaire).

Les insuffisances du mandat de protection future en droit français

L'exemple du mandat de protection extrajudiciaire belge¹

Nathalie Peterka

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC, Paris 12)

Directrice du M2 Protection de la personne

Directrice du M2 Droit privé des personnes et des patrimoines

1. – Le mandat de protection future peut-il devenir un outil efficace de protection du patrimoine ? À vrai dire, à l'orée d'un mouvement de réforme de la matière, la question mérite d'être affinée. Au-delà de savoir si le mandat de protection future peut devenir un outil efficace de gestion, se pose celle de savoir si ce mandat est un outil performant au service de la protection de la personne vulnérable et du maintien de sa capacité juridique. En d'autres termes, ce mandat fait-il figure de modèle - ainsi que le suggère le Défenseur des droits - à l'aune de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, dont l'article 12 garantit à ces dernières « la capacité juridique dans tous les domaines² ?

2. - Il faut ici brièvement rappeler que le mandat de protection future fut créé afin de permettre à toute personne d'anticiper sa dépendance ou celle de son enfant. Symptomatique du phénomène de contractualisation du droit des personnes et de la famille, ce mandat illustre la métamorphose du droit de la protection des majeurs. La loi du 5 mars 2007 a opté, sous l'impulsion du Conseil de l'Europe et des Nations Unies, en faveur du paradigme du respect de la volonté et des préférences de la personne vulnérable³. C'est dire que le mandat de protection future « implique une véritable révolution du raisonnement et des réflexes en matière de protection des majeurs vulnérables »⁴. C'est la même préoccupation qui a dicté l'insertion, en droit belge, du mandat de protection extrajudiciaire par une loi du 17 mars 2013⁵. Dans le souci de préserver la capacité juridique de la personne protégée, le Code civil belge pose, à l'instar du droit français, un principe de subsidiarité de la protection judiciaire par rapport à la protection extrajudiciaire qu'incarne le mandat. Le mandat de protection future et le mandat de protection extrajudiciaire priment ainsi, l'un et l'autre, sur l'ouverture d'une mesure judiciaire de protection. Pour autant, s'ils obéissent à une préoccupation commune, les ressemblances entre ces deux figures restent assez minces. Au rebours du mandat de protection extrajudiciaire,

¹ La présente contribution reprend la communication prononcée au colloque organisé par l'Université de Bordeaux, le 25 mai 2018 sur « L'anticipation de la dépendance ». Le style oral en a été pour l'essentiel conservé.

² Rapport Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, sept. 2016.

³ Recomm. Conseil de l'Europe, R (99) 4, 23 févr. 1999 ; Conv. Internationale relative aux droits des personnes handicapées, 13 déc. 2016, ratifiée par la France le 20 mars 2010.

⁴J. Hauser, L'enfance du mandat de protection future : *Mél. R. Le Guidec*, Lexis Nexis, 2014, p. 709 et s.

⁵ Entrée en vigueur en septembre 2014.

le mandat de protection future souffre de lourdeurs de nature à entraver sa pérennité, ce qui explique sans doute qu'il n'ait pas rencontré le succès de son homologue belge⁶. Les dispositions gouvernant sa conclusion et son fonctionnement apparaissent comme autant de freins sur le terrain de la protection du mandant (I) et de la gestion du mandataire (II).

I - Les freins sur le terrain de la protection du mandant

3. – Sur le terrain de la protection du mandant, le mandat de protection future pâtit d'une conception rigide de l'anticipation (A) et d'une gradation imparfaite de la protection (B).

A – Une conception rigide de l'anticipation

4. - C'est sur le terrain de de l'anticipation que le mandat de protection future présente l'une de ses plus grandes faiblesses. Ce contrat est conçu comme un acte conclu au temps où tout va bien, pour le temps où viendront des jours moins favorables. Il est donc crucial d'identifier le bon moment pour y recourir, en prévoyant les impératifs de la protection du mandant. Or, les chiffres sur le mandat de protection future montrent que l'anticipation est, en ce domaine, toute relative. Les mandants, qui sont majoritairement des femmes (70%), sont âgées. Selon le Ministère de la Justice, 83% des mandants ont plus de 80 ans⁷. C'est dire que la plupart des mandats sont conclus tardivement. Pareille pratique est de nature à affaiblir le mandat⁸. Il en est ainsi tout particulièrement lorsque ce dernier est signé alors que les facultés du mandant commencent à s'amenuiser. Le diagnostic, ultérieur à la signature, faisant remonter la dégradation de la santé du mandant à une date antérieure conduit alors à fragiliser le mandat. Le risque d'une procédure, diligentée à l'initiative de l'entourage de la personne vulnérable, en nullité du mandat pour insanité d'esprit ou en révocation pour atteinte aux intérêts du mandant, est alors particulièrement important. Pour autant, ses chances de succès ne doivent pas être surestimées. Le principe de subsidiarité des mesures de protection judiciaire par rapport au mandat de protection future conduit au maintien de ce dernier, dès lors qu'il suffit à pourvoir aux intérêts du mandant (C. civ., art. 428). La tardivité du mandat ne constitue donc pas, à elle seule, une cause d'éviction de ce dernier. Elle participe, en revanche, des éléments concourant

⁶ En 2017, l'augmentation du nombre de mandats de protection extrajudiciaire s'élevait à 51 % en comparaison à 2016, avec une moyenne de 2 400 mandats de protection extrajudiciaire par mois. En France, entre 2009 et 2014, seuls 2781 mandats de protection future ont été mis en œuvre, dont 2388 mandats notariés. L'on constate une progression légère, mais constante, des mandats ayant pris effet (655 mandats notariés ont été ainsi visés en 2014, contre 114 en 2009). Plus de 80 % des mandats de protection future sont des mandats notariés : Min. Justice, DACS-Pôle d'évaluation de la justice civile, août 2015.

⁷ Min. Justice, DACS-Pôle d'évaluation de la justice civile, août 2015.

⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2011, n° 09-16.519: *JCP* 2011, p. 416, note N. Peterka; *JCP N* 2011, p. 1115, note D. Boulanger; *RJPF* 2011-4/11, note A. Caron-Dégliise; *Dr. fam.* 2011, comm. 42, note I. Maria; *D.* 2011, p. 1204, note D. Noguéro; *AJ fam.* 2011, p. 110, obs. Th. Verheyde; *Defrénois* 2011, p. 690, note J. Massip Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2013, n° 12-19.851, *D.* 2013, p. 1815, note D. Noguéro; *JCP G* 2013; 908, note N. Peterka; *Dr. fam.* 2013, comm. 155, note I. Maria; *RTD civ.* 2013. 576, obs. J. Hauser; *AJ fam.* 2013, p. 510, obs. T. Verheyde. Voir néanmoins, Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 2017, n° 15-28669 : *D.* 2017, p. 191, note D. Noguéro; *JCP* 2017, 200 note N. Peterka; *Defrénois* 2017, n° 125u1, p. 245, note A. Bateur; *Dr. fam.* 2017, comm. 49, *AJ fam.* 2017, p. 144, note G. Raoul-Cormeil.

à apprécier la conformité du mandat aux nécessités de la protection. Une conception stricte de l'anticipation apparaît ainsi de nature à handicaper le mandat de protection future.

5. - Sur ces aspects, le droit français et le droit belge ne se rejoignent pas. Le mandat de protection extrajudiciaire peut certes être consenti, comme le mandat de protection future, par une « *personne majeure* » ou mineure émancipée, pourvu qu'elle soit « capable d'exprimer sa volonté » (C. civ. belge, art. 490, al 1^{er}). La faculté de signer un mandat de protection extrajudiciaire est donc laissée, comme en droit français, à toute personne dotée de « la capacité mentale de faire un acte juridique »⁹. Mais, à la différence du Code civil, le droit belge affranchit le mandat de l'impératif de l'anticipation. Le mandat extrajudiciaire peut être signé et mis en œuvre dans le même temps, sans que sa pérennité en soit altérée. Il est particulièrement remarquable que la mise en œuvre de ce mandat soit déconnectée de l'état de vulnérabilité du mandant. La loi belge précise que le mandat « n'expire pas de plein droit lorsque le mandant se trouve » dans une situation de nature à justifier sa mise sous protection judiciaire (C. civ., art. 490/1 et sur renvoi, C. civ., art. 488/1 et 488/2). C'est dire que sa mise en œuvre est indépendante de l'altération des facultés de son bénéficiaire.

6. - La prise d'effet du mandat belge peut ainsi intervenir à deux époques différentes, dès sa conclusion ou bien ultérieurement à l'initiative du mandataire. Dans le premier cas, le mandat est activé avant la survenance de l'altération des facultés du mandant. La mise en œuvre du mandat extrajudiciaire obéit alors au droit commun. Une partie de la doctrine belge en déduit que le mandat immédiatement activé opère une mutation de nature pendant son exécution. Il fonctionne, d'abord, comme un mandat ordinaire puis comme un mandat de protection extrajudiciaire lorsque survient l'altération des facultés du mandant, sous réserve que le mandat soit alors maintenu par le juge (C. civ., belge, art. 490/1, §2)¹⁰. Dans le second cas, le mandat est mis en œuvre lorsque le mandataire estime que le mandant n'est plus à même d'assumer lui-même la gestion de ses intérêts patrimoniaux. L'activation du mandat est assujettie à l'homologation du juge si cette dernière est prévue au mandat. A défaut, l'appréciation de l'état de vulnérabilité de l'intéressé par le mandataire est opposable aux tiers de bonne foi (C. civ. belge, art. 490/1, §3).

7. – On perçoit sans difficultés les avantages d'un tel système. Débarrassé d'une conception trop exigeante - si ce n'est peu réaliste - de l'anticipation ainsi que de la nécessité de l'altération des facultés du mandant lors de sa mise en œuvre, le mandat de protection future esquive le risque d'éviction. La signature et la prise d'effet concomitante du mandat n'affaiblissent pas sa pérennité, pourvu que le mandant soit doué d'un discernement suffisant lors de sa conclusion. Pareille conception garantit non seulement un meilleur respect des prévisions du mandant mais, encore, des principes directeurs de la protection des majeurs. Le mandat n'étant plus soumis à une stricte anticipation, la subsidiarité des mesures de protection judiciaire s'en trouve vivifiée. Elle l'est d'autant plus qu'en droit belge, la publicité du mandat de protection extrajudiciaire,

⁹ J. Hauser, L'enfance du mandat de protection future : *Mél. R. Le Guidec*, Lexis Nexis, 2014, p. 709 et s.

¹⁰ Th. Cochez, *Le mandat de protection extrajudiciaire belge et le mandat de protection future en France : deux institutions jumelles ?* : Mémoire, Université catholique de Louvain, 2014-2015, p. 20.

lors de sa conclusion, permet au juge, saisi d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection, d'en prendre connaissance¹¹. Le mandat ne peut donc pas lui être dissimulé par l'entourage du mandant ou le mandant lui-même¹². Surtout, la déconnexion du mandat de l'impératif de l'anticipation et du constat de la vulnérabilité du mandant autorise une meilleure gradation de la protection.

B – *Une gradation imparfaite de la protection*

8. – C'est sur le terrain de la gradation de la protection qu'apparaît le second versant des insuffisances du mandat de protection future. Ce dernier souffre d'une contradiction irréductible. Le mandat de protection future incarne, quel que soit le degré de vulnérabilité du mandant, tout à la fois un dispositif de représentation de la personne vulnérable et une mesure non attentatoire à sa capacité juridique. Or, la représentation peut s'avérer parfois disproportionnée au regard du degré d'altération des facultés du mandant, cependant que la préservation de l'intégralité de sa capacité juridique peut s'avérer, dans d'autres cas, inadaptée à sa protection.

9. - Le Code civil fournit, il est vrai, certaines pistes de solution pour remédier à ce paradoxe. L'article 485, alinéa 2 autorise le juge à « *ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future* ». Le juge peut donc ajuster la protection du mandant, par la combinaison du mandat de protection future avec une mesure de protection judiciaire. Il peut aussi compléter le mandat par une habilitation familiale, laquelle privera le mandant de sa capacité juridique à hauteur des actes confiés à la personne habilitée. Il est possible, par exemple, de compléter le mandat par l'ouverture d'une tutelle à la personne, permettant au tuteur de représenter le mandant en matière personnelle, toutes les fois que le mandat n'a pas investi le mandataire de cette mission. Surtout, l'ouverture d'une curatelle aménagée permet d'organiser l'assistance de la personne vulnérable pour certains actes seulement, sans porter atteinte à sa représentation et à sa capacité juridique pour les autres actes. Envisagé sous cet angle, le mandat de protection future fait figure de précurseur, en droit français, en devançant l'annonce d'une mesure unique d'assistance assortie de poches ponctuelles de représentation.

10. - Ajoutons que si le droit français permet de compléter le mandat de protection future par l'ouverture d'une mesure d'assistance, il autorise aussi - à l'inverse - la conclusion d'un tel mandat par la personne en curatelle, pourvu qu'elle soit assistée par le curateur lors de la signature de l'acte. Sur ce point, le Code civil contraste avec la législation belge, laquelle interdit à la personne protégée de conclure un mandat de protection extrajudiciaire (C. civ., belge, art. 490, al. 1^{er}). Souvent décriée, la règle illustre l'esprit qui baigne notre système de protection. Elle est particulièrement symptomatique du souci du législateur de respecter les

¹¹ Le mandat de protection extrajudiciaire est enregistré dans un registre central tenu par la Fédération royale du notariat belge (C. civ., art. 490).

¹² Ce qui ne correspond pas à un cas d'école ainsi que le montre la jurisprudence, v. Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 2017, n° 15-28.669, préc.

choix de la personne protégée et de soutenir sa marge d'autonomie. Il est cohérent, dans ces conditions, que la personne en curatelle se voit reconnaître la faculté « d'anticiper sur l'éventuelle dégradation de son état de santé »¹³ et de mettre en place, avec l'assistance du curateur, un mandat de protection future lui permettant d'organiser le renforcement de sa protection, plutôt que d'attendre l'ouverture d'une tutelle dont l'organisation risquera de se faire, en grande partie, sans elle. Au-delà, la faculté du curatelaire de conclure un mandat de protection future lui offre de multiples ressources. Plutôt que de succomber aux risques d'un mandat conclu tardivement, alors que ses facultés commencent à s'altérer, le mandant peut solliciter sa mise sous curatelle. Celle-ci lui permettra de conclure, avec l'accord du curateur, un mandat de protection future couvrant la gestion de ses biens personnels. Le recours à la curatelle, en amont de la signature du mandat, permet alors d'écarter le risque d'annulation ou de révocation de ce dernier, pourvu que le mandant dispose d'une lucidité suffisante pour émettre un consentement véritable¹⁴.

11. - Au-delà de la sécurisation du mandat, la mise en place d'un mandat de protection future en curatelle fournit le moyen de sécuriser la gestion du patrimoine professionnel de la personne vulnérable. Si, en effet, le curateur est investi d'une mission de protection de la personne du majeur et de son patrimoine, ses pouvoirs ne s'étendent pas à la gestion de son entreprise¹⁵. Cette dernière échappe aux pouvoirs du curateur, si bien qu'il est crucial d'anticiper la gouvernance de l'entreprise pour le jour où le dirigeant ne pourra plus l'assumer. Pareille anticipation s'impose d'autant plus que la survenance de l'incapacité du dirigeant met aujourd'hui un terme à ses fonctions (C. civ., art. 1160, al. 1^{er}). La conclusion d'un mandat de protection future en curatelle permet de combler ces lacunes en confiant l'exercice du mandat, soit au curateur¹⁶, soit à un tiers. Ce dernier pourra gérer l'entreprise en vertu des pouvoirs qu'il tient du mandat de protection future. Le dirigeant social peut en effet consentir un mandat à un tiers pour accomplir des actes engageant la société. Il n'y a donc pas d'impossibilité de principe à ce que le gérant soit représenté dans l'exercice de ses fonctions par un mandataire de protection future, pourvu que le mandat l'investisse de cette mission et que les statuts de la société soient rédigés en conséquence.

