



HAL
open science

Handicap mental et autonomie juridique : de la protection à l'émancipation

Jérôme Bernard

► **To cite this version:**

Jérôme Bernard. Handicap mental et autonomie juridique : de la protection à l'émancipation. Droit. Université de Lorraine, 2013. Français. NNT : 2013LORR0085 . tel-01749732

HAL Id: tel-01749732

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01749732>

Submitted on 29 Mar 2018

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

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



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

UNIVERSITE DE LORRAINE
FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION

HANDICAP MENTAL ET AUTONOMIE JURIDIQUE : DE LA PROTECTION À L'ÉMANCIPATION

THÈSE

en vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ

(Nouveau régime)

*présentée et soutenue publiquement
le 8 juillet 2013 par*

Jérôme BERNARD

MEMBRES DU JURY

M. Jean-René BINET, Professeur à l'Université de Franche-Comté (Rapporteur)
M. Patrick MISTRETTA, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne (Rapporteur)
M. Bruno PY, Professeur à l'Université de Poitiers (Directeur de recherche)
Maître Benoit RENAUD, Notaire à Lunéville, ancien Président du Conseil supérieur du notariat
M. Jean-Baptiste THIERRY, Maître de Conférences à l'Université de Lorraine

LE CORPS ENSEIGNANT

de la Faculté de Droit, Sciences Economiques & Gestion

Année universitaire 2012-2013

DOYEN

M. Eric GERMAIN

DOYENS HONORAIRES

MM. TALLON, GROSS, JAQUET, CRIQUI,
CACHARD

PROFESSEURS ÉMÉRITES

M. VITU, Professeur de Droit Pénal
M. CHARPENTIER, Professeur de Droit Public
M. JAQUET, Professeur de Droit Public
M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit
Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit
M. BORELLA, Professeur de Droit Public
Mme MARRAUD, Professeur de Droit Privé
M. GROSS, Professeur de Droit Privé
M. DUGAS DE LA BOISSONNY Christian,
Professeur d'Histoire du Droit
M. Christian GOSSEREZ, Professeur de Droit
Public
M. GRY Yves, Professeur de Droit Public

PROFESSEURS

M. SEUROT François
M. SEUVIC Jean-François
M. MOUTON Jean-Denis
M. JACQUOT François
M. CRIQUI Etienne
M. PIERRÉ-CAPS Stéphane
M. GARTNER Fabrice

Professeur de Sciences Économiques
Professeur de Droit Privé
Professeur de Droit Public
Professeur de Droit Privé
Professeur de Science Politique
Professeur de Droit Public
Professeur de Droit Public

M. EBOUE Chicot	Professeur de Sciences Economiques
M. MAZIAU Nicolas (<i>détachement</i>)	Professeur de Droit Public
M. DEREU Yves	Professeur de Droit Privé
M. BISMANS Francis	Professeur de Sciences Economiques
M. ASTAING Antoine	Professeur d'Histoire du Droit
M. STASIAK Frédéric	Professeur de Droit Privé
M. CACHARD Olivier	Professeur de Droit Privé
M. GRY Yves	Professeur de Droit Public
M. LAMBERT Thierry	Professeur de Droit Privé
M. HENRY Xavier	Professeur de Droit Privé
M. TAFFOREAU Patrick	Professeur de Droit Privé
M. PETIT Yves	Professeur de Droit Public
M. FOURMENT François	Professeur de Droit Privé
Mme PEGUERA POCH Marta	Professeur d'Histoire du Droit
M. LAFFAILLE Franck	Professeur de Droit Public
M. FARDET Christophe	Professeur de Droit Public
M. VAUTROT-SCHWARZ Charles	Professeur de Droit Public
M. FONTAINE François	Professeur de Sciences Economiques
M. GEA Frédéric	Professeur de Droit Privé
M. AZOMAHOU Théophile	Professeur de Sciences économiques
Mme DUMAS Christelle	Professeur de Sciences économiques
M. JACQUEMET Nicolas	Professeur de Sciences économiques
M. RENAUDIE Olivier	Professeur de Droit public