12. – Il reste que si le droit français fournit des outils de gradation de la protection du mandant, ces derniers impliquent le plus souvent l'intervention du juge, soit pour l'ouverture de la mesure complémentaire, soit pour la mainlevée de la mesure initiale. C'est dire que ces mécanismes

¹³ Circ. DACS CIV/01/09/C1, 9 févr. 2009 : BO Justice 28 févr. 2009, p. 35.

¹⁴ L'assistance du curateur ne fait pas obstacle, en revanche, à la nullité pour insanité d'esprit dès lors que le discernement du curatelaire était aboli au temps de la conclusion de l'acte juridique, v. Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, n° 09-13.635 : *D.* 2011, p. 50, note G. Raoul-Cormeil ; *RTD civ.* 2011, p. 103, note J. Hauser ; *Deffrénois* 2011, p. 835, note J. Massip ; *Dr. fam.* 2011, comm. 191, note I. Maria.

¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-13161 : *AJ fam.* 2012, p. 505, obs. Th. Verheyde ; *RTD civ.* 2012, p. 711, obs. J. Hauser ; *JCP E* 4 oct. 2012, note H. Hovasse ; *JCP N* 2012, 1365, note D. Azincourt ; *D.* 2013, p. 2206, obs. J.-J. Lemouland ; *Rev. Sociétés* 2013, p. 86, note A. Gaudemet ; *RTD com.* 2013, p. 104, obs. H. Monsérié-Bon ; Cass. 2^{ème} civ., 27 avr. 2016, n° 15-12.739, à paraître au *Bulletin*.

¹⁶ Ce qui implique bien entendu la désignation d'un curateur *ad hoc* pour la signature de l'acte (C. civ., art. 455).

heurtent l'esprit de déjudiciarisation qui anime la protection des majeurs. Ils engendrent surtout d'inutiles lourdeurs.

13. – Sur tous ces points, le droit belge présente d'indéniables atouts. La prise d'effet immédiate du mandat permet d'ajuster la protection du mandant à son état de santé. Le mandat étant dépourvu d'effet incapacitant, le mandant conserve, après sa mise en œuvre, la gestion de ses biens concomitamment avec le mandataire, ainsi que le pouvoir de modifier ou de révoquer le mandat, pourvu qu'il soit capable d'exprimer sa volonté (C. civ. belge, art. 490, al. 5). Dans la mesure où le mandant fait l'objet d'une publicité dès sa conclusion, le risque tiré d'actes contradictoires du mandataire et du mandant apparaît très faible. Les bénéfices de la mise en œuvre immédiate du mandat et du maintien de la capacité juridique du mandant apparaissent eux, en revanche, bien réels. La prise d'effet sur-le-champ du mandat permet au mandant de se décharger, sans attendre l'altération de ses facultés, de la gestion de tout ou partie de son patrimoine au profit du mandataire. Ainsi, le dirigeant social ayant atteint un certain âge, las de la gestion de ses affaires, pourra confier au mandataire la mission de le suppléer dans l'exercice de ses fonctions, tout en conservant la gestion du périmètre personnel de ses biens. Le droit français offre bien sûr aussi cette possibilité mais il implique le recours à deux mandats - un mandat ordinaire et un mandat de protection future – là où le mandat de protection extrajudiciaire suffit en droit belge¹⁷. Surtout, pareille conception permet d'affiner le fonctionnement du mandat, en s'écartant du modèle de la représentation. Tant que le mandant n'est pas hors d'état de gérer ses intérêts patrimoniaux, il peut agir de concert avec le mandataire et donc bénéficier du soutien, de l'accompagnement de ce dernier. C'est seulement une fois l'altération des facultés du mandant avérée que le mandat se mue en un véritable mandat de protection, le cas échéant sous le contrôle du juge qui peut être saisi ou se saisir d'office pour statuer sur l'adéquation du mandat à l'intérêt du mandant (C. civ. belge, art. 490/1, §2). On touche ici du doigt le changement de nature du mandat, précédemment évoqué.

14. - Une semblable conception pourrait inspirer le droit français. Il est vrai que le mandat de protection future est en principe assujéti au droit commun du mandat, ce qui semble incompatible avec son élargissement à l'assistance. Pour autant, à mieux y regarder, l'argument ne convainc pas. Le droit commun ne prive pas le mandant des pouvoirs qu'il confie au mandataire. Il n'interdit donc pas au mandant et au mandataire d'agir de concert. Au-delà d'une meilleure gradation de la protection, le modèle du droit belge suggère des solutions propres à remédier aux insuffisances du mandat de protection future sur le terrain de la gestion du mandataire.

II - Les freins sur le terrain de la gestion du mandataire

15. – Envisagé du point de vue du mandataire, le mandat de protection future comporte une double insuffisance, sur le terrain du choix mandataire (A) et des contours de sa mission (B).

¹⁷ Ph. Potentier, Le mandat de protection future entre écriture et pratique : *Deffrénois* 2018 (n° 10), p. 22, art. 133a2.

A – *Le choix du mandataire*

16. – Le Code civil abandonne au mandant une marge de manœuvre assez importante pour le choix du mandataire. Il en est ainsi lorsque le mandant confie l'exercice du mandat à une ou plusieurs personnes physiques. Le mandataire peut être alors toute personne choisie par le mandant (C. civ., art. 480). Il reste que cette liberté se heurte aux causes d'empêchement à l'exercice des charges tutélaires. Celles-ci sont, pour l'essentiel, de deux ordres. D'abord, la règle du non cumul des charges tutélaires et des charges fiduciaires interdit au fiduciaire d'ajouter à cette qualité celle de mandataire de protection future du constituant (C. civ., art. 480, al. 2 et 445, al. 3). L'avocat fiduciaire ne peut ainsi se voir confier un mandat de protection future par son client, si ce dernier l'a déjà désigné dans le cadre d'une fiducie. Rien n'est dit, en revanche, de l'extension du principe de non-cumul à la personne investie de la mission de tiers protecteur de la fiducie. L'opposition d'intérêts fait, on le sait, traditionnellement obstacle à la conclusion d'un contrat entre la personne protégée et la personne en charge de la mesure de protection, de telle sorte qu'il convient d'écarter cette possibilité.

17. - Le Code civil interdit, ensuite, aux professions médicales et de la pharmacie ainsi qu'aux auxiliaires médicaux d'être mandataires de protection future de leurs patients (C. civ., art. 480, al. 2 et 445, al. 2). On comprend sans peine l'esprit de suspicion qui imprègne cette prohibition. Mais ce dernier s'émousse lorsque l'incompatibilité affecte un membre de la famille du mandant. La primauté donnée à l'entourage pour l'exercice des mesures de protection devrait conduire, en pareil cas, à écarter cet empêchement¹⁸. Il reste que le mandat de protection future fragilise le principe de priorité familiale. La liberté du mandant de confier le mandat à toute personne de son choix n'est pas restreinte au seul cas où il n'a pas de proches parents¹⁹. C'est dire que le mandat de protection future incarne un outil d'éviction de la famille de la gestion du patrimoine de la personne vulnérable et, cela, quand bien même elle serait opposée à la désignation du mandataire. L'exclusion de la famille peut ici être totale et porter non seulement sur l'exercice du mandat mais, aussi, sur le contrôle de la mission du mandataire. On entrevoit sans difficultés les conflits qui peuvent en résulter. Si bien qu'il est souhaitable de rechercher l'adhésion de la famille au mandat et à la désignation du mandataire, bien qu'elle ne soit pas ici requise à la différence de l'habilitation familiale. Pareille adhésion s'impose d'autant plus en droit français lorsque le conjoint est écarté du mandat. En ce cas, tout intéressé²⁰ peut se prévaloir du principe de subsidiarité des mesures de protection par rapport au droit commun de la représentation et aux régimes matrimoniaux, afin d'obtenir la révocation du mandat au profit du conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé (C. civ., art. 483, 4°). Pareille faiblesse du mandat impose de motiver avec soin l'éviction du conjoint lorsqu'il n'est pas possible de le désigner en qualité de mandataire ou subrogé. En toute hypothèse, le conjoint ne peut être

¹⁸ N. Peterka, A. Caron-Dégliise, *Protection de la personne vulnérable* : Dalloz action, 4^{ème} éd., 2017/2018, n° 411.51.

¹⁹ A. Bateur, De quelques difficultés pratiques du mandat de protection future : *LPA* 7-8 sept. 2017, n° 129k5, p. 65.

²⁰ Ce qui vise le conjoint lui-même et, d'une manière plus générale, les personnes énumérées à l'article 430 c. civ., c'est-à-dire notamment les enfants.

ignoré. En fonction de son régime matrimonial, ses pouvoirs sur les biens s'exerceront concurremment à ceux de son époux et du mandataire. Sur tout ceci, le mandat de protection extrajudiciaire fait preuve de plus de souplesse. Le conjoint du mandant ne peut ici invoquer son régime matrimonial pour faire échec aux prévisions de son époux. Une réflexion pourrait ainsi s'engager, en droit français, sur l'opportunité de maintenir le principe de subsidiarité du mandat de protection future par rapport aux autres dispositifs alternatifs de protection

18. – Le choix du mandataire est plus contraint lorsqu'il se porte sur une personne morale. Le Code civil impose la désignation d'un service mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Le mandat de protection extrajudiciaire explore, lui, une voie alternative. Si la désignation d'une personne morale est en principe interdite, la prohibition se trouve largement vidée de sa substance par le recours aux fondations. L'exercice du mandat peut être confié à une fondation privée se consacrant exclusivement à la personne protégée ou à une fondation d'utilité publique chargée de l'administration de ses biens (C. civ., belge, art. 496/6, 2°). La fondation peut être désignée en qualité de mandataire ou, en soutien de ce dernier, en qualité de comandataire, subrogé ou tiers contrôleur. Interdit en droit français, le recours aux fondations constitue un atout considérable du mandat de protection extrajudiciaire. Elle l'est d'autant plus si l'on songe qu'en droit français, le mandat de protection future ne peut désigner, en qualité de mandataire ou tiers contrôleur, un cabinet d'avocat, de conseil en gestion de patrimoine ou un office notarial. C'est dire qu'il est indispensable de procéder à des désignations en cascade afin de parer au départ à la retraite, au décès ou à la survenance de l'incapacité du mandataire ou du tiers, personne physique²¹. Pareille précaution s'impose tout particulièrement dans le mandat notarié où le notaire rédacteur du mandat est tenu du contrôle des comptes du mandataire, sauf à considérer que cette mission se reporte sur son successeur²².

19. - Reste encore à pallier au risque de conflit d'intérêts. Ce dernier trouve son terrain d'élection au sein de la famille du mandant, notamment entre le conjoint mandataire et les enfants issus d'une autre union. Mais la sphère des relations professionnelles y est aussi propice. Il peut en être ainsi lorsque le mandat désigne, en qualité de subrogé mandataire, l'avocat du mandant. Pour autant, la Cour de cassation refuse de considérer une telle désignation comme un facteur systématique de conflit d'intérêts et, donc, de contrariété du mandat aux intérêts du mandant²³. Tout au contraire, la désignation, en qualité de subrogés ou tiers contrôleurs, de professionnels suivant les affaires du mandant depuis des décennies, participe des éléments concourant à renforcer le mandat²⁴. La fidélité aux habitudes du mandant apparaît ainsi de nature à garantir sa pérennité. Il n'en demeure pas moins que la désignation au sein du mandat d'un mandataire *ad hoc* chargé de suppléer le mandataire ou le subrogé, en cas d'opposition d'intérêts avec le mandant, s'avère une sage précaution. Cela d'autant plus que le Code civil ne

²¹ Ph. Potentier, Le mandat de protection future entre écriture et pratique, art. préc.

²² V. en ce sens, N. Peterka, Le mandat de protection future. Bilan et perspectives : *Defrénois* 2017, p 497, art. 126j8.

²³ Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 2017, n° 15-28669, préc.

²⁴ CA Paris, Pôle 3, ch. 7, 20 oct. 2015, RG 14/16205 et 15/06936.

prévoit pas la désignation judiciaire d'un tel mandataire²⁵, contrairement au droit belge (C. civ., belge, art. 490/2, §1^{er}, al. 4).

B – *La mission du mandataire*

20. – Les insuffisances du mandat de protection future se prolongent, enfin, sur le terrain des contours de la mission du mandataire. Deux périodes méritent ici d'être distinguées. La première correspond à la phase de latence du mandat, *i.e.* à la période qui s'écoule entre sa signature et sa prise d'effet. Cette dernière incombe au mandataire. Se pose, dès lors, la question de savoir si la mise en œuvre tardive du mandat peut lui être reprochée et justifier son éviction. Si la mise en œuvre du mandat incombe au mandataire, aucun texte ne lui impose de surveiller l'évolution de l'état de santé du mandant. Il reste que rien n'interdit de stipuler, dans le mandat, une telle obligation à la charge du mandataire dans le respect du secret médical qui lui est dû. Pareille clause permet de parer à la mise en œuvre tardive du mandat et au risque de mise à l'écart de ce dernier²⁶. On relèvera que le droit belge abandonne ici au mandataire le soin d'apprécier l'état de vulnérabilité du mandant, « conformément à ce qui est prévu » dans le mandat (C. civ., belge, art. 490/1, §3, al. 1^{er}). La clause paraît donc admise.

21. – C'est, à vrai dire, après la mise en œuvre du mandat de protection future que ses insuffisances sont les plus manifestes. On en retiendra deux. La première est de savoir si le périmètre des pouvoirs du mandataire peut être modifié. La réponse négative ne fait aucun doute lorsqu'il s'agit de l'accroître. S'il est un contrat, le mandat de protection future est aussi une mesure de protection, ce qui explique qu'il soit fortement imprégné d'ordre public. C'est dire qu'il est impossible d'étendre les pouvoirs du mandataire sous seing privé aux actes de disposition ou de permettre, dans le mandat notarié, la vente du logement du mandant sans autorisation judiciaire. La question de la réduction conventionnelle des pouvoirs du mandataire est, elle, plus délicate. La réduction des pouvoirs du mandataire notarié aux actes d'administration ou à certains actes de disposition est bien sûr valable. En revanche, la validité de la clause subordonnant l'accomplissement des actes de disposition à titre onéreux à l'autorisation du juge est plus incertaine car elle conduit à modifier, par contrat, la compétence *rationae materiae* du juge des tutelles.

22. – La seconde imperfection tient aux pouvoirs du mandataire notarié. S'il s'étend à tous les actes que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation, le mandat notarié requiert l'autorisation du juge des tutelles pour l'accomplissement des actes à titre gratuit (C. civ., art. 490). D'apparence claire, la référence à ces actes est, en réalité, féconde de difficultés. L'une d'elles est de savoir s'ils incluent les aliénations gratuites interdites au tuteur, même autorisé par le juge (C. civ., art. 509, 1^o). Le mandataire peut-il renoncer, par exemple, avec l'autorisation du juge, à un droit de retour conventionnel au nom du mandant ? Une autre

²⁵ L'article 485, alinéa 2 paraît, en effet, limiter la désignation judiciaire d'un mandataire *ad hoc* aux hypothèses d'extension de mandat.

²⁶ N. Peterka, Le mandat de protection future. Bilan et perspectives, art. préc. ; A. Bateau, De quelques difficultés pratiques du mandat de protection future, art. préc.

difficulté est de déterminer si le recours à l'assurance-vie implique l'autorisation du juge²⁷. L'ensemble de ces interrogations contraste avec la netteté des pouvoirs résultant du mandat belge. Non seulement, les pouvoirs du mandataire sont ici indifférents à la forme du mandat mais, encore, aucune interdiction – autre que celles stipulées au mandat - n'est imposée au mandataire. Ce dernier dispose notamment du pouvoir d'élaborer une planification successorale pour le compte du mandant, pourvu qu'il respecte les principes édictés au mandat et se concerta avec le mandant (C. civ. belge, art. 490/2, §1^{er}). S'il permet ainsi au mandataire de procéder à des libéralités pour le compte de la personne vulnérable, le Code civil belge n'en fait pas moins obstacle à l'émission d'une intention libérale par procuration.