MAÎTRES DE CONFÉRENCES

M. BOURGAUX Claude	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PELLISSIER Dominique	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GERMAIN Eric	Maître de Conférences de Droit Public
M. LUISIN Bernard	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MANSUY Francine	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme TILLEMENT Geneviève	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme GANZER Annette	Maître de Conférences de Droit Privé
M. OLIVIER Laurent	Maître de Conférences de Science Politique
M. DIELLER Bernard	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GUIGOU Jean-Daniel (<i>détachement</i>)	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GASSER Jean-Michel	Maître de Conférences de Droit Privé
M. AIMAR Thierry	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme KUHN Nicole	Maître de Conférences de Droit Public
Mme DAVID-BALESTRIERO Véronique	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ETIENNOT Pascale	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle BARBIER Madeleine	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. ANDOLFATTO Dominique	Maître de Conférences de Science Politique
Mme DEFFAINS Nathalie	Maître de Conférences de Droit Public
Mme SIERPINSKI Batyah	Maître de Conférences de Droit Public

M. MOINE André	Maître de Conférences de Droit Public
Mlle LEBEL Christine	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle LE GUELLAFF Florence	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. EVRARD Sébastien	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FENOGLIO Philippe	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle GARDIN Alexia	Maître de Conférences de Droit Privé
M. KLOTGEN Paul	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DERDAELE Elodie	Maître de Conférences de Droit Public
M. DAMAS Nicolas	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GICQUEL Jean-François	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
Mme LELIEVRE Valérie	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. PREVOT Jean-Luc	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme CHAUPAIN-GUILLOT Sabine	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle PIERRE Nathalie	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PIERRARD Didier	Maître de Conférences de Droit Public
Mme HOUIN-BRESSAND Caroline	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle BLAIRON Katia	Maître de Conférences de Droit Public
M. FERREY Samuel	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. MULLER François	Maître de Conférences de Droit Public
Melle ABALLEA Armelle	Maître de Conférences de Droit Public
M. THIERRY Jean-Baptiste	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle DUBUY Mélanie	Maître de Conférences de Droit Public
Mme NAU Liliane	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme SACHS Tatiana	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme BOUGHANMI Afef	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme HELSTROFFER Jenny	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle MARTI Gaëlle	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MICHEL-CLUPOT Muriel	Maître de Conférences de Gestion
M. RESTOUT Romain	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. DAMETTE Olivier	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. DURAND Frédéric	Maître de Conférences de Droit privé
M. LOVAT Bruno	Maître de Conférences de Sciences Economiques

MAÎTRES DE CONFERENCES en langue anglaise

M. ECKERSLEY David

MAÎTRES DE CONFERENCES ASSOCIES

M. FERRY Frédéric

Maître de Conférences associé de Droit Privé

Mme MOUKHA Stéphanie
M. GAUDEL Pierre-Jean
M. GUENOT Jacques
M. GREGOIRE Christian
Economiques
M. CHRISTIENNE Jean-Philippe

Maître de Conférences associé de Droit Privé
Maître de Conférences associé de Droit Public
Maître de Conférences associé de Droit Privé
Maître de Conférences associé de Sciences
Maître de Conférences associé de Droit Privé

ASSISTANTS - PRAG

Mme DIEHL Christel
M. PERRIN Yves

PRAG d'Anglais
PRAG d'Economie et Gestion

La Faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Bien que cette étude porte sur l'autonomie, sa réalisation implique de nombreuses personnes qui, à des degrés différents, m'ont permis de traiter cette problématique de la façon dont je le souhaitais. Quelle que soit l'implication de chacun de mes aidants, tous m'ont permis d'avancer – moralement, intellectuellement et matériellement – dans la finalisation de cette étude.

Je tiens tout d'abord à remercier M. le Professeur Bruno Py, mon directeur de recherches, pour la confiance qu'il m'a accordée en m'accueillant dans son équipe, son soutien durant ses années et pour le temps qu'il a pris à me conseiller, m'orienter, me relire. Sa confiance dépasse le seul cadre des travaux de thèse, l'intégration dans les projets de recherche du laboratoire donne une ouverture d'esprit plus large très intéressante pour mes travaux.

Je souhaite ensuite remercier M. Jean-Baptiste Thierry, maître de conférences à l'Université de Lorraine, pour tous ces précieux conseils et son point de vue avisé en la matière. Les moments qu'il m'a accordés ont été très bénéfiques et indispensables pour mener à bien mon travail.

Je pense aussi à Yann Leroy et Bertrand Marrion pour leur constant soutien et leur présence, dans mes travaux de recherche mais aussi et surtout en dehors. Leurs points de vue, leur confiance, leur bonne humeur, les moments de détente et de sport. Je tiens à ajouter un petit remerciement particulier à Bertrand pour la confiance qu'il m'a témoignée dès le départ et la soutenance de mon mémoire de Master qui a été suivie d'une proposition de thèse. Leur amitié m'a permis d'avancer plus sereinement lors de ces années de thèse. J'en profite pour remercier mes amis non juristes pour le soutien permanent, leurs attentions, les éclats de rire qu'on a partagés, indispensables pour prendre du recul et décompresser. Merci à Amélie pour ses relectures attentives entre deux encaissements.

Puis mes pensées vont vers les doctorants et les administratifs de l'Institut François Geny pour tous les moments de travail, de confrontation de points de vue, d'écoute mais aussi de convivialité. Je pense plus particulièrement à Malice, ma voisine, je ne vais pas énumérer toutes les raisons pour lesquelles je la remercie ce serait trop long, mais sincèrement merci. Je pense aussi à Jean-Philippe, conseiller dans le contenu et la mise en forme et fournisseur d'articles et d'ouvrages, à Estelle, pour sa feuille de styles et les CS de l'IFG, à Caroline « Sherlock », à Catherine, à Céline, à Amélie, à Emmanuelle et à tous les autres qui ont participé de près ou de loin.

Je pense ensuite à ma famille qui m'a toujours soutenu dans toutes les épreuves et qui a toujours respecté mes choix : ça y est j'y suis enfin arrivé après quelques tumultes dans mon parcours. Malgré quelques moments difficiles, vous avez été derrière moi et toutes les valeurs que vous m'avez inculquées m'ont permis de mener à bien ce travail. J'ai une pensée particulière pour "mémère Gigi" partie avant que je n'aie eu le temps de terminer...

Je remercie enfin Lauriane, courageuse pour m'avoir supporté dans les instants de stress et de démoralisation, pour sa présence, ses attentions quotidiennes, sa sincérité, sa relecture et ses pensées tendres.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	17
PARTIE 1 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE	51
TITRE 1 : LA PHILOSOPHIE DE LA PROTECTION	53
Chapitre 1 : Une protection temporaire	55
Chapitre 2 : Une mis en œuvre graduée et subsidiaire	109
TITRE 2 : LE RÔLE DES TIERS DANS LA PROTECTION	161
Chapitre 1 : La protection judiciaire.....	163
Chapitre 2 : La protection contractuelle	209
PARTIE 2 : LA PROTECTION DE LA DÉCISION	
PERSONNELLE	267
TITRE 1 : LE CARACTÈRE INCONTOURNABLE DE LA DÉCISION	
PERSONNELLE	269
Chapitre 1 : La décision personnelle et l’aspect patrimonial	271
Chapitre 2 : La décision personnelle et l’état de la personne	329
TITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE DE LA DÉCISION PERSONNELLE	
.....	397
Chapitre 1 : Des vecteurs facilitant la décision : l’accessibilité et l’accompagnement	399
Chapitre 2 : La consultation de la personne protégée.....	463
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	527

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A. min	Arrêté ministériel
ADSP	Actualité et dossier en santé publique
AJ Pénal	Actualité juridique du droit pénal
al.	alinéa
art.	article
Ass. gén.	Assemblée générale
Ass. nat.	Assemblée nationale
Ass. plén.	Assemblée plénière
Avr.	avril
Bull.	Bulletin criminel de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
c.	contre
C. assises	cour d'assises
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
C. éduc.	Code de l'éducation
C. pén.	Code pénal
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
C. route	Code de la route
C. santé publ.	Code de la santé publique
C. urb.	Code de l'urbanisme
CAA	Cour administrative d'appel
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass. Crim.	Arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Civ.	Arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C.C.N.E	Comité consultatif national d'éthique
CDAPH	Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées
CE	Conseil d'État
cf.	confer (comparer à)
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
chron.	chronique
CNSA	Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie
coll.	collection
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contra	Solution contraire
Conv. EDH	Convention européenne des Droits de l'Homme
COTOREP	Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel
Cour EDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
CPC	Code de procédure civile
CRDF	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
CSS	Code de la sécurité sociale