23. – Reste, pour terminer, la question du contrôle des comptes de gestion. La souplesse du mandat de protection extrajudiciaire tranche, ici aussi, avec les dispositions gouvernant le mandat de protection future. Le mandat belge impose seulement au mandataire de se concerter à intervalles réguliers avec le mandant et d'informer ce dernier, ainsi que le tiers contrôleur éventuellement désigné, des actes qu'il accomplit. Pour le reste, c'est au mandant d'organiser le contrôle de la gestion, en précisant les obligations du mandataire dont l'irrespect pour être sanctionné par le juge (C. civ., art. 490/2, § 1^{er} et §2). Pareille liberté tranche avec les contraintes imposées au mandataire français, notamment sous le mandat notarié. Il serait sans doute souhaitable, à l'heure où se profile l'assouplissement du contrôle des comptes de gestion sous les mesures judiciaires, d'accorder au mandant une plus grande latitude dans l'organisation du contrôle de la gestion de ses biens. La possibilité pourrait lui être donnée, par exemple, de confier ce contrôle à un professionnel de son choix en déchargeant le notaire de cette mission. Le succès du mandat de protection future postule la liberté de créer une véritable protection sur-mesure, adaptée à l'état de santé ainsi qu'à la famille et au patrimoine du mandant. C'est à ce prix que ce mandat pourra devenir un outil efficace de protection. ■

²⁷ N. Peterka, L'assurance-vie à l'épreuve de la protection juridique des majeurs : *Mél. G. Champenois*, Defrénois 2012, p. 641 ; J. Leproux, Le mandat de protection future, technique de gestion patrimoniale : in *Le patrimoine de la personne protégée*, Lexis Nexis, 2015, p. 135.

**ARGUMENTAIRE EN FAVEUR DE L'ELARGISSEMENT DE LA FIDUCIE A
TOUTES LES PERSONNES PROTEGEES
ET PROPOSITION DE TEXTES¹**

Nathalie Peterka,
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC, Paris 12)
Marie-Hélène Isern-Réal,
Laurent Pottier,
Avocats au barreau de Paris

1. - La fiducie a été introduite en droit français par la loi n°2007-211 du 19 février 2007 (C. civ., art. 2011 et s.). L'article 2011 du Code civil la définit comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ».

La fiducie peut être conclue afin de constituer une sûreté ou confier la gestion d'un patrimoine à un tiers fiduciaire pour le compte du constituant ou d'un ou de plusieurs bénéficiaires désignés par ce dernier. La fiducie-libéralité est, en revanche, interdite. Le contrat est ici entaché d'une nullité d'ordre public (C. civ., art. 2013).

2. - À l'origine réservée aux seules personnes morales, la fiducie a été étendue aux personnes physiques par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008. Perçue à l'époque comme un acte dangereux en raison du transfert de droits qu'elle entraîne du patrimoine du constituant à celui du fiduciaire, la fiducie a été encadrée par des règles strictes lorsqu'elle est utilisée par des personnes physiques.

D'une part, ce contrat est impérativement soumis au formalisme notarié, à peine de nullité, si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision (C. civ., art. 2012, al. 2). D'autre part, le transfert de biens communs au sein d'un patrimoine fiduciaire est soumis, à peine de nullité relative, au double consentement des époux, sans égard pour la nature des biens communs apportés en fiducie (C. civ., art. 1424 et 1427).

Enfin, dans le domaine de la protection juridique des majeurs, la loi du 4 août 2008 a exclu les personnes en tutelle de la faculté de conclure un contrat de fiducie. Cette dernière correspond à un acte interdit au tuteur, même avec l'autorisation du juge des tutelles (C. civ., art. 509, 5°). C'est dire que l'autorisation judiciaire ouvre l'exercice des voies de recours et ne purge pas le contrat de la nullité dont il est infecté. L'interdiction posée à l'article 509, 5° a vocation à s'appliquer, par le jeu de renvoi de textes (C. civ., art. 437, al. 2 ; 490 et 494-6), au mandat

¹ Le présent argumentaire ainsi que les propositions de textes qui l'accompagnent ont été remis le 28 mai 2018 à Mme Yaël Braun-Pivet, présidente de la Commission des lois de l'Assemblée nationale.

spécial sous la sauvegarde de justice, au mandat de protection future ainsi qu'à l'habilitation familiale. En définitive, seules les personnes en curatelle peuvent, en l'état actuel du droit, conclure une fiducie pourvu qu'elles soient assistées du curateur (C. civ., art. 468, al. 3).

Or, pareille restriction apparaît aujourd'hui injustifiée à l'aune des potentialités que recèle la fiducie pour la gestion du patrimoine des personnes vulnérables et, notamment, des majeurs protégés.

3. - Le recours à ce mécanisme permet en effet de confier la gestion d'un patrimoine important et/ou complexe à un spécialiste de l'ingénierie patrimoniale, doté du savoir-faire nécessaire pour la gestion de tels biens. La fiducie participe ainsi des **outils de lutte contre la maltraitance financière** des personnes protégées.

Elle pourrait contribuer, en outre, à assurer **une meilleure adéquation du droit français de la protection des majeurs** aux principes édictés par la **Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)**². L'article 12 de cette convention prescrit de garantir à la personne souffrant d'un handicap physique ou mental « la capacité juridique dans tous les domaines » pour l'exercice de ses droits. Or, ainsi que le soulignent le Défenseur des droits et la Cour des comptes³, le droit français use trop des mesures substitutives, *i.e.* de mesures de représentation lourdement attentatoires à la capacité juridique des personnes vulnérables, telles que la tutelle et la curatelle renforcée. L'élargissement de la fiducie à toutes les personnes protégées, quelle que soit la nature de la mesure ouverte à leur égard, permettrait d'assurer une **protection plus respectueuse de la personne** et tout aussi efficace, si ce n'est plus efficace, que les mesures de protection traditionnelles.

Pareil élargissement s'insérerait, de manière cohérente, dans le mouvement de déjudiciarisation de la protection des majeurs, initié par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 avec la création du mandat de protection future, et poursuivi par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 ayant introduit la mesure d'habilitation familiale ainsi que par le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022. Ce dernier comporte plusieurs dispositions renforçant la déjudiciarisation du droit de la protection juridique des majeurs en ses articles 8, 15 et 16.

4. - Souvent perçue à tort comme un outil dangereux en raison de l'affectation des biens fiduciaires dans un patrimoine fiduciaire, la fiducie incarne en réalité **un dispositif alternatif de protection** des personnes vulnérables. Elle pourrait ainsi contribuer à renforcer le principe de subsidiarité des mesures de protection des majeurs, dans le sillage des recommandations du Défenseur des droits et du rapport de la Cour des comptes ou être utilisée en complément de l'ouverture d'une mesure de protection. La fiducie pourrait aussi constituer une alternative intéressante au mandat de protection future, lequel rencontre pour l'heure peu de succès.

² Ratifiée par la France le 20 mars 2010.

³ Défenseur des droits, *La protection juridique des majeurs vulnérables*, rapport, sept. 2016 ; Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, communication à la commission des Finances, de l'Économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, 4 oct. 2016.

5. - L'évolution du droit de la protection juridique des majeurs et des dispositions relatives à la fiducie frappe d'obsolescence les objections traditionnellement opposées à celle-ci (1). Elle fournit aujourd'hui des arguments favorables à l'ouverture de la fiducie à toutes les personnes protégées (2). Pareille ouverture pourrait être assortie de quelques précisions de nature à renforcer l'encadrement du mécanisme lorsqu'il est utilisé pour le compte d'une personne protégée (3).

1. L'obsolescence des objections traditionnellement opposées à la fiducie

6. - Un double argument a été avancé, par le passé, pour écarter les personnes protégées de la faculté de constituer une fiducie, un argument fiscal (A), d'une part, et un argument de nature constitutionnelle (B), d'autre part. De ces deux arguments, ni l'un ni l'autre n'apparaît désormais justifié.

1.2. L'obsolescence de l'argument fiscal

7. - À l'origine, la loi du 19 février 2007 ayant institué la fiducie s'est opposée à ce que celle-ci soit utilisée par des personnes physiques par crainte que la fiducie soit instrumentalisée pour éluder l'impôt.

Cette réticence initiale – fruit d'une méfiance généralisée à l'égard de la fiducie – avait conduit à exclure les personnes physiques de la qualité de constituant d'une fiducie. Or, la loi du 4 août 2008 a depuis élargi aux personnes physiques la possibilité de constituer une fiducie.

Il ne reste de cette réticence qu'un reliquat : l'interdiction à l'égard d'une personne physique sous tutelle.

Surtout, l'argument cède aujourd'hui devant la neutralité fiscale de la fiducie. Cette dernière obéit à un régime de neutralité fiscale. Elle est fiscalement translucide et fait l'objet d'une imposition au nom du constituant⁴.

1.3. L'obsolescence de l'argument constitutionnel, tiré du transfert « contraint » de propriété

8. - À l'occasion des débats relatifs à la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, l'Assemblée nationale s'est opposée à l'utilisation de la fiducie pour la gestion du patrimoine des personnes protégées, au motif que « *le transfert de propriété résultant d'un tel contrat, dans la mesure où il intervenait à l'insu de la personne protégée, posait des difficultés au regard du droit de propriété, constitutionnellement garanti* ».

⁴ A. Hinfray et V. Mialhe, La fiducie et son régime fiscal : *Gaz. Pal.* 15-17 juin 2014 (n° 166 à 168), p. 13, 183r0.

L'argument ne tient pas. En effet, cette crainte, antérieure à l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité, ne tient pas compte du fait que depuis lors le Conseil constitutionnel a approuvé à diverses reprises des limitations au droit de propriété (à propos du 2° de l'article 274 du Code civil, Décision du 13 juillet 2011 ; à propos de la seconde phrase du deuxième alinéa de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce, Décision du 7 octobre 2015).

On ajoutera d'une part que l'on ne voit pas pourquoi cette mesure serait prise « à l'insu de la personne protégée » si celle-ci est capable d'un certain discernement et d'autre part qu'il arrive au tuteur de vendre un bien du majeur protégé, avec l'accord du juge, et qu'il y a bien dans ce cas un « transfert de propriété ».

9. - Enfin, le « transfert de propriété » qu'opère la fiducie produit des effets bien moins radicaux que ceux résultant d'un acte ordinaire d'aliénation, tel qu'une vente immobilière ou la cession d'un portefeuille valeurs mobilières. Il est, en réalité, inexact de confondre la propriété fiduciaire et la propriété ordinaire définie à l'article 544 du Code civil.

En effet, d'une part, à la différence du propriétaire ordinaire, le fiduciaire détient des **prérogatives limitées** sur les biens. L'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition peut être limitée par les clauses du contrat (C. civ., art. 2018, 6°).

Ce dernier peut réserver, par ailleurs, au constituant l'usage ou la jouissance des biens placés en fiducie, lorsque ceux-ci correspondent à un fonds de commerce ou à un immeuble à usage professionnel (C. civ., art. 2018-1).

S'il est vrai que « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire », il n'en est plus ainsi lorsqu'il est « démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs ». (C. civ., art. 2023).

L'ensemble de ces restrictions fait ressortir que, loin d'être propriétaire des biens fiduciaires, le fiduciaire est davantage **un conservateur** ou un **gestionnaire** de ces biens. Ses prérogatives sont inféodées au but assigné par le contrat de fiducie et à la mission que ce dernier a bien voulu lui confier. La propriété fiduciaire apparaît, en définitive, comme une **propriété finalisée**, dont les limitations sont mises en place dans **l'intérêt d'un tiers**. Il s'agit, en d'autres termes, d'une propriété **pour le compte d'autrui**⁵.

10. - D'autre part, à la différence de la propriété ordinaire, la propriété fiduciaire ne revêt **pas** un **caractère exclusif**. Non seulement, le fiduciaire est tenu de se conformer à la mission qui lui a été confiée par le constituant mais, encore, il est tenu de rendre compte de sa gestion à ce dernier (C. civ., art. 2022) et de répondre des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission (C. civ., art. 2026). Enfin, le constituant peut à tout moment désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat (C. civ., art. 2017). Le « fiduciaire agit alors sous l'œil d'un censeur, représentant du constituant »⁶.

⁵ Sur tout ceci, B. Mallet-Bricout, Le fiduciaire propriétaire ? : JCP N 2010, 1191.

⁶ B. Mallet-Bricout, art. préc., spéc. n° 8.

Lorsque le constituant fait l'objet d'une mesure de protection, le fiduciaire rend compte de sa mission au tuteur ou au curateur à la demande de ce dernier, au moins une fois par an, sans préjudice de la périodicité fixée par le contrat (C. civ., art. 2022, al. 2).

Le fiduciaire rend compte, par ailleurs, de sa mission au bénéficiaire et au tiers protecteur à leur demande, selon la périodicité fixée au contrat (C. civ., art. 2022, al. 3).

Pareil encadrement de la fiducie l'érige en une mesure dynamique et sécurisée de gestion du patrimoine de la personne protégée et, cela, indifféremment de toute logique d'anticipation.

2. Les arguments en faveur de l'élargissement de la fiducie aux personnes protégées

11. - Les questions de fond soulevées au sujet de l'ouverture de la fiducie aux personnes sous tutelle font toucher du doigt l'incohérence du droit français en la matière. Il est incohérent d'ériger la fiducie, sous la tutelle, en un acte interdit au tuteur même avec l'autorisation du juge des tutelles (C. civ., art. 509, 5°) et l'autoriser, dans le même temps, sous la curatelle avec l'assistance du curateur (C. civ., art. 468, al. 3). On ne comprend pas pourquoi le majeur en tutelle est écarté d'instruments de gestion du patrimoine ouverts à la personne en curatelle. L'argument tiré de la prétendue contrariété de la fiducie à l'intérêt de la personne protégée (1), des risques qu'elle présenterait pour cette dernière (2) et l'instrument d'évasion fiscale qu'offrirait la fiducie ne tient pas (3).

2.1. La question tirée de l'intérêt de la personne protégée

12. - L'argument selon lequel la fiducie porterait atteinte aux droits de la personne protégée, en raison de l'externalisation du patrimoine qu'elle réalise, est inopérant ainsi qu'il a été déjà démontré (v. *supra* n° 8 et s.).

Un tel argument prouve trop. S'il était retenu, il conviendrait d'interdire également toute vente faite par le tuteur au nom du majeur.

Surtout, le transfert de propriété résultant de la fiducie opère des effets bien moins radicaux qu'un transfert ordinaire de propriété car :

- non seulement, les droits du fiduciaire sont encadrés - à la différence de ceux d'un propriétaire ordinaire (v. *supra* n° 9 et 10) ;

- mais, encore, la fiducie peut être constituée dans l'intérêt du constituant, ce dernier étant alors désigné en **qualité de bénéficiaire du contrat**. C'est dire que les biens fiduciaires feront retour, au terme de la fiducie, dans le patrimoine de la personne protégée. En ce sens, la fiducie constitue un outil performant de la gestion de ses biens. Il convient ici de rappeler qu'elle concerne, au premier chef, des patrimoines importants et/ou complexes. Elle fournit ainsi un instrument de sécurisation de la gestion par le recours à un professionnel de l'ingénierie patrimoniale.

► Un **exemple**, tiré du règlement d'une succession en présence d'un héritier sous curatelle, permet de l'illustrer.

Les faits :

En l'absence de conjoint survivant, la succession de Mme C. comportait :

1/ deux types d'actifs « classiques »

- des liquidités aisément mobilisables (le solde d'un compte bancaire et un portefeuille de valeurs mobilières) pour une contrevaieur de **20.000 €**,

- trois biens immobiliers « standard », commodément expertisables, cessibles pour des valeurs respectives évaluées – selon l'accord des parties – à 315.000 €, 270.000 € et 250.000 €, soit une masse totale de **835.000 €**.