CTNERHI	Centre technique national de recherche sur les handicaps et les inadaptations
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Déc.	décembre
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Doc. fr.	La Documentation française
doctr.	doctrine
Dr. Fam.	Droit de la famille
Dr. pén.	Droit pénal
éd.	édition
ex.	exemple
fasc.	fascicule
févr.	Février
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem
In	dans
Infra	ci-dessous
ITT	Incapacité totale de travail
IVG	Interruption volontaire de grossesse
Janv.	janvier
J-CI. Civ.	Juris-Classeur de droit civil(Encyclopédie)
JCP G	La Semaine juridique
JCP A	La Semaine juridique, édition Administrations et Collectivités territoriales
JCP E	La Semaine juridique, édition entreprise
JCP N	La Semaine juridique, édition notariale
JO	Journal officiel
JOAN	Journal officiel (comptes rendus) Assemblée nationale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
Juill.	juillet
jurispr.	jurisprudence
L.	loi
Lamy Dr. civ.	Revue Lamy droit civil
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
MDPH	Maison départementale des personnes handicapées
Méd&Droit	Médecine et Droit
n°(s)	numéro(s)
Nov.	novembre
NU	Nations-Unies
Oct.	octobre
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
op. cit.	opere citato (ouvrage cité)
p.	page
préc.	précité
Proc.	Procédures
PUF	Presses universitaires de France
PUN	Presses universitaires de Nancy
rapp.	Rapport
Recomm.	Recommandation
Rés.	Résolution

Rev. dr. publ.	Revue de droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rev. eur. hand. ment.	Revue européenne du handicap mental
Rev. fr. dr. const.	Revue française de droit constitutionnel
RGDM	Revue générale de droit médical
Rev. pén.	Revue pénitentiaire et droit pénal
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RJPF	Revue juridique personnes famille
RTD. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Sirey
Sept.	septembre
sous la dir.	sous la direction de
supra	ci-dessus
t.	tome
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
th.	thèse
TI	Tribunal d'instance
Tr. corr.	tribunal correctionnel
Tr. pol.	tribunal de police
V.	Voir
vol.	volume
§	paragraphe

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Reconnaître et défendre le droit à l'autodétermination des personnes qui ont un handicap est une juste cause, encore faut-il y mettre les moyens nécessaires, sinon ce n'est que poudre aux yeux »¹.

1. *Genre humain : de la normalité à la fragilité.* De tout temps, les êtres humains cohabitent et tentent de vivre ensemble. Cette cohabitation impose l'existence d'un cadre suffisamment strict pour que chacun puisse exercer les droits et les libertés qui lui sont reconnus en tant qu'être humain. Malgré l'existence de normes, « *la discorde est le plus grand mal du genre humain, et la tolérance en est le seul remède* »² comme le soulignait Voltaire. Il découle de cette citation que la société compte des individus bénéficiant de droits dont l'exercice peut être source de conflits avec d'autres membres. Malgré l'affirmation selon laquelle « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* »³, chaque citoyen n'a pas nécessairement les moyens – matériels ou intellectuels – pour rendre ces droits efficaces.

Avoir des droits et pouvoir en user pleinement nécessite de remplir certains critères, d'être juridiquement capable. Si tel est le cas de la majorité de la population – les citoyens "normaux" ou remplissant les critères de la normalité –, certains se trouvent à la marge. La normalité, entendue comme le « *caractère de ce qui est normal* »⁴, constitue le principe tandis que la différence est l'exception. Toutefois, les êtres humains faibles, ne répondant pas à la norme du fait par exemple d'un handicap, ne doivent pas seulement être tolérés pour reprendre les termes de Voltaire mais intégrés dans la société pour y participer et faire valoir leurs droits. Ce n'est en effet pas la normalité qui génère les droits et les libertés mais le fait d'appartenir au genre humain. Or, toute personne, même fragile ou diminuée, doit être prise en compte et considérée comme membre à part entière de la société.

¹ M. Nuss, « *La présence à l'autre*, 3^{ème} éd., Dunod, 2011, p 80.

² Voltaire, « *Dictionnaire philosophique* », Flammarion, 1993.