2/ un bien immobilier que l'on pouvait qualifier d'« inextricable » parce qu'il consistait en une friche industrielle implantée sur un terrain pollué, en secteur périurbain actif, et n'engendrait évidemment aucun revenu.

Ce bien représentait, selon les devis de dépollution et de démolition, une charge estimée à 90.000 € à mettre en parallèle avec une valeur nette du foncier évaluée autour de 120.000 € (montant supérieur de la fourchette : 135.000 €, mais un montant supérieur de 50% en fonction d'un projet d'urbanisation en cours d'élaboration au niveau communal n'était pas exclu, toutefois cette valorisation était très aléatoire).

La valeur déclarative successorale fut sagement calculée : $120.000 \text{ €} - 90.000 \text{ €} = \mathbf{30.000 \text{ €}}$.

La masse à partager représentait en conséquence une valeur médiane : **885.000 €**.

Les héritiers de Mme C. étaient au nombre de trois (la part de chacun s'établissait donc à $885.000 \text{ €} / 3 = 295.000 \text{ €}$), tous majeurs, que nous nommerons Jean, Paul et Claire.

Paul était un incapable sous curatelle renforcée, son curateur était son frère Jean.

Pour diverses raisons tenant à cette circonstance et à des tensions intra-familiales, les héritiers n'étaient pas en mesure de se coaliser en vue de mener l'opération de réhabilitation de la friche industrielle, et craignaient en outre, lors du déroulement des opérations (dépollution, démolition, mise en vente elle-même tributaire de l'aboutissement du projet d'urbanisation à l'issue incertaine), la survenance de désaccords insurmontables.

De surcroît, Jean souhaitait prévenir tout conflit d'intérêts potentiel.

La solution :

Celle-ci fut suggérée par un grand cabinet fiduciaire de la place de PARIS : la constitution d'une fiducie mixte (gestion et sûreté) pour un partage rapide par le « cantonnement » du bien inextricable.

Les modalités d'exécution furent les suivantes :

1/ en ce qui concerne le partage

- lot de Paul : la totalité des liquidités (**20.000 €**), le bien immobilier valant **250.000 €** et la contrevaletur indivise du bien inextricable ($30.000 \text{ €} / 3 = \mathbf{10.000 \text{ €}}$). A ce sous-total (**280.000 €**) s'ajouta une soulte de **15.000 €** versée par Jean. Total global : **295.000 €**.

- lot de Jean : le bien immobilier valant **315.000 €** et la contrevaletur indivise du bien inextricable (**10.000 €**). Il faut déduire de ce sous-total (**325.000 €**) le montant cumulé des soultes versées à Paul et Claire - **30.000 €**. Total global : **295.000 €**.

- lot de Claire : le bien immobilier valant **270.000 €** et la contrevaletur indivise du bien inextricable (**10.000 €**). Comme pour Paul, à ce sous-total (**280.000 €**) s'ajouta la soulte de **15.000 €** versée par Jean. Total global : **295.000 €**.

2/ en ce qui concerne la gestion du bien inextricable

Celui-ci fut affecté en indivision à charge pour les coïndivisaires de le transférer dès le partage successoral dans une fiducie mixte.

Le fiduciaire reçut la mission de finaliser les opérations de dépollution (discuter les devis dans l'optique de faire baisser le coût final dans la mesure du possible, en surveiller l'exécution et en assurer le règlement auprès de l'intervenant finalement retenu par le fiduciaire), de faire de même quant à la démolition du bâti, puis d'en assurer la vente en recherchant le meilleur prix sur un laps de temps maximum prédéfini (avec un prix de cession minimal convenu au contrat de fiducie, la marge de négociation était de - 10% par rapport à 120.000 €). Ceci représentait le volet « gestion » de la fiducie.

Afin de conforter l'opération et de permettre au fiduciaire de contracter un emprunt bancaire (pour financer la dépollution et la démolition), le fiduciaire fut autorisé à affecter le bien inextricable en garantie (volet « sûreté » de la fiducie).

En cas probable d'insuffisance, le fiduciaire pouvait mobiliser auprès des trois héritiers constituants un complément de garanties personnelles jusqu'à un total de 60.000 €, selon des critères fixés au contrat de fiducie (en ce qui concerne Paul, les 35.000 € furent placés dans un contrat d'assurance-vie susceptible d'être nanti auprès de la banque prêteuse. *Idem* pour Claire à hauteur de 15.000 €, les deux placements en assurance-vie étant diminués si nécessaire pour l'acquittement des droits de succession et des frais de notaire aisément quantifiables).

Pour compléter le dispositif, le notaire ayant diligenté la succession fut désigné en qualité de tiers protecteur.

Une difficulté dût être surmontée : la rémunération du fiduciaire. Celle-ci fut résolue par un engagement personnel de Jean et de Claire à assurer la trésorerie, à charge de récompense lors de la vente du bien inextricable.

Il importe de souligner que cette solution ne put être mise en œuvre que parce que Paul était placé sous le régime de la curatelle, qui permet –sur le fondement de l’article 468 du Code civil – à la personne en curatelle avec l’assistance du curateur, de conclure un contrat de fiducie.

Elle eut été impossible, en l’état actuel du droit, si Paul avait été sous tutelle en raison de l’interdiction édictée par l’article 509 du même Code.

2.2. La question tirée des risques de la fiducie pour la personne protégée

13. - L’argument selon lequel l’aliénation fiduciaire pourrait avoir des conséquences graves sur le patrimoine du constituant, notamment lorsqu’elle est constituée à titre de garantie, ne tient pas. Pareil raisonnement conduirait, s’il était retenu, à interdire aux personnes en tutelle de constituer une hypothèque au profit de leur créancier et ainsi à les exclure du commerce juridique, notamment de la possibilité de souscrire un emprunt en vue d’acquérir un immeuble mieux adapté à leur état de santé.

En réalité, en présence d’un patrimoine complexe, le risque véritable pour la personne protégée réside dans le fait de laisser le tuteur – familial ou professionnel – gérer seul les différentes facettes du patrimoine, sans recours à la délégation à des spécialistes.

Enfin, le fiduciaire personne physique⁷ est, lui, avocat. En cette qualité, il est contrôlé par le Barreau et spécialement formé. Sur le terrain de la responsabilité civile, il est bien mieux assuré que n’importe quel tuteur familial ou professionnel.

2.3. La question tirée de l’objectif poursuivi

14. - Ainsi qu’il a été déjà souligné (v. *supra* n° 7), la fiducie obéit à un principe de neutralité fiscale. Elle fait l’objet d’une imposition dans le patrimoine du constituant et ne peut donc être utilisée comme un outil d’optimisation fiscale.

L’objectif poursuivi est la sécurisation ainsi que la dynamisation de la gestion du patrimoine de la personne protégée.

⁷ Nous n’envisageons pas ici les seules personnes morales habilitées à être fiduciaires (établissements de crédit, entreprises d’investissement, entreprises d’assurance) car elles interviennent dans le domaine des affaires et non dans celui des incapables.

3. Les précisions de nature à encadrer la fiducie constituée pour le compte d'une personne protégée

Trois séries de précisions pourraient assortir la consécration de la fiducie en faveur des personnes protégées, sur le terrain du primat de la fiducie, de son fonctionnement ainsi que de la portée du contrôle du juge des tutelles.

3.1. Les nuances sur le primat de la fiducie

15. - La suggestion de proposition de loi inscrit à la fiducie à l'article 428 du Code civil consacrant le principe de subsidiarité des mesures de protection des majeurs. Ce principe conduit à faire prévaloir le recours à des dispositifs alternatifs de protection non attentatoires à la capacité juridique de la personne vulnérable (droit commun de la représentation, mesures de sauvegarde conjugales du régime primaire et des régimes matrimoniaux) toutes les fois qu'ils suffisent à pourvoir à ses intérêts.

Le principe de subsidiarité n'a donc rien d'absolu ni de systématique.

Il permet, en revanche, d'assurer une **protection respectueuse de la capacité juridique** de la personne vulnérable, conformément aux dispositions de l'article 12 de la CIDPH.

La réflexion sur l'élargissement de la fiducie aux personnes protégées s'inscrit ici dans le **prolongement des travaux** menés par la **mission interministérielle** sur la protection juridique des majeurs vulnérables et la mise en conformité du droit français avec la CIDPH. Il convient de souligner ici que l'ouverture de la fiducie fait partie des chantiers explorés par le groupe de travail.

16. - La suggestion de proposition de loi ne vise donc pas à placer la fiducie en position de primauté **mais à en réserver la possibilité** toutes les fois qu'elle suffit à protéger les intérêts patrimoniaux de la personne vulnérable.

En effet, d'une part, il n'est certainement pas prétendu que la fiducie est une panacée et que toute mesure de tutelle devrait s'accompagner ou être suppléée par la constitution d'une fiducie. En revanche, il peut se trouver des situations patrimoniales qui seront résolues par priorité par le recours à cet outil (v. l'exemple cité *supra* n° 12).

D'autre part, dans certains cas, on peut concevoir que les difficultés de gestion patrimoniale seront résolues par la fiducie et que le tuteur pourra se consacrer à l'accompagnement de la personne, ainsi que l'autorise l'article 425 du Code civil depuis la loi du 5 mars 2007.

17. - On peut représenter l'application de la fiducie par le diagramme suivant :

Majeur protégé « sans patrimoine »	→ Curateur ou tuteur se consacrant uniquement à la personne
Majeur protégé doté d'un patrimoine « simple »*	→ Curateur ou tuteur se consacrant essentiellement à la personne et gérant le patrimoine simple
Majeur protégé doté d'un patrimoine important et « complexe »**	→ Curateur ou tuteur se consacrant essentiellement à la personne et gérant la

partie « simple » du patrimoine → Fiduciaire gérant la partie complexe du patrimoine

* on entend par patrimoine « simple » un patrimoine ne posant pas de difficultés de gestion (ex : un appartement de rapport donné à bail à un locataire s'acquittant régulièrement de ses loyers)

** on entend par patrimoine « complexe » un patrimoine comportant des biens et droits de nature variée et nécessitant des compétences diverses (ex : biens immobiliers + actions non cotées en Bourse + œuvres d'art + droits patrimoniaux d'artistes...)

On réservera le cas où la conclusion d'une fiducie au stade de la sauvegarde de justice, après un diagnostic de la situation patrimoniale, permettra d'éviter le prononcé d'une mesure de protection toujours mal vécue par le sujet à protéger et soulagera d'autant la juridiction surchargée... La personne ayant fait l'objet de la sauvegarde de justice ne sera pas abandonnée pour autant (v. les propositions de textes *infra*).

3.2. Le fonctionnement de la fiducie

18. - Le fonctionnement de la fiducie en présence d'une personne protégée pourrait être encadré.

En l'état actuel du droit, la fiducie peut être constituée en faveur d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou du constituant lui-même.

En présence d'une personne sous tutelle, son bénéfice pourrait être limité *de lege ferenda* au profit du constituant sous mesure de protection, afin de sécuriser le contrat.

Par exception, le bénéfice du contrat pourrait être étendu au profit de certaines personnes limitativement énumérées par la loi, telles que la maison de retraite ou l'établissement de soins accueillant le majeur vulnérable, afin d'en faciliter le financement.

3.3. La portée du contrôle du juge

19. - Il est incohérent que la fiducie soit permise sous la curatelle avec l'assistance du curateur (C. civ., art. 468, al. 3) et interdite sous la tutelle même avec l'autorisation du juge des tutelles (C. civ., art. 509). Il serait préférable tout à la fois pour la protection des intérêts patrimoniaux de la personne vulnérable et la cohérence du droit des majeurs protégés, d'autoriser la fiducie sous la tutelle, tout en l'entourant de règles de nature à préserver les intérêts du constituant.

Il serait ainsi parfaitement concevable, comme l'avait suggéré le Sénat au cours des travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007⁸, de mettre en place des garde-fous afin de sécuriser la constitution de la fiducie par une personne protégée.

⁸ Rapport H. de Richemont, *Doc. Sénat*, n° 212, session ord., 2006-2007, p. 219-221.

3.3.1. Sous la tutelle

20. - Outre la nécessité de l'autorisation du juge, la fiducie constituée par une personne sous mesure de protection pourrait être soumise, à peine de nullité, à l'acte d'avocat (comme en matière de mandat de protection future par acte sous seing privé) ou au formalisme notarié, afin de garantir la préservation des intérêts de la personne protégée.

La soumission à l'acte d'avocat ou au formalisme notarié permettrait d'établir **un dialogue entre le juge des tutelles et le professionnel rédacteur** de l'acte quant à **l'adéquation** de la fiducie aux **intérêts patrimoniaux** de la personne protégée.

Par ailleurs, la désignation d'un tiers protecteur de la fiducie (C. civ., art. 2017) pourrait être obligatoire en présence d'un constituant sous mesure de protection.

L'ouverture de la fiducie à la tutelle impose d'en explorer les perspectives sous les autres mesures substitutives, *i.e.* de représentation (mandat spécial sous la sauvegarde de justice, habilitation familiale, mandat de protection future).

3.3.2. Sous la sauvegarde de justice avec mandat spécial

21. - La suggestion de réforme soumise à l'examen de la Commission des lois explore la possibilité de constituer une fiducie sous la sauvegarde de justice avec mandat spécial.

Le **mandataire spécial** pourrait recevoir du juge la mission de conclure un contrat de fiducie au nom de la personne sauvegardée. Pareille évolution conduirait à **renforcer les principes de nécessité et de subsidiarité des mesures de protection** (C. civ., art. 428, al. 1^{er}). En présence d'un patrimoine complexe, la mise en place d'une sauvegarde autonome avec mandat spécial permettrait d'organiser un dispositif adapté de gestion des biens.

Le mandat spécial pourrait être limité à la constitution de la fiducie et imposer, le cas échéant, la désignation d'un **tiers contrôleur (tiers protecteur) de celle-ci**⁹. Le mandat prendrait fin avec la conclusion du contrat.

La protection des intérêts extrapatrimoniaux du constituant pourrait être assurée par une mesure de protection limitée à la seule protection de la personne du majeur, ainsi que l'autorise l'article 425.

3.3.3. Sous l'habilitation familiale

22. - La suggestion de réforme proposée n'aborde pas la question de l'ouverture de la fiducie à **l'habilitation familiale**, dont il faut ici rappeler qu'elle ne participe pas de l'éventail des mesures judiciaires de protection¹⁰. Il est pourtant impossible d'évacuer cette question, tant il est vrai que l'habilitation familiale est un succédané des mesures traditionnelles.

⁹ Cette désignation correspond à une simple faculté dans le droit commun de la fiducie.

¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 2017, n° 16-27.507, FS-P+B+I, *JurisData* n° 2017-026461 : *JCP N* 2018, n° 1, act. 118 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 73, obs. I. Maria ; *Procédures* 2018, comm. 83, obs. M. Douchy-Oudot ; *D. act.*, 8 janv.

Il reste que l'admission de la fiducie sous l'habilitation familiale ne se pose pas dans les mêmes termes qu'à propos des mesures traditionnelles. Cela tient à l'exclusion de tout contrôle judiciaire en amont et en aval des actes de gestion. Non seulement, la personne habilitée peut effectuer, sous l'habilitation générale, l'ensemble des actes de disposition à titre onéreux sans autorisation judiciaire mais encore, elle n'est pas tenue de rendre compte de sa gestion pendant le fonctionnement de la mesure. Il convient, dès lors, d'adapter les règles gouvernant l'habilitation familiale à la constitution d'une fiducie. Il pourrait être envisagé de soumettre cette dernière à l'autorisation du juge. Cette solution conduirait à soumettre la fiducie à des règles dérogatoires sous l'habilitation générale¹¹ et à lui imprimer, sous l'habilitation spéciale, les règles ordinaires de gestion.

Il convient ici de souligner l'importance de trancher la question de la constitution de la fiducie par la personne sous habilitation familiale. La personne protégée conservant ici la capacité juridique d'accomplir les actes ne relevant pas de la mission de la personne habilitée et l'interdiction de l'article 509, 5° étant applicable sous l'habilitation familiale, la personne protégée peut, en l'état actuel des textes, conclure seule une fiducie quel que soit son degré de vulnérabilité (C. civ., art. 494-8, al. 1^{er}).

3.3.4. Sous le mandat de protection future

23. - La constitution d'une fiducie doit-elle relever du périmètre des pouvoirs du mandataire ?

Il est généralement admis, en l'état actuel du droit, que ce dernier ne peut conclure un tel contrat en raison de l'extension au mandat de protection future, même notarié, de la liste des actes interdits sous la tutelle (arg. C. civ., art. 509, 5° et 490).

La suggestion de proposition de réforme, visant à rayer la fiducie de cette liste, fait rebondir le débat. On discerne mal, si cette proposition était adoptée, ce qui justifierait l'interdiction de ce contrat sous le mandat de protection future dès lors que ce dernier s'étend aux actes de disposition. Le recours à la fiducie pourrait ici être autorisé avec l'autorisation du juge des tutelles. La solution serait cohérente avec celle proposée sous l'habilitation familiale dont le régime fait de nombreux emprunts au mandat de protection future.

3.3.5. Les modalités de constitution de la fiducie sous la future mesure unique d'assistance et la déjudiciarisation relative des actes de gestion

24. - Dans la perspective de la mise en place d'une **mesure unique de protection judiciaire**¹², la fiducie pourrait s'insérer dans la sphère ordinaire des pouvoirs du protecteur ainsi que dans leur éventuel aménagement, à la faveur de la reconnaissance de poches ponctuelles de représentation.

2018, obs. N. Peterka ; *D.* 2018, p. 223, obs. D. Noguéro ; *AJ fam.* 2018, p. 125, obs. G. Raoul-Cormeil ; *RTD civ.* 2018, p. 74, D. Mazeaud ; *Sol. not.* 2017, n° 1, p. 31, obs. N. Peterka.

¹¹ Où la personne habilitée peut en principe accomplir seule les actes de disposition à titre onéreux relatifs aux biens de la personne protégée.

¹² V. sur ce point, les travaux de la mission interministérielle sur la réforme de la protection juridique des majeurs, mise en place par le garde des sceaux le 15 mars 2018.

Une fois le contrat signé, la mesure pourrait être réduite à la seule sphère de la protection de la personne et/ou des biens non fiduciaires.

Ainsi conçue, la fiducie offrirait une **alternative performante à la déjudiciarisation de la gestion des patrimoines** complexes ou importants réalisée actuellement, dans le seul cadre familial, par la mesure d'habilitation (C. civ., art. 494-1 et s.) et, sous réserve de l'anticipation, par le mandat de protection future notarié.

Une fois la fiducie judiciairement constituée, le fiduciaire exercerait sa mission, conformément aux stipulations du contrat, sans avoir à solliciter de nouvelles autorisations judiciaires.

Le **contrôle des comptes** se ferait par la personne en charge de la mesure et par le tiers protecteur de la fiducie, comme le prévoit l'article 2022, alinéas 2 et 3 du Code civil. On relèvera que la fiducie s'inscrit ici dans le mouvement de déjudiciarisation de contrôle des comptes de gestion prévu par l'article 16 du projet de loi de programmation pour la justice.

L'apport du logement de la personne protégée en fiducie serait soumis au droit commun de la protection des majeurs et, donc, aux dispositions de l'article 426 du Code civil quelle que soit la nature de la mesure de protection.

PROPOSITIONS DE TEXTES

EN CE QUI CONCERNE LES DISPOSITIONS GENERALES SUR LES MESURES DE PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS

Modification de l'article 425 du code civil :

<p><i>De lege lata</i>¹³</p> <p><i>« 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.</i></p> <p><i>S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions. »</i></p>	<p><i>De lege ferenda</i>¹⁴</p> <p><i>« 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.</i></p> <p><i>S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions.</i></p> <p><i>Dès l'instauration d'une mesure destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci, la personne chargée de la protection recherche, selon l'importance des biens à gérer ou la difficulté prévisible de la mesure à exercer, si l'organisation judiciaire d'une fiducie permettrait une limitation ultérieure de la mesure à la mission de protection de la personne. »</i></p>
--	--

¹³ La loi telle qu'elle existe actuellement.

¹⁴ La loi qu'on souhaiterait voir adopter.

Modification de l'article 428 du code civil :

<i>De lege lata</i>	<i>De lege ferenda</i>
<p><i>« La mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé.</i></p>	<p><i>« La mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future ou d'une fiducie conclu par l'intéressé.</i></p>
<p><i>La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé. »</i></p>	<p><i>La mesure relative à la protection des intérêts patrimoniaux de la personne ne peut être ordonnée durablement que lorsqu'il ne peut être pourvu à ces intérêts par l'organisation judiciaire d'une fiducie.</i></p>
	<p><i>La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé. »</i></p>

EN CE QUI CONCERNE LA SAUVEGARDE DE JUSTICE

Modification de l'article 437 du code civil :

<i>De lege lata</i>	<i>De lege ferenda</i>
<p>« S'il y a lieu d'agir en dehors des cas définis à l'article 436, tout intéressé peut en donner avis au juge.</p>	<p>« S'il y a lieu d'agir en dehors des cas définis à l'article 436, tout intéressé peut en donner avis au juge.</p>
<p>Le juge peut désigner un mandataire spécial, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 445 et 448 à 451, à l'effet d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée. Le mandataire peut, notamment, recevoir mission d'exercer les actions prévues à l'article 435.</p>	<p>Le juge peut désigner un mandataire spécial, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 445 et 448 à 451, à l'effet d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée. Le mandataire peut, notamment, recevoir mission d'exercer les actions prévues à l'article 435.</p>
<p>Le mandataire spécial est tenu de rendre compte de l'exécution de son mandat à la personne protégée et au juge dans les conditions prévues aux articles 510 à 515. »</p>	<p>Il peut également recevoir mission de conclure un contrat de fiducie adapté à la situation patrimoniale de la personne protégée.</p> <p>Le mandataire spécial est tenu de rendre compte de l'exécution de son mandat à la personne protégée et au juge dans les conditions prévues aux articles 510 à 515. »</p>

EN CE QUI CONCERNE LA CURATELLE

Modification de l'article 468 du code civil :

<p><i>De lege lata</i></p> <p>« Les capitaux revenant à la personne en curatelle sont versés directement sur un compte ouvert à son seul nom et mentionnant son régime de protection, auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public.</p> <p><i>La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur conclure un contrat de fiducie ni faire emploi de ses capitaux.</i></p> <p><i>Cette assistance est également requise pour introduire une action en justice ou y défendre. »</i></p>	<p><i>De lege ferenda</i></p> <p>« Les capitaux revenant à la personne en curatelle sont versés directement sur un compte ouvert à son seul nom et mentionnant son régime de protection, auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public.</p> <p><i>La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur faire emploi de ses capitaux.</i></p> <p><i>Cette assistance est également requise pour introduire une action en justice ou y défendre. »</i></p>
--	--

EN CE QUI CONCERNE LA TUTELLE

Modification de l'article 509 du code civil :

<i>De lege lata</i>	<i>De lege ferenda</i>
<p><i>« Le tuteur ne peut, même avec une autorisation :</i></p> <p><i>1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction visée aux articles 929 à 930-5, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement ou la constitution gratuite d'une servitude ou d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers ;</i></p> <p><i>2° Acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre la personne protégée ;</i></p> <p><i>3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée ;</i></p> <p><i>4° Acheter les biens de la personne protégée ainsi que les prendre à bail ou à ferme, sous réserve des dispositions de l'article 508 ;</i></p> <p><i>5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé. »</i></p>	<p><i>« Le tuteur ne peut, même avec une autorisation :</i></p> <p><i>1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction visée aux articles 929 à 930-5, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement ou la constitution gratuite d'une servitude ou d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers ;</i></p> <p><i>2° Acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre la personne protégée ;</i></p> <p><i>3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée ;</i></p> <p><i>4° Acheter les biens de la personne protégée ainsi que les prendre à bail ou à ferme, sous réserve des dispositions de l'article 508. »</i></p>

EN CE QUI CONCERNE L'HABILITATION FAMILIALE

Modification de l'article 494-2 du code civil :

<p><i>De lege lata</i></p> <p><i>« L'habilitation familiale ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217,219,1426 et 1429, ou par les stipulations du mandat de protection future conclu par l'intéressé »</i></p>	<p><i>De lege ferenda</i></p> <p><i>L'habilitation familiale ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217,219,1426 et 1429, ou par les stipulations du mandat de protection future ou d'une fiducie conclu par l'intéressé.</i></p> <p><i>L'habilitation familiale relative à la protection des intérêts patrimoniaux de la personne ne peut être ordonnée que lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu à ces intérêts par l'organisation judiciaire d'une fiducie ».</i></p>
---	--

EN CE QUI CONCERNE LES DISPOSITIONS SUR LA FIDUCIE

Modification de l'article 2012 du code civil :

<u>De lege lata</u>	<u>De lege ferenda</u>
<p><i>« La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse.</i></p> <p><i>Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité ».</i></p>	<p><i>La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse. Sous la tutelle et l'habilitation familiale, la personne en charge de la mesure de protection juridique ne peut transférer un ou plusieurs biens de la personne protégée dans un patrimoine fiduciaire qu'avec l'autorisation du juge des tutelles. Il en est de même si un mandat de protection future a été mis en œuvre.</i></p> <p><i>Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité.</i></p> <p><i>Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent du patrimoine d'une personne sous sauvegarde de justice avec mandat spécial, sous tutelle, sous habilitation familiale ou dont le mandat de protection future a été mis en œuvre, le contrat de fiducie est établi par acte d'avocat ou par acte notarié à peine de nullité ».</i></p>

Modification de l'article 2016 du code civil :

<p><u><i>De lege lata</i></u></p> <p><i>« Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie ».</i></p>	<p><u><i>De lege ferenda</i></u></p> <p><i>« Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie</i></p> <p><i>Lorsque la fiducie est constituée au nom d'une personne sous sauvegarde de justice avec mandat spécial, sous tutelle ou sous habilitation familiale, le constituant est le bénéficiaire du contrat. Il en est de même lorsque la fiducie est constituée au nom d'une personne dont le mandat de protection future a été mis en œuvre ».</i></p>
--	---

Modification de l'article 2017 du code civil :

De lege lata

« Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.

Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté ».

De lege ferenda

« Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.

Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté.

Lorsque le constituant fait l'objet, lors de la conclusion du contrat, d'une mesure de sauvegarde de justice avec mandat spécial, d'une mesure tutelle ou d'habilitation familiale ou d'un mandat de protection future mis en œuvre, la désignation prévue à l'alinéa 1^{er} est obligatoire dès la conclusion du contrat. En l'absence de désignation, le juge des tutelles y procède dans les meilleurs délais.

Le tiers peut informer le juge des actes ou omissions du fiduciaire qui lui paraissent de nature à porter préjudice aux intérêts de la personne protégée. S'il a connaissance, à l'occasion de sa mission, d'actes ou omissions du fiduciaire qui compromettent manifestement l'intérêt de la personne protégée, il en avise la personne en charge de la mesure de protection juridique et le juge ».

**Contribution au Groupe de travail interministériel et interprofessionnel
portant sur la protection juridique des majeurs**
présidé par Mme Anne CARON-DÉGLISE,
Avocate générale à la Première Chambre civile de la Cour de cassation

Vu la lettre de mission adressée à Mme Anne CARON-DÉGLISE par Mme Nicole BELLOUBET, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, par Mme Agnès BUZIN, Ministre des Solidarités et de la Santé, et par Mme Sophie Cluzel, Secrétaire d'État chargée des Personnes Handicapées.

« Le Président de la République a rappelé lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation son attachement à la protection des personnes les plus vulnérables et la nécessité de procéder à des réformes, afin de délimiter plus clairement les champs de l'action sociale et de la protection judiciaire ». L'objectif n'est donc pas de remettre en cause les avancées de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 qui a été préparée de longue date et dont les objectifs ont été jugés ambitieux par la Cour des comptes mais de clarifier le dispositif lorsque sa mise en œuvre ne permet pas l'effectivité des droits des personnes protégées.

Tous les sujets n'ont pas pu être abordés dans le présent document ; nous souscrivons à d'autres propositions faites par les acteurs de la protection juridique des majeurs, notamment l'ANJI. Spécialement, nous espérons que les propositions faites de mieux articuler le Code de la santé publique et le Code civil trouveront une issue favorable au cours de la réforme de la législation bioéthique¹.

Les propositions de réécriture de la loi ici rassemblées ont pour but de clarifier le fondement de la protection juridique des majeurs et de renforcer l'effectivité de la protection (I). Un tel objectif ne saurait être atteint sans la sécurisation du dispositif (II).

I. Renforcer l'effectivité de la protection juridique des majeurs

L'effectivité de la protection juridique des majeurs ne sortira renforcée de la réécriture de la législation qu'à la double condition d'avoir clarifié le fondement et simplifié les techniques de la protection juridique des majeurs. La lettre de certains articles du Code civil doit être modifiée pour valoriser l'esprit de la réforme législative opérée par la loi du 5 mars 2007. La terminologie doit être repensée dès lors que sa connotation sociale est un frein à la bonne application du dispositif (A). Par-delà les mots, ce sont les techniques juridiques qui doivent être maîtrisées pour assurer l'effectivité des droits (B).

A. Changer la lettre pour révéler l'esprit de la législation

Deux concepts juridiques ont pris une place trop importante dans la législation civile sur la protection des majeurs alors que la loi du 5 mars 2007 avait justement pour but d'en limiter le rayonnement. Il s'agit d'une part des incapacités juridiques et d'autre part de la tutelle.

¹ V. notre étude : « Les incapacités médicales », « Les incapacités médicales (Petit guide pour une réécriture du Code de la santé publique) », in *Mélanges Gérard Mémeteau, Droit médical et Éthique médicale : regards contemporains*, T. 2, Les Etudes Hospitalières, 2015, p. 109 à 127. *Adde*, A. Caron-Déglise et G. Raoul-Cormeil, « La fin de vie de la personne protégée et l'office du juge des tutelles. Réflexions sur la recherche du consentement des personnes vulnérables », in D. Salas (dir.), Dossier : La fin de vie, qui en décide ?, *Les cahiers de la Justice*, 2017/3, p. 443 à 455.

1. Les incapacités juridiques

Le concept d'incapacité juridique est méconnu ; il est mal compris par le grand public et les professionnels non juristes. Comment admettre qu'une personne en état de manifester sa volonté soit jugée incapable en droit de prendre une décision ? À l'inverse, comment admettre qu'une personne ayant sa pleine capacité juridique puisse être empêchée de prendre une décision ? La réponse est dans la distinction du fait et du droit, de l'insanité et de l'incapacité juridique. Rappelons que l'incapacité de jouissance est une interdiction qui, comme telle, est forcément limitée à une activité ou un acte juridique. L'incapacité d'exercice se traduit par l'intervention d'un tiers, habilité par la loi ou le juge, à autoriser, à assister ou à représenter la personne protégée à la conclusion d'un acte juridique.

Ces incapacités juridiques sont vécues, à tort ou à raison, comme un obstacle ou une entrave à la liberté individuelle. Le professeur Jean Hauser et le Doyen Carbonnier avant lui l'ont tant écrit que nous ne saurions y revenir. Il faut toutefois entendre ce reproche et y porter remède. Nous sommes convaincus qu'il faut donner un signe fort et clair que la personne protégée conserve de manière résiduelle sa pleine capacité juridique. De nombreux textes pourraient servir d'exemple (sauvegarde de justice², mesure d'accompagnement judiciaire³, habilitation familiale⁴).