³ Article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

⁴ Trésor de la langue française, <http://atilf.atilf.fr>, V. « normalité ».

2. *Proximité des termes employés.* La personne handicapée ne doit plus être perçue, selon nous, comme un simple corps nécessitant un recours extérieur, son autonomie doit être préservée voire favorisée. Le préfixe « auto » issu du grec signifie « soi-même » et est utilisé fréquemment dans d'autres vocables entendus comme des synonymes de l'autonomie. C'est par exemple le cas de « l'auto-détermination » ou encore de « l'auto-réflexion ». Il ressort clairement l'idée du rôle central de la personne et de la conservation d'une marge d'autonomie malgré la survenance d'un handicap ou d'une maladie. Le terme « autonomie », lorsqu'il est utilisé relativement à une personne, renvoie à « *la faculté de se déterminer par soi-même, de choisir, d'agir librement* »⁵. Cette définition implique la possibilité de faire des choix sans avoir recours à une quelconque aide – matérielle ou humaine – extérieure et fait ressortir deux termes qui sont fréquemment employés comme des synonymes de l'« autonomie » ou à sa place. Il paraît simple de rapprocher ou de confondre l'autonomie et l'auto-détermination entendue comme « *le fait de fixer par soi-même ses choix, ses actes...* »⁶. Cependant, cette dernière définition est moins complète que celle correspondant à l'autonomie. Elle ignore « *la faculté à se déterminer par soi-même* » qui pourtant pourrait caractériser l'auto-détermination. Transparaît de nouveau cette liberté, cette absence de besoin d'une aide extérieure pour agir ou choisir que nous pouvons qualifier d'absence de dépendance. L'indépendance est d'ailleurs définie par rapport à l'autonomie en ce qu'elle est le « *fait de jouir d'une entière autonomie à l'égard de quelqu'un ou de quelque chose* »⁷. Si le rapport à autrui est encore présent, l'indépendance est étroitement liée à l'autonomie d'où la nécessité de cerner précisément ces notions.

Ces trois termes – autonomie, indépendance et auto-détermination – sont très proches et dénotent tous cette idée de besoin d'une aide matérielle ou humaine et peuvent presque indifféremment être utilisés, une différence essentielle résidant dans l'éventuelle subordination. Le droit à l'auto-détermination, qui a été mis en avant par les juges européens, dont le rôle dans l'appréhension juridique de l'autonomie ne peut être négligé⁸, provient directement des développements concernant l'autonomie personnelle.

3. *Histoire, folie et handicap.* Jeux Olympiques de Londres, le 4 août 2012. Oscar Pistorius, sud-africain, devient le premier athlète amputé des deux jambes à participer à ce

⁵ Trésor de la langue française, <http://atilf.atilf.fr>, V. « autonomie ».

⁶ Trésor de la langue française, <http://atilf.atilf.fr>, V. « auto-détermination ».

⁷ Trésor de la langue française, <http://atilf.atilf.fr>, V. « indépendance ».

⁸ Sur le rôle de la CEDH et des juges européens, cf. *infra*. n°21.

championnat mondial au côté des valides. Habitué à participer aux Jeux paralympiques, ce coureur a l'occasion de se confronter aux coureurs valides et de faire partie de l'équipe sud-africaine de relais⁹. Si la position du Comité international olympique marque la volonté d'éviter de marginaliser les personnes handicapées et de tenir compte de leurs compétences, le symbole d'égalité masque une évolution lente et paradoxale de la situation de ces personnes handicapées.

La citation de M. Nuss reflète parfaitement la situation actuelle des personnes handicapées. Si ces dernières sont désormais reconnues, le soutien qui leur est apporté par le Droit reste souvent trop théorique du fait du manque de moyens humains et surtout financiers. La situation des personnes handicapées a connu des évolutions lentes et progressives et certainement non encore définitives. Longtemps ignorées, ces personnes dont les facultés – physiques, mentales ou psychiques – sont altérées font désormais l'objet d'une attention particulière. La loi du 5 mars 2007¹⁰ portant réforme de la protection des majeurs constitue l'aboutissement actuel du processus de reconnaissance du handicap et de la personne handicapée en tant que telle. La situation n'a cependant pas toujours été si favorable pour cette catégorie de la population dont les chiffres¹¹ démontrent l'importance et justifient la position de certains auteurs, dont J-B. Thierry, selon lequel « *le handicap ne doit pas être marginalisé* »¹². Durant de très longues années, le handicap a été perçu comme un phénomène anormal qu'il fallait combattre et éliminer, c'est pourquoi les personnes concernées faisaient l'objet d'un rejet de la part de la société et de traitements dégradants.