Proposition n°1.

C. civ., a. 440, alinéa 4. « *Les personnes placées en curatelle et en tutelle conservent la capacité d'exercice de leurs droits autres que ceux dont l'exercice est confié au curateur ou au tuteur en application de la présente section* ».

On pourrait aller plus loin et inscrire dans les dispositions communes à toutes les mesures de protection juridique, en introduisant dans un article 415-1 du Code civil une définition des rôles de la personne ayant la charge de protéger la personne et les biens d'autrui. Il ne faut pas croire que la personne en charge de la mesure de protection décide à la place de la personne protégée. Nombreux sont les auteurs qui ont regretté que les dispositions de l'article 457-1 du Code civil soient restreintes à la protection de la personne. Pour les mêmes raisons, la disposition de l'article 496, alinéa 2, du Code civil pourrait être décloisonnée de la protection des biens.

Proposition n°2.

C. civ., a. 415-1, alinéa 1er. « *La personne en charge de la protection d'autrui aide la personne protégée à sauvegarder ses biens et à exercer ses droits. À cet effet, elle lui délivre toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part. Ce devoir général d'information s'exécute selon des modalités adaptées à l'état de la personne protégée, sans préjudice des informations ou conseils de tiers tenus par la loi à les leur dispenser* ».

C. civ., a. 415-1, alinéa 2nd. « *La personne en charge de la protection d'autrui est tenue d'apporter, dans l'accomplissement de sa mission, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée* ».

Dans le grand public, la capacité décisionnelle est de l'ordre du fait si bien que l'on pourrait se demander s'il ne conviendrait pas d'inscrire de manière générale que la personne protégée

² C. civ., art. 435, al. 1er.

³ C. civ., art. 495-3.

⁴ C. civ., art. 494-8, al. 1er.

prend seule les décisions à sa personne et à ses biens dans la mesure où son état le permet. La généralisation de la règle posée à l'article 459, alinéa 1^{er} du Code civil marquerait la fin des incapacités juridiques. Elle serait sans doute aussi la fin de la protection. Tout est affaire d'équilibre.

On peut souhaiter la levée de l'interdiction du droit de vote, en dépit des précautions prises par la loi du 5 mars 2007 (a. L. 5 C. élect.) ; on peut souhaiter la levée de l'interdiction de faire don de son sang (a. L. 1221-5 C. santé pub.). Ces revendications sont légitimes à chaque fois que les personnes protégées se sentent écarté de la société. En revanche, nul n'a songé à réclamer l'interdiction faite à la personne en tutelle d'exercer le commerce ou une profession libérale (a. 509 3° C. civ.). La question des actes interdits mériterait une analyse approfondie car elle stigmatise un point d'équilibre entre la protection et l'abstention. Ainsi on ne saisit pas pourquoi une donation peut être consentie au nom d'une personne en tutelle (a. 476 C ; civ.) et non pas un cautionnement ou une hypothèque pour autrui (a. 509 1° C. civ.). L'incapacité spéciale de jouissance pourrait ici être transformée en incapacité spéciale d'exercice.

2. La tutelle

La tutelle avait été inscrite par la loi du 5 mars 2007 comme un régime d'exception, à la troisième et dernière marche de l'escalier des mesures de protection juridique. Le juge des tutelles devait d'abord envisager la sauvegarde de justice puis la curatelle et, dans un dernier temps seulement, la tutelle (a. 440 C ; civ.). Or la tutelle n'est pas seulement la mesure de protection juridique à laquelle recourent trop souvent les juges⁵, elle est restée le modèle juridique du droit des majeurs protégés, comme le prouvent de trop nombreuses dispositions.

La critique portée par le comité de suivi de la convention internationale du droit des personnes handicapées à l'encontre des mesures dites substitutives doit être entendue.

D'une part, le juge en charge des mesures de protection des majeurs ne doit plus s'appeler « Juge des tutelles » car ses compétences dépassent largement l'ouverture, la révision et le contrôle du fonctionnement des mesures de tutelles. La proposition de le nommer « Juge des libertés civiles et de la protection » est d'autant plus judicieuse que ce magistrat de première instance aura une compétence en matière d'hospitalisation sans consentement.

D'autre part, il faut réviser la lettre de toutes les dispositions du Code civil qui définissent les pouvoirs du curateur, du mandataire à la protection future ou de la personne habilitée par rapport à ceux que le tuteur peut exercer seul ou avec l'autorisation du juge. Ces dispositions de renvoi manquent de clarté. Intelligibles par les seuls juristes, elles doivent être clarifiées.

Proposition n°3.

C. civ., a. 467, al. 1er. « *La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, conclure un acte de disposition* ».

Proposition n°4.

C. civ., a. 490, al. 1er. « *Par dérogation à l'article 1155, le mandat, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux, de conservation, d'administration ou de disposition* ».

* Dans son libellé actuel, l'a. 490, al. 1^{er} déroge à l'a. 1988 C. civ., extrait du droit du mandat. Il serait plus sûr de viser l'a. 1155 du Code civil qui appartient au droit

⁵ Selon les Chiffres-Clés de la Justice 2017, 54 % des mesures ouvertes en 2016 sont des tutelles (46 464 sur 77 334).

commun de la représentation et pose la même règle : un pouvoir général de représentation ne couvre que les actes d'administration. Chaque acte de disposition doit, en principe, faire l'objet d'un mandat spécial, le mandat de protection future étant la seule exception à cette règle.

Proposition n°5.

C. civ., a. 494-6, al. 2nd. « *L'habilitation peut porter sur – un ou plusieurs actes d'administration ou de disposition* ».

Dans cette perspective, on aurait pu se demander s'il n'aurait pas été salubre d'aller au bout de l'entreprise de la dissociation du droit des mineurs et du droit des adultes. Il n'est pas certain qu'il soit juste de soumettre les tuteurs d'un mineur et les tuteurs d'un majeur au même régime juridique.

L'effectivité de la protection juridique des majeurs passe par ces modifications de vocabulaire juridique qui remettent le sujet protégé sur le devant de la scène juridique.

À ces modifications formelles, s'en ajoutent d'autres plus substantielles.

B. Adapter la technique juridique pour rendre plus efficace la législation

La législation civile sur les personnes protégées ne répond pas à toutes les vulnérabilités des adultes dont les causes sont extrêmement diverses⁶. Seules les personnes dont l'altération des facultés personnelles, au sens de l'article 425 du Code civil, sont éligibles aux mesures de protection juridique du titre IX du Livre Ier du Code civil. La loi du 5 mars 2007 a renforcé les conditions d'ouverture de la mesure en subordonnant la recevabilité de la requête adressée au juge des tutelles à la présence d'un certificat médical circonstancié rédigé par un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République. Le changement de la procédure a fait chuter en 2009 le nombre de mesures mais dix ans après l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 le nombre de mesures est reparti à la hausse sans que la protection juridique ne soit jugée satisfaisante. Il faut s'intéresser à l'amont (1) et l'aval de la procédure d'ouverture (2), étant précisé que la nouvelle habilitation familiale appelle des observations (3).

1. En amont

La loi du 5 mars 2007 a modifié le régime de la sauvegarde de la justice. D'un côté, la sauvegarde est présentée, à l'a. 440 C. civ., comme la première mesure de protection juridique dans la trilogie hiérarchisée (sauvegarde – curatelle – tutelle). De l'autre, elle obéit à un régime dérogatoire puisqu'elle n'est pas limitée au délai de cinq ans mais à un délai d'un an, renouvelable pour la même durée (a. 439 C. civ.).

La sauvegarde de justice n'est pas seulement une mesure de protection juridique que peuvent ouvrir les juges des tutelles ; elle peut être ouverte par le procureur de la République à la demande d'un médecin dans les conditions prévues par l'a. L. 3211-6 C. santé pub.

La loi d'adaptation de la société au vieillissement a souhaité favoriser la sauvegarde de justice lorsque la personne entre en EHPAD et connaît, à cette période, des troubles d'orientation qui peuvent altérer son jugement.

⁶ Sur lesquelles, v. les Journées internationales de l'Association Henri Capitant, Montréal et Ottawa, dont la journée du 28 mai 2018 consacrée au thème « Vulnérabilité et aptitude », et le rapport français du Professeur D. Noguéro.

Le directeur du greffe devrait avoir le pouvoir de juger de la recevabilité de la requête en ouverture d'une mesure de protection juridique et, à ce titre, avoir le pouvoir de déclarer la personne concernée protégée par une sauvegarde de justice.

En facilitant l'ouverture de la sauvegarde de justice, c'est l'effectivité de la protection qui sort renforcée. La sauvegarde de justice ne diminue pas la pleine capacité juridique de la personne protégée ; elle lui ouvre la possibilité de contester des contrats pour lésion. Cette mesure permettrait de répondre à situations où l'urgence requiert des mesures conservatoires qui ne font pas grief.

2. En aval

Le juge des tutelles décide de l'opportunité d'ouvrir une mesure de protection juridique et, le cas échéant, de choisir la mesure adaptée à l'état et à la situation de la personne.

Sous cet angle, l'article 428 du Code civil qui fonde le principe de subsidiarité mériterait d'être réécrit pour afficher clairement la priorité donnée aux procurations, à la modification des pouvoirs conférés par le régime matrimonial, mais aussi au mandat de protection future et à l'habilitation familiale. L'ordre dans lequel les alternatives à la mesure classique de protection juridique (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle) doit être repensé. Dans cette entreprise de clarification, il faut supprimer la formule « mesure de protection judiciaire moins contraignante » car on se demande si la contrainte s'exerce à l'encontre de la personne protégée ou à l'égard de la personne en charge de la protection.

Proposition n°6.

C. civ., art. 428, al. 1^{er}. *« La mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, **par le mandat de protection future conclu par l'intéressé**, par les règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et, en particulier, celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, **ou par l'habilitation familiale** ».*

La lettre de mission insiste sur la possibilité d'envisager la « mesure unique » qu'elle présente comme le moyen d'inciter le juge à adapter sa décision à chaque situation individuelle, en précisant l'étendue de son intervention et en énumérant les actes pour lesquels le majeur doit être assisté ou représenté.

La distinction de la curatelle et de la tutelle pourrait être effacée et l'une et l'autre se fondre dans une mesure unique. Cette proposition présenterait un avantage certain, celui d'abandonner une terminologie connotée pour la remplacer par une mesure d'aide à la décision de la personne protégée qui se traduirait soit par un pouvoir d'assistance, soit par un pouvoir de représentation. Mais cette proposition se heurte à trois écueils. Le premier est celui de l'information des tiers qui devront vérifier les pouvoirs de la personne en charge de la mesure de protection ; la publicité de la mesure ne suffirait pas ; il faudrait présenter le jugement ouvrant la mesure et fixant les pouvoirs avant de conclure tout acte juridique. Le second écueil est lié à la limite des pouvoirs de la personne en charge de la mesure : si le juge institue cette dernière d'un pouvoir d'assistance, la personne protégée se trouve sans protection dès qu'elle ne peut plus manifester sa volonté et tant que la personne en charge de la protection n'a pas reçu du juge une extension de pouvoir et un pouvoir de la représenter. Inversement, si le juge institue par précaution la personne en charge de la mesure d'un pouvoir général de représentation (Comme c'est le cas dans le nouveau droit belge), la dérive d'une mesure substitutive risque de s'aggraver à chaque fois que, pour gagner du temps, la personne en charge de la mesure décidera et signera à la place de la personne protégée. Le troisième écueil est lié à certains actes protégés qui ne paraissent pas connaître de gradation

suffisamment accusée dans les mesures de curatelle renforcée et de tutelle. La gestion du compte bancaire pose des difficultés à toutes les personnes qui refusent leur mesure de protection, comme à celles qui se plaignent d'une gestion uniforme assez peu individualisée. Sur tous ces points, la mesure unique pourrait présenter plus d'inconvénients que d'avantage. Notre réflexion n'est pas suffisamment approfondie pour proposer un système qui ne bute pas sur l'un de ces écueils.

3. La nouvelle habilitation familiale

En attendant, le projet de loi de programmation de la justice entend répondre favorablement à la préconisation du Défenseur des droits de promouvoir l'habilitation familiale et d'élargir son domaine d'application.

Sous l'angle de la cause d'ouverture de la mesure, il serait heureux que l'article 494-1 du Code civil ne se limite plus « aux personnes hors d'état de manifester sa volonté ». L'expression empruntée à l'article 219 du Code civil doit en effet être remplacée par celle contenue à l'article 425 du Code civil. Ainsi sera éligible à l'habilitation familiale toute personne qui sera « 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 ».

Dès lors que le champ d'application de l'habilitation familiale a été élargi sous l'angle de l'intensité de la vulnérabilité, il serait logique de moduler le pouvoir de la personne habilitée, ainsi que le préconise le Défenseur des droits qui souhaitait que la personne habilitée puisse être dotée d'un pouvoir d'assistance plutôt qu'un pouvoir de représentation. Faut-il pour autant que l'habilitation familiale soit une alternative à la curatelle et à la tutelle familiale ? Rien n'est moins sûr. L'introduction du pouvoir d'assister la personne protégée dans les conditions de l'article 467 du Code civil présente deux inconvénients. D'abord, la modification ajoute un élément de complexité car il faudra distinguer l'habilitation familiale par représentation et l'habilitation familiale par assistance. Ensuite, s'il existe des différences entre la tutelle familiale et l'habilitation familiale (par représentation) sous l'angle d'une triple obligation formelle (inventaire, compte-rendu annuel de gestion et rapport de diligence), il n'en existe aucune différence entre la curatelle simple familiale et l'habilitation familiale par assistance. N'est-ce pas plutôt à la curatelle renforcée familiale que le projet de loi du Gouvernement a songé ? En ce cas l'évolution de la pratique judiciaire n'a pas besoin d'une modification de la loi, compte tenu de la lettre de l'a. 494-6 C. civ., qui offre au juge la possibilité de moduler le pouvoir de représentation de la personne habilitée.

L'effectivité de la protection juridique ne dépend pas seulement du vocabulaire employé, ni des techniques juridiques auquel la loi recourt ; elle dépend encore de la sécurité juridique à laquelle sont attachés les tiers.

II. Sécuriser la protection juridique des majeurs

La protection juridique des majeurs ne saurait gagner en efficacité sans se préoccuper de la sécurité juridique des tiers liés par contrat aux personnes protégées (A), ni du statut des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (B).

A. La sécurité juridique des tiers

La protection des majeurs est assurée par l'élévation d'incapacité contractuelle lorsque la loi subordonne la passation d'un contrat à l'autorisation, à l'assistance ou à la représentation d'une autorité (le juge ou la personne en charge de la mesure de protection).

La protection est efficace dans la mesure où l'incapacité contractuelle est une cause de nullité du contrat beaucoup plus facile à prouver que l'altération des facultés mentales au moment de l'échange des consentements.

Le droit commun des contrats a été réformé par une ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, ratifiée par une loi n°2018-287 du 20 avril 2018. La capacité de contracter demeure exigée à titre de condition de validité du contrat (a. 1128 C. civ.). Le défaut de capacité reste sanctionné par la nullité relative (a. 1147 et 1179 C. civ.).

Le régime spécial de la régularité des actes juridiques introduit par la loi du 5 mars 2007 mériterait d'être modifié dans le double but d'assurer la cohérence du droit positif. Les propositions de modification portent sur la mesure suspecte (1), le régime des nullités (2) et celui de la confirmation de l'acte nul (3).

1. La période suspecte

La loi du 5 mars 2007 a introduit une période suspecte permettant à la personne protégée ou, suivant des conditions variables suivant la curatelle, la tutelle ou la personne habilitée, à la personne en charge de la mesure de protection de contester la régularité d'actes juridiques conclus avant l'ouverture de la mesure.

Malheureusement, l'article 464 du Code civil fait courir la période suspecte à rebours à partir de l'opposabilité aux tiers de la mesure de protection juridique. En décalant le point de départ à partir duquel la période suspecte est comptabilisée, le législateur a pris le risque qu'il n'existe pas de période suspecte. Il suffit que l'émargement de l'acte de naissance ait eu lieu plus de deux ans après l'ouverture de la mesure, ce qui n'est pas une hypothèse d'école (CA Caen, 24 juin 2014, RG 13/01088 ; *JCP. éd. G.*, 9 mars 2015, n°10-11, n°304, p. 494 et les obs.). Aussi préconisons-nous soit d'augmenter le délai (de trois à cinq ans), soit de porter le point de départ de la période suspecte au prononcé du jugement, ces deux propositions pouvant parfaitement se cumuler. La sécurité juridique n'est pas compromise dès lors que l'article 464 pose des conditions cumulatives difficiles à réunir, dont l'existence d'un préjudice. C'est d'ailleurs ce qu'ont décidé les auteurs de l'ordonnance n°2015-1288 en rédigeant l'article 494-9, alinéa 2 du Code civil. Force est de constater qu'il règne une différence de traitement entre la personne en tutelle et la personne protégée par une habilitation familiale. Il faudrait en profiter pour corriger le texte de renvoi qui a été modifié par la loi du 17 juin 2008.

Proposition n°7.

C. civ., art. 464, al. 1^{er}. « *Les obligations résultant des actes accomplis par la personne protégée moins de **cinq ans** avant **le jugement** d'ouverture de la mesure de protection peuvent être réduites sur la seule preuve que son inaptitude à défendre ses intérêts, par suite de l'altération de ses facultés personnelles, était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés* ».

Alinéa 2. « *Ces actes peuvent, dans les mêmes conditions, être annulés s'il est justifié d'un préjudice subi par la personne protégée* ».

Alinéa 3. « *Par dérogation à l'article **2235**, l'action doit être introduite dans les cinq ans de la date du jugement d'ouverture de la mesure* ».

2. La nullité pour défaut de capacité

Le droit spécial de la nullité du contrat pour défaut de capacité s'applique dans le silence du droit commun des contrats. L'a. 1150 C. civ., issu de l'ordonnance du 10 février 2016 et

ratifié par la loi du 20 avril 2018 opère un renvoi à l'a. 465 et 494-9 C. civ. Pour autant, il réserve l'hypothèse où le cocontractant de la personne protégée par une incapacité contractuelle lui opposerait l'absence de préjudice. La doctrine a lu l'a. 1151 C. civ. comme généralisant les nullités facultatives⁷. C'est dans cette perspective qu'il conviendrait d'aligner la nullité pour défaut d'assistance (C. civ., a. 465 2° C. civ.) et celle pour défaut de représentation (C. civ., a. 465 3° C. civ.) dans une même disposition.

En revanche, il conviendrait de réserver l'hypothèse de la nullité de droit, sans condition de préjudice, lorsque la personne en charge de la mesure de protection agit sans autorisation, qu'elle dépasse son pouvoir ou le détourne de sa finalité. La sanction de l'acte conclu sous l'empire d'une opposition d'intérêts n'a pas été prévu par la loi du 5 mars 2007. C'est une lacune que la jurisprudence a comblée⁸ et qu'il conviendrait de consacrer à l'a. 465 C ; civ.

Proposition n°8.

C. civ., art. 465. « *A compter de la publicité du jugement d'ouverture, l'irrégularité des actes accomplis par la personne protégée ou par la personne chargée de la protection est sanctionnée dans les conditions suivantes :*

1° Si la personne protégée a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection, l'acte reste sujet aux actions en rescision ou en réduction prévues à l'article 435 comme s'il avait été accompli par une personne placée sous sauvegarde de justice, à moins qu'il ait été expressément autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué ;

*2° Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être assistée **ou représentée**, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice ;*

*3° **Si le tuteur ou le curateur a consenti à un acte alors qu'il était en opposition d'intérêts au sens de l'article 455, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice ;***

4° Si le tuteur ou le curateur a accompli seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice ».

Ces modifications sont étendues, *mutatis mutandis*, à l'habilitation familiale.

C. civ., art. 494-9, al. 1^{er} : « *Si la personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée passe seule un acte dont l'accomplissement a été confié à la personne habilitée **ou qui***

⁷ N. Péterka, « Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées » : *AJF* 2016, p. 533 ; J.-J. Lemouland, « Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Réforme du droit des contrats et majeurs protégés » : *D.* 2016, Panor., p. 1523 et s., spéc. p. 1527 : l'article 1151 du Code civil « *vient contredire, de façon subreptice, la nullité de plein droit qui a pourtant été maintenue pour les actes du majeur représenté en violation des règles de la représentation* » ; G. Raoul-Cormeil, in Th. Douville (ss dir.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article* : Gualino, 2016, p. 77 à 79 ; H. Fulchiron, « L'incapacité de contracter et le nouveau droit des contrats » : *Droit & patrimoine*, n°263, nov. 2016, p. 76 à 78 ; I. Maria, « Incidence de la réforme du droit des obligations sur le droit des personnes protégées » : *Dr. famille* 2017, comm. 20.

⁸ Cass., civ. 3^e, 5 octobre 2017, n°16-21.973 ; *AJ famille*, déc. 2017, p. 652 et les obs. ; *Dr. Famille* 2017, Comm. 250, note I. Maria ; *Deffrénois* 29 mars 2018, n°134u6, note D. Noguéro ; D. Noguéro, « Sanction de l'opposition d'intérêts en curatelle renforcée pour congé de bail rural », *Deffrénois* 26 avril 2018, p. 28, n°134w0.

ne devait être accompli qu'avec son assistance, celui-ci ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice ;

Alinéa 2 : « Les obligations résultant des actes accomplis par une personne à l'égard de qui une mesure d'habilitation familiale a été prononcée moins de **cinq** ans avant le jugement délivrant l'habilitation peuvent être réduits ou annulés dans les conditions prévues à l'article 464.

Alinéa 4 : « Si la personne habilitée accomplit seule, en cette qualité, un acte n'entrant pas dans le champ de l'habilitation qui lui a été délivrée ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice. **L'acte est nul de plein droit s'il est consenti par la personne habilitée en situation d'opposition d'intérêts à moins qu'elle ait été autorisée par le juge dans les conditions de l'article 494-6.**

3. Le régime de l'action en nullité ou de la confirmation de l'acte nul

La loi du 5 mars 2007 a soumis l'action en nullité d'un acte irrégulier à un régime dérogatoire aux actions en justice. Alors qu'en tutelle, le tuteur n'a pas besoin d'être autorisé par le juge (a. 475 C. civ. : « La personne en tutelle est représentée en justice par le tuteur »), l'action en nullité d'un acte irrégulier conclu par la personne en tutelle l'est (a. 465, alinéa 2nd : « Le curateur ou le tuteur peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, engager seul l'action en nullité, en rescision ou en réduction des actes prévus aux 1^o, 2^o et 3^o »). Il en est de même dans l'habilitation familiale (a. 494-9, al. 3 : « La personne habilitée peut, avec l'autorisation du juge des tutelles, engager seule l'action en nullité ou en réduction prévue aux alinéas ci-dessus »).

C'est une précaution excessive qui ne devrait être prise qu'en cas de désaccord avec la personne protégée. Ainsi, en curatelle, le curateur pourrait agir en nullité de l'acte irrégulier soit en assistant la personne en curatelle qui serait demandeur à l'instance (a. 467, al. 3 et 468, al. 3 C. civ.), soit en se faisant exceptionnellement autorisé à représenter la personne en curatelle (Rappr. a. 469, al. 2 C. civ.).

Il devrait en être de même en matière de confirmation de l'acte nul, redéfini par l'a. 1182 C. civ. L'autorisation du juge des tutelles est une précaution excessive. Si le curateur ou le tuteur ne régularise pas l'acte ; il s'expose à devoir réparer lui-même les conséquences fâcheuses de cet acte.

En revanche, l'autorisation du juge doit être maintenue lorsque la personne en curatelle ou en tutelle a agi sans pouvoir, en dépassant son pouvoir d'assistance ou de représentation, ou le détournant de sa finalité, parce que le juge peut apprécier la nécessité de remplacer le curateur ou tuteur indélicat.

Pour faciliter le décompte des alinéas de ce texte trop long, nous préconisons de modifier les trois derniers alinéas de l'article 465 et de les déporter dans un article 465-1.

C. civ., art. 465-1, alinéa 1er. « **Le curateur ou le tuteur peut engager seul l'action en nullité, en rescision ou en réduction des actes prévus à l'article 465 1^o et 2^o. Il doit requérir l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, pour engager seul l'action en nullité, en rescision ou en réduction des actes prévus aux 3^o et 4^o ».**

Alinéa 2 : « Dans tous les cas, l'action s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 2224 ».

Alinéa 3 : « Pendant ce délai et tant que la mesure de protection est ouverte, l'acte prévu à l'article 465 3° et 4° peut être confirmé avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué ».

Ces modifications sont étendues, *mutatis mutandis*, à l'habilitation familiale.

C. civ., art. 494-9, al. 3 : « La personne habilitée **peut engager** seule l'action en nullité ou en réduction prévue aux alinéas ci-dessus ».

Alinéa 5 : « Dans tous les cas, l'action en nullité ou en réduction est exercée dans le délai de cinq ans prévu à l'article 2224 ».

Alinéa 6 : « Pendant ce délai et tant que la mesure d'habilitation est en cours, l'acte contesté peut être confirmé ».

B. Le statut des mandataires judiciaires à la protection des majeurs

La lettre de mission a invité le groupe de travail à renforcer le statut et le rôle des mandataires judiciaires à la protection des majeurs tant il dépend de la qualité de ces règles de droit que la protection des majeurs soit effective.

Le principe de nécessité et ses corollaires, la subsidiarité et la proportionnalité, sont souvent présentés comme les principes directeurs du droit des majeurs protégés. Le principe de probité ne l'est pas moins. En effet, quelle serait l'efficacité d'un régime de protection si le tiers que le juge habilite pour l'assister voire la représenter dans les actes importants de sa vie civile n'était pas soumis à une probité élémentaire ?

Sous-jacent dans les règles relatives à la prohibition de l'opposition d'intérêts (a. 455 C. civ.), à l'onérosité du mandat (C. civ., a. 419 et C. act. soc. fam., a. R. 472-5-2) et au calcul des indemnités pour diligences exceptionnelles (C. act. soc. fam., a. D. 471-6), le principe de probité mériterait d'être renforcé et d'être affirmé comme un principe directeur de la prise en charge de la personne et des biens du majeur protégé.

L'effectivité de la protection juridique des majeurs sortirait également renforcée si la continuité sur service public de la protection des majeurs était assurée (1) et si le contrôle de l'activité des mandataires judiciaires à la protection des majeurs était régi par des dispositions plus claires (2).

1. La continuité de la protection juridique

La doctrine a douté de l'efficacité du service public de la protection des majeurs depuis que l'État s'est désinvesti de cette mission⁹. La suppression de la curatelle et de la tutelle d'État¹⁰ a été significative à cet égard. Néanmoins, la protection des personnes vulnérables demeure, selon l'a. 415, al. 4, un devoir de la collectivité publique. En témoigne la mission dévolue au Préfet de département de contrôler les mandataires judiciaires à la protection des majeurs lorsque « la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral de la personne protégé est

⁹ V. J. Massip, *Tutelles des mineurs et protection juridique des majeurs*, 2009, Defrénois, p. 115 : « Le juge des tutelles, chef du service public des tutelles ». Plus dubitatif, en raison du manque de moyens, V. J. Hauser, « Majeurs protégés : difficile équilibre entre volonté et protection », *RTD civ.* 2017/2, n°6, spéc. p. 357. *Adde*, du même auteur : « Cour des comptes, Rapport de septembre 2016 sur "la protection juridique des majeurs" », *RTD civ.* 2016/4, n° 4, p. 822 : « On sera pratiquement d'accord avec la quasi-totalité des constatations et des préconisations. On notera (p. 81) "une coordination interministérielle inexistante. On en avait rêvé sur ce point en 2007, mais la France des fœodalités administratives est toujours debout... (en 3007, peut-être)" ».

¹⁰ J. Massip, « La tutelle d'Etat », *Defrénois* 2009, n°30904, p. 481 à 491.

menacé ou compromis par les conditions d'exercice de la mesure de protection ». L'existence d'un service public ne saurait être mise en doute dès lors que cette mission a pour finalité l'intérêt général et se caractérise par des prérogatives de puissance publique¹¹.

Plus récemment, la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 d'adaptation de la société au vieillissement est venue enrichir l'a. L. 472-1-1 du Code de l'action sociale et des familles d'une disposition permettant de classer les candidatures à l'agrément des nouveaux Mandataires judiciaires à la protection des majeurs exerçant à titre individuel. Outre la qualité de la prise en charge sont énoncées « la proximité et la continuité de celle-ci »¹².

C'est dans cette perspective que l'on formule deux propositions pour éviter une rupture dans la prise en charge par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs exerçant à titre individuel. Contrairement à un service ayant la personnalité morale et la capacité d'embaucher de nombreux salariés, la personne physique qui exerce l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs ne peut se faire remplacer par l'un de ses salariés. La charge de protection juridique qui lui est confiée est personnelle (a. 452 C. civ.), ce qui peut présenter des difficultés sérieuses en cas de longue maladie, de grossesse ou d'empêchement prolongé. Même les vacances annuelles du MJPM sont susceptibles d'être la cause d'une rupture dans la prise en charge.

La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 a mésestimé les difficultés pratiques auxquelles sont confrontés les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Elle s'en tient au modèle du tuteur ou du curateur familial, comme le montre l'a. 514 du Code civil qui vise « le tuteur ou ses héritiers ».

La proposition vise à octroyer aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs, auxiliaires de justice certifiés, agréés et assermentés, la prérogative de se substituer un tiers sous leur propre responsabilité civile en cas d'indisponibilité.

L'obligation qui leur serait faite d'informer le juge sans délai permettrait à celui-ci de vérifier qu'ils n'abusent pas de cette prérogative. Le juge serait toujours libre de désigner un autre mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Les sanctions existent déjà et sont nombreuses : remise à l'ordre par le juge, retrait des mandats judiciaires, contrôle de l'administration préfectorale, radiation de la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs !

Seul l'intérêt des personnes protégées justifie de renforcer l'efficacité des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs missions et de lever les obstacles administratifs à l'effectivité de la protection des personnes majeures protégées.

Proposition n°9.

C. civ., a. 452, al. 3. *« En cas d'indisponibilité provisoire, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs peut toutefois s'adjoindre, sous sa propre responsabilité, un autre mandataire judiciaire à la protection des majeurs pour accomplir les actes que requièrent la situation du majeur protégé. Il en informe sans délai le juge ».*

La proposition peut convenir à tous les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, aux préposés d'un établissement public social ou médico-social comme aux services lorsqu'il

¹¹ En ce sens, v. l'étude de S. Guérard, « Les missions du mandataire judiciaire à la protection des majeurs relèvent-elles d'un service public ? » (*Actes du colloque de la Faculté de droit de Caen, 19 octobre 2012*), *Dr. famille*, LexisNexis, décembre 2012, étude 15, p. 24.

¹² Pour aller plus loin, v. C. act. soc. fam., a. R. 472-1, issu du décr. n°2016-1896 du 27 déc. 2016.

leur est nécessaire de se déplacer dans un autre département pour signer un acte notarié à la place de la personne protégée.

2. Le contrôle de l'activité des MJPM

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont des auxiliaires de justice ; à ce titre, ils doivent répondre de la bonne application devant le juge des tutelles qui les ont désignés ; ils doivent aussi déférer aux convocations du procureur de la République dans le ressort duquel le tribunal d'instance les a nommés (a. 416 et 417 C. civ.) et lui communiquer toute information qu'il requiert. Ce contrôle du mandat s'articule avec le contrôle de l'activité dans les conditions organisées dans les conditions de l'a. L. 472-10 du Code de l'action sociale et des familles.