La médecine antique était caractérisée par la théorie des humeurs qui devaient être en équilibre sinon l'individu était malade. La maladie mentale correspond à un déséquilibre au niveau du cerveau qui « *rend apparents par leur expression psychique les troubles humoraux* »¹³. Les civilisations de l'époque considéraient les fous comme des « *objets de terreur* »¹⁴ ce qui expliquait qu'ils aient été fréquemment mis à l'écart de la communauté voire éliminés. La maladie, que son origine soit mentale ou physique, était alors perçue

⁹ Actuellement Oscar Pistorius est poursuivi pour le meurtre de sa compagne dans la nuit du 14 février 2013. Il a été libéré sous caution fin février mais doit être de nouveau auditionné début juin. Il encourt la réclusion criminelle à perpétuité pour meurtre avec préméditation même s'il met en avant le fait qu'il croyait avoir affaire à un cambrioleur.

¹⁰ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56 du 7 mars 2007 page 4325.

¹¹ Selon l'enquête « Handicap-Santé » de l'INSEE menée en 2008, 9,4 millions de personnes en France ont un handicap identifié, parmi lesquelles 7,9 millions ont un handicap reconnu administrativement.

¹² J-B. Thierry, « *Le handicap en droit criminel* », thèse dactylographiée sous la direction du Professeur J-F. Seuvc, Nancy, 2006, p 14, n°2.

¹³ J. Postel et C. Quétel (sous la dir.), « *Nouvelle histoire de la psychiatrie* », Dunod, Paris, 1994, p 4.

¹⁴ *Ibidem.*, p 28.

comme une punition divine ne pouvant éventuellement être traitée que « *par des prêtres guérisseurs messagers divins* »¹⁵. Le malade mental était celui que la puissance divine punissait par un déséquilibre des humeurs au niveau du cerveau et qui se retrouvait exclu de la société.

Au Moyen-Age, malgré le devoir de charité chrétienne qui imposait de prendre soin des infirmes en ce qu'il s'agissait d' « *une forme de misère nécessitant l'hospitalité* »¹⁶ ou l'apparition de la notion d'humanisme lors de la Guerre de cent ans, le sort des personnes handicapées restait obscur et largement mis à l'écart. L'époque médiévale vit apparaître le terme « fol » qui désignait celui qui avait perdu la raison et la distinction entre deux types de folie, l'une basée sur « *une conception surnaturelle* », faisant intervenir des forces démoniaques, l'autre sur « *une approche naturelle* »¹⁷. La folie, justement définie comme « *l'incapacité à se plier aux nécessités sociales* »¹⁸, justifiait que certaines personnes soient marginalisées et ne participent pas à la vie en société. Cependant, la fin de l'époque médiévale marque une évolution importante dans l'appréhension de la folie. Si de nombreux facteurs font que les personnes peuvent être aliénées – déficience mentale, chagrin d'amour, mélancolie par exemple –, l'exclusion n'est plus automatique. En matière de spectacles notamment la place des fous devient plus importante à tel point que « *la folie et le fou deviennent personnages majeurs* »¹⁹ dans la Cour du roi. Ce dernier va se servir de certains aliénés pour animer ses spectacles, le bouffon du roi prend alors une importance particulière et démontre que le « fol » peut être intégré. Cette intégration de certains fous dans la Cour trouve encore des traces actuellement : le jeu d'échecs comporte des pièces nommées « fous » qui entourent le couple royal et qui, contrairement à toutes les autres pièces du jeu, ne peuvent se déplacer qu'en diagonale et sur une seule couleur. Quant aux autres aliénés, ils ne sont que rarement enfermés mais font plutôt l'objet d'une surveillance renforcée de la part de leurs familles qui en sont responsables.