On peut regretter la place de ce texte dans l'architecture du Code de l'action sociale et des familles : l'a. L. 472-10 est limité au contrôle des personnes physiques. En effet, ce texte est dans le livre IV du Code de l'action sociale et des familles (« Professions et activités sociales »), Titre VII (« Mandataires judiciaires à la protection des majeurs et délégués aux prestations familiales »), Chapitre II (« Personnes physiques mandataires à la protection des majeurs »).

Or, dans un arrêt récent le Conseil d'État a été attentive au mode d'exercice de la profession de mandataire judiciaire et a jugé opérationnelle la distinction faite entre les personnes physiques et les personnes morales¹³.

Opérationnelle eu égard aux moyens humains et matériels qu'elle sous-tend, cette distinction semble perdre de sa netteté. Récemment, une Ordonnance n°2018-22 du 17 janvier 2018 a modifié l'article L. 472-10 du Code de l'action sociale et des familles en ajoutant la disposition suivante : « *Ce contrôle est effectué par les personnels mentionnés au II de l'article L. 313-13 dans les conditions prévues à l'article L. 313-13-1* ».

L'objectif de cette addition était d'organiser le contrôle à domicile des MJPM exerçant à titre individuel lorsqu'il ne bénéficie pas de locaux professionnels pour exercer son activité. Malheureusement, le renvoi opéré à l'article L. 313-13-1 du même Code vise les seuls établissements ou services sociaux ou médico-sociaux, de sorte qu'on ne parvient plus à saisir le sens de ce texte qui ne devrait être réservé qu'aux personnes physiques. Des universitaires administrativistes soutiennent que le contrôle des personnes physiques a perdu toute base légale.

Aussi pour maintenir une base légale au contrôle administratif diligenté par les préfets de départements, il est urgent de réécrire clairement les textes sur le contrôle de l'activité.

Telles sont les propositions provisoires auxquelles on est conduit à souscrire au regard de la qualité des débats du groupe de travail, la nécessité d'en formuler d'autres pouvant apparaître nécessaire d'ici la clôture de nos travaux.

Gilles RAOUL-CORMEIL

*Docteur en droit, Professeur des Universités
Codirecteur du Master 2 Droit civil – protection des personnes vulnérables (Université de Caen Normandie)
et Coresponsable pédagogique du D.U. – C.N.C. Mandataire judiciaire à la protection des majeurs*

¹³ CE 4 février 2011, requête n°325722. Selon le Conseil d'État, aucune disposition législative n'imposait de prévoir un encadrement de l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs exerçant à titre individuel plus strict que celui prévu par l'article R. 472-10 du code de l'action sociale et des familles issu du décret attaqué.

Réforme du cadre légal des mesures prononcées au bénéfice des personnes vulnérables

Situation actuelle

Les dispositifs en cours résultent de la réforme de la loi de 2007

- Les mesures de protection sont prononcées par le juge des tutelles (article 428 du Code civil).
- L'exécution des mesures est placée sous la surveillance générale de ce magistrat du Procureur de la République (article 416 du Code civil).
- La mise en œuvre des mesures de protection (tutelle et curatelle) est prioritairement confiée aux proches de la personne vulnérable (famille et amis) et à défaut à des mandataires professionnels (individuels ou association) (articles 445 et suivants du Code civil).
- Outre sa mission de surveillance générale, le juge des tutelles intervient dans la mise en œuvre des mesures pour autoriser certains actes personnels (ainsi le mariage d'une personne sous tutelle) ou patrimoniaux (vente de la résidence de la personne dans le cadre de son institutionnalisation).

Il faut rappeler que le juge des tutelles est actuellement le juge d'instance, fonction qui a vocation à être supprimée ainsi que la juridiction qui porte le même nom. La fonction de juge des tutelles est prévue pour être exercée par les magistrats du siège du tribunal de grande instance.

Difficultés

Le juge des tutelles est un juge du siège ; du fait de l'exercice de ses autres fonctions (celles de juge d'instance aujourd'hui et demain, celles de juge d'un tribunal de grande instance) il ne peut consacrer qu'un temps limité au prononcé et à la surveillance des mesures de son cabinet tutelle (selon chaque juridiction, un cabinet comporte en moyenne entre 2000 et 3000 mesures). Le rapatriement de la gestion des mesures au tribunal de grande instance fait craindre un risque de perte de spécialisation et l'intérêt de la fonction de juge des tutelles.

On estime à 800 000 le nombre des personnes vulnérables bénéficiant d'une mesure de protection. Ce nombre a vocation à s'accroître dans les années à venir compte tenu du vieillissement de la population.

Le renouvellement des mesures et le traitement des requêtes génèrent un travail important pour les magistrats et les services du greffe.

Lors du prononcé des mesures, au moment de leur renouvellement ou pendant leur exécution, le juge des tutelles est confronté à des questions qui exigent des réponses issues d'un processus pluridisciplinaire ; par exemple, la question du maintien ou non à domicile d'une personne atteinte d'une pathologie neurodégénérative ou psychiatrique ou encore l'autorisation sollicitée par le mandataire concernant des placements financiers complexes à réaliser.

Le suivi personnalisé et efficient des mesures implique aussi une concertation pluridisciplinaire entre les magistrats, les médecins, les travailleurs sociaux et les acteurs du monde économique.

Aux termes des enquêtes effectuées par les Directions départementales de la cohésion sociale (DDCS), la gestion des mesures par les mandataires professionnels (associations ou mandataires individuels) n'est pas satisfaisante: notamment, le nombre de mesures attribuées à chaque délégué, souvent supérieur à 50, ne permet pas une gestion qualitative de la mesure satisfaisante. De ce fait, le système de protection actuel est perçu souvent de manière très négative dans l'opinion publique.

Solution préconisée

Modèles de référence: à l'instar de la commission et la procédure de surendettement (articles L 711-1 et suivants du Code de la consommation), il est proposé de créer un organisme pluridisciplinaire compétent pour le prononcé et et la mise en œuvre des mesures prononcées au bénéfice des personnes vulnérables. (Commission pluridisciplinaire pour les personnes vulnérables -CPPV-)¹

Le prononcé et la mise en œuvre des mesures de protection au bénéfice des personnes majeures vulnérables sont confiés à un organe pluridisciplinaire (I). Ce dernier est assisté par un secrétariat (II). Les décisions prononcées par cet organe sont contestées devant l'autorité judiciaire (III).

La procédure est dématérialisée. Les acteurs communiquent par un portail qui est utilisé pour la transmission des actes de la procédure.

Les améliorations attendues

1- la mise en place des comités et de leurs secrétariats se substitue aux juges des tutelles et aux personnels de greffe. L'organisation des secrétariats des comités permet un traitement mutualisé d'un nombre important de dossiers ; les secrétariats présentent donc une efficience renforcée comparativement aux Greffes des tutelles. Les comités sont des organes pluridisciplinaires non exclusivement composés d'agents publics. Le système proposé permet donc une diminution des emplois publics affectés à la mise en œuvre des mesures de protection.

2- Les comités et leurs secrétariats assurent la mise en œuvre des mesures. Ils apportent un soutien aux familles auxquelles les mesures de protection ont été confiées ; ils gèrent les mesures qui ne peuvent être confiées aux familles ou aux proches des personnes vulnérables. La profession de mandataire à la protection des personnes majeures est supprimée. Les Directions départementales de la cohésion sociale sont supprimées. La compétence exclusive des comités et de leurs secrétariats permet de réaliser des économies importantes.

3- Les économies attendues sont renforcées par le fait que les comités et leurs secrétariats sont financés par un partenariat entre personnes publiques et privées. Le financement est schématiquement organisé comme suit :

- financements privés par des organismes économiques et commerciaux désignés après appel d'offre et procédure de vérification de leurs compétences et éthiques, ayant vocation et intérêt à intervenir dans le champ patrimonial de la mesure de protection (établissements bancaires, mutuelles nomment, organismes désignés pour contrôler les comptes de gestion).
- Financement par les personnes protégées et leurs familles, selon des seuils à redéfinir ;
- Financements publics.

1 En 2016, les Commission de surendettement ont traité 200 000 dossiers.

4- La suppression du renouvellement obligatoire des mesures (remplacée par un examen périodique des mesures) et la limitation des actes soumis à l'autorisation du comité réduisent le travail des comités et permettent d'anticiper l'augmentation attendue dans les prochaines années des mesures de protection. La dématérialisation de la procédure renforce l'efficacité du dispositif.

5- Les comptes de gestion sont confiés à des organismes privés, après appel d'offre. Ces organismes concourent au financement du présent dispositif.

6- Le processus pluridisciplinaire permet un renforcement des critères qualitatifs, notamment dans le suivi personnalisé des mesures prononcées. Il démontre, de manière particulièrement lisible, les actions de l'Exécutif à destination des personnes vulnérables.

Schéma de mise en œuvre du présent dispositif (4 phases)

- 1- Mise en place d'un comité interministériel (justice-intérieur, santé) ;
- 2- Phase de consultations et auditions des acteurs intéressés ;
- 3- Rédaction des modifications législatives et réglementaires nécessaires à la mise en place du dispositif ;
- 4- Mise en place de comités locaux expérimentaux ;

Les modes de fonctionnement et les pouvoirs de la Commission pluridisciplinaire pour les personnes vulnérables -CPPV-

I: L'organe collégial

1: Composition

Dans le ressort de chaque Tribunal de Grande Instance, est instauré un comité interdisciplinaire composé de;

- un magistrat du siège du premier grade, président du comité (la fonction de juge des tutelles est supprimée) désigné par le Président du Tribunal de Grande Instance;
- un représentant du Préfet du département;
- un représentant du Procureur de la République ;
- un représentant du Conseil Général;
- un représentant de l'ARS;
- un avocat désigné par le Bâtonnier;
- un notaire désigné par son Ordre ;
- deux mandataires professionnels, l'un représentant les associations, le second représentant les individuels, désignés par le Préfet du département;
- deux mandataires familiaux;
- un médecin figurant sur la liste dressée par le Procureur de la République, désigné par l'Ordre des Médecins;

2: Principes de fonctionnement

Le comité, présidé par le magistrat du siège, se réunit au moins plusieurs fois par mois. Le comité comporte des formations restreintes et une formation plénière.

La formation plénière prononce les décisions de mise sous protection, les aggravations, allègements et mainlevée de mesures.

Le renouvellement des mesures est remplacé par un contrôle périodique (par exemple 1 fois tous les trois ans) du fonctionnement de la mesure par la formation plénière.

La formation connaît tout dysfonctionnement ou incident sérieux dans la mise en œuvre des mesures.

La formation plénière du comité examine les propositions des organismes économiques et commerciaux partenaires qui ont été retenus dans le cadre du financement du présent dispositif. Il retient celles qui apparaissent économiquement les plus conformes aux intérêts des personnes vulnérables (convention de compte bancaire, contrat obsèque par exemple). Ces produits sont proposés aux mandataires familiaux dans le cadre de l'assistance proposée par le Comité. Ils sont utilisés dans le cadre de la mise en œuvre des mesures non familiales, à condition que la personne protégée ne s'y oppose pas. L'utilisation de ces produits n'est jamais une obligation.

Les formations restreintes procèdent notamment aux auditions des personnes vulnérables et de leurs familles ; elles réalisent les transports à domicile lorsqu'ils sont nécessaires. Elles gèrent les mesures de protection qui ne peuvent pas être confiées aux familles ou proches de la personne vulnérable.

Il est prévu une révision, dans un sens limitatif, des actes nécessitant une autorisation du comité. les formations restreintes connaissent des demandes relatives au patrimoine de la personne vulnérable; celles relatives à la personne sont soumises à la formation plénière.

A tout moment, les formations restreintes peuvent solliciter le renvoi devant la formation plénière.

Outre le suivi individualisé des mesures, le comité (formation plénière et formations restreintes) a pour mission d'alerter les autorités publiques locales compétentes concernant des problématiques locales particulières, de proposer la mise en œuvre d'actions locales de nature à favoriser le développement du partenariat interdisciplinaire et de rédiger un rapport annuel d'activité.

3: Création d'un comité national de la vulnérabilité

Il est composé de:

- d'un magistrat nommé par le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice;
- un Directeur de greffe nommé par le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice;
- un représentant du Ministre de l'Intérieur, désignés par ce dernier;
- un représentant du Ministre des Affaires sociales et de la Santé désignés par ce dernier;
- un médecin, désignés par le Conseil de l'Ordre des médecins.
- un avocat désigné par le Conseil National des Barreaux ;
- deux représentants des mandataires professionnels et deux représentants des mandataires familiaux;
- un représentant du Défenseur des Droits;

Le comité national a notamment pour mission de:

- conclure avec les partenaires économiques et financiers les conditions de leur participation au présent dispositif;
- rédiger un rapport annuel faisant la synthèse des actions menées par les comités locaux;
- proposer des partenariats nationaux avec des acteurs privés;
- alerter les pouvoirs publics sur des problématiques particulières;
- proposer des améliorations aux dispositifs de protection existants;

II: Les secrétariats des comités locaux

Les secrétariats travaillent de manière permanente.

Sous l'autorité du président du comité, ils sont composés d'anciens mandataires judiciaires, des agents des ministères et des administrations déconcentrées intervenant dans le dispositif.

Les secrétariats instruisent les courriers, requêtes et dossiers présentés aux comités.

Ils assistent les formations restreintes du comité dans la mise en œuvre des mesures. Ils exercent la mission d'assistance pour les tuteurs familiaux.

III : La mise en œuvre des mesures de protection

Le comité assure directement la mise en œuvre des mesures de protection qu'il prononce. Cette mise en œuvre revêt deux formes. Lorsque le comité confie la mesure de protection à la famille, il propose une assistance (I). Lorsque la mesure ne peut pas être confiée à la famille, le comité et le secrétariat gèrent la mesure (II).

A: l'assistance aux familles

Dans le cadre des mesures d'habilitation judiciaire, tutelles et curatelles, le secrétariat de la Commission propose des permanences régulières aux mandataires familiaux. Le secrétariat informe le comité des situations qui révèlent une atteinte aux intérêts de la personne vulnérable. Par demande motivée, les mandataires familiaux peuvent solliciter un entretien auprès d'une section du comité.

Les organismes économiques et commerciaux partenaires proposent leurs services, adaptés à la protection patrimoniale de la personne vulnérable, aux mandataires familiaux.

B: la gestion des mesures

Des formations restreintes du comité sont créées pour la mise en œuvre des mesures de protection prononcées par la formation plénière. Les formations restreintes sont assistées par les secrétariats.

La protection patrimoniale est assurée par les secrétariats qui gèrent, avec l'assistance des organismes économiques et commerciaux partenaires, les ressources et les charges et notamment les comptes bancaires et placements effectués au bénéfice des personnes vulnérables.

Un référent, membre de la formation restreinte du comité, est désigné par ce dernier, dans le cadre de la protection à la personne. Ce référent connaît des difficultés qui surviennent dans l'exécution de la mesure. La protection personnelle est assurée par :

- un avocat (rémunéré selon forfait par la personne vulnérable ou via l'aide juridictionnelle lorsque les revenus de la personne sont inférieurs au plafond fixé par l'aide juridictionnelle) ;
- les travailleurs sociaux ;
- des personnes bénévoles recrutées à cet effet ;

IV: Le recours des décisions prononcées par les comités

Les comités locaux prononcent des décisions:

- pour prononcer une mesure de protection, son aggravation, son allègement ou sa mainlevée ;
- en réponse aux requêtes (à effet patrimonial ou personnel) présentées par mandataires familiaux ou dans le cadre de la mise en œuvre directe de la mesure de protection;

Ces décisions sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel territorialement compétente.

Paris le 21 mars 2018

Sylvain Bottineau, magistrat, juge des tutelles