La déficience mentale justifiait que la personne soit mise à la marge de la société en ce qu'elle proviendrait du diable ou de mauvais esprits. Aucune protection ne leur était offerte ; à l'inverse, la volonté était de protéger la population contre ces personnes handicapées,

¹⁵ *Ibidem.*, p 25

¹⁶ P. Doriguzzi, « *L'histoire politique du handicap. De l'infirmes au travailleur handicapé* », éd. L'Harmattan, 1994, p 29.

¹⁷ J. Postel et C. Quétel (sous la dir.), « *Nouvelle histoire de la psychiatrie* », op. cit., p 57.

¹⁸ L. Guignard, « *Juger la folie. La folie criminelle devant les Assises au XIXème siècle* », PUF, coll. Droit et justice, p 211.

¹⁹ M. Foucault, « *Histoire de la folie à l'âge classique* », Gallimard, coll. Tel, 1972, p 24.

expliquant le phénomène de marginalisation dont elles étaient l'objet. Toutefois, la période classique va opérer un changement essentiel dans la prise en charge de la folie et dans son traitement puisque « *l'âge classique va la [la folie] réduire au silence par un étrange coup de force* »²⁰. Le coup de force dont il est question est un vaste mouvement d'enfermement des aliénés mentaux, cette catégorie étant entendue au sens large du terme car les mendiants ou les personnes errantes sont aussi visés. C'est pourquoi le terme « *asociaux* »²¹ a été utilisé pour décrire l'ensemble de cette population qui va faire l'objet d'un internement de masse à partir de la fin du XVI^{ème} siècle. Si, lors du siècle précédent, « *il incombe aux familles de venir en aide à leurs fous* »²², de nombreux établissements destinés aux aliénés apparaissent dans l'unique but d'interner les déments, il ne s'agit « *pas d'un premier effort vers une hospitalisation de la folie* »²³.

Ce n'est qu'à partir du XIX^{ème} siècle que la folie sera véritablement traitée et que l'accueil en établissements aura un but curatif, notamment sous l'impulsion des travaux de Pinel²⁴ et Esquirol²⁵ qui sont à l'origine d'une loi le 30 juin 1838²⁶ pour tenter de définir le statut des aliénés. La psychiatrie en est à ses prémices mais a le mérite d'exister et de prendre en compte les personnes malades mentales en leur apportant des soins, la « *médicalisation de la folie* »²⁷ est née. Elle va ensuite se concrétiser par la construction d'asiles qui accueilleront spécifiquement les aliénés mentaux avant d'étendre leur public aux toxicomanes et aux personnes alcooliques²⁸.

4. *Invalidité : point de départ des évolutions récentes.* Le XX^{ème} siècle est un tournant important dans la prise de conscience de la reconnaissance à donner aux personnes infirmes et aux mutilés. Malgré l'utilisation persistante de « *préfixes privatifs (invalides, impotents, incapables)* »²⁹, la prise en compte du handicap est grandissante, notamment en matière de travail et d'armée. Les mutilés de guerre disposent d'une pension spécifique depuis la loi du

²⁰ *Ibidem.*, p 56.

²¹ *Ibidem.*, p 92.

²² L. Guignard, « *Juger la folie. La folie criminelle devant les Assises au XIX^{ème} siècle* », op. cit., p 213.

²³ M. Foucault, « *Histoire de la folie à l'âge classique* », op. cit., p 129.

²⁴ P. Pinel est un aliéniste de la deuxième moitié du XVIII^{ème} siècle qui prônait l'humanisation de la prise en charge de la folie ce qui impliquait aucun internement abusif et la mise en place de soins.

²⁵ J-E. Esquirol, psychiatre du début du XIX^{ème} siècle, est considéré comme le pionnier dans la mise en place d'hôpitaux psychiatriques.

²⁶ Loi n°7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés, recueil Duvergier p 490.

²⁷ J. Postel et C. Quétel (sous la dir.), « *Nouvelle histoire de la psychiatrie* », op. cit., p 172.

²⁸ Cette population va faire l'objet d'une attention particulière à partir de la 3^{ème} République et plus précisément du rapport de Claude des Vosges remis au Sénat en 1887.

²⁹ A. Blanc, « *Le handicap ou le désordre des apparences* », éd. Armand Colin, 2008, p 18.

11 avril 1831 sur les pensions de l'armée de terre, protection consacrée au début du XX^{ème} siècle suite à la première guerre mondiale. Le handicap est enfin reconnu, « *le corps du soldat invalide est reconstitué par le législateur grâce à une fiction juridique* »³⁰. Cette prise en compte du handicap dû à des blessures de guerre peut être perçue comme un premier système de compensation auquel il convient de donner plutôt une valeur symbolique du sang versé pour la défense de la patrie.

En outre, la reconnaissance des travailleurs présentant un handicap se caractérise dès l'origine par l'instauration d'un quota imposé aux employeurs concernant l'embauche de travailleurs. Ces dispositions, issues en premier lieu d'une loi du 23 novembre 1957³¹ puis d'une loi du 30 juin 1975³² et enfin de la loi du 11 février 2005³³ relative à l'accessibilité et à l'égalité des chances, viennent consacrer la position adoptée suite à la première Guerre mondiale qui consistait à réserver spécifiquement certains emplois aux soldats blessés. Le fait que les différentes lois réservent un certain nombre de places dans les entreprises pour les personnes handicapées démontre que l'intégration sociale est une préoccupation constante depuis plusieurs années. Toutefois, cette prise en compte de la population handicapée est perpétuellement fondée sur la discrimination, que ce soit au sens premier du terme correspondant à une différence de traitement entre deux catégories, ou au sens positif du terme en favorisant les personnes les plus faibles pour combler le déséquilibre de la relation. L'emploi des personnes handicapées tel qu'il vient d'être abordé met ainsi en lumière un système de discrimination positive issu du quota imposé aux entreprises. Le droit pénal lutte aussi contre toute forme de discrimination fondée sur le handicap. En effet, depuis une loi du 12 juillet 1990³⁴, le handicap fait partie intégrante des critères de discrimination que le droit cherche à combattre.

Qu'il s'agisse des règles applicables en droit pénal ou en droit du travail, le problème qui se dresse face à cette volonté d'intégrer le plus pleinement possible les personnes handicapées à la vie de la société réside dans le fait que « *toute intervention législative catégorielle exclut de facto les personnes handicapées du champ de la normalité* »³⁵. Légiférer en faveur des

³⁰ O. Tholozan, « La genèse de la protection juridique du handicap », in. A. Leca et F. Vialla (sous la dir.), « *Le handicap : droit, histoire, médecine* », PUAM, 2004, p 37.

³¹ Loi n°57-1223 du 23 nov. 1957 sur le reclassement des travailleurs handicapés, JORF 24 nov. 1957, p 10858.

³² Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées.

³³ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

³⁴ Loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, JORF n°161 du 13 juill. 1990, p 8272.

³⁵ J-B. Thierry, « *Le handicap en droit criminel* », op. cit., p 39, n°23.

personnes handicapées ne leur est par forcément bénéfique en matière d'intégration eu égard à l'existence de règles spécifiques. L'adoption de ce type de normes traduit la différence qui existe entre la population valide et la population handicapée. Bien que l'intérêt de cette dernière guide le législateur à intervenir et à modifier le cadre juridique, l'application d'une législation spéciale fait ressortir la différence due au handicap. Cette approche n'est pas spécifique au handicap en ce qu'elle concerne aussi les mineurs, les femmes et de manière plus récente les couples homosexuels.

5. *Apparition tardive d'une définition du handicap.* Le handicap fait l'objet d'une attention particulière depuis plus d'un siècle, il n'a pourtant été défini de manière précise que très récemment. Encore en 2004, certains auteurs affirmaient qu'« *aujourd'hui encore, on ne sait pas toujours exactement ce qu'est une personne handicapée* »³⁶, le flou qui régnait autour de la définition du handicap a ainsi plané très longtemps. Le terme handicap naît dans la langue anglaise, *hand in cap*, qui désigne, au XVII^{ème} siècle, deux types de jeux. En Angleterre, le jeu consiste en une estimation du prix d'un objet par un arbitre, chaque joueur déposant sa mise dans un chapeau. En Irlande, le mot est appliqué à la sphère équestre : des tiers fixent le prix d'un cheval et les joueurs tirent les prix au fond d'un chapeau. L'évolution progressive du terme dans le monde du sport prouve que « *le sujet handicapé était considéré alors comme naturellement supérieur* »³⁷ puisque les meilleurs chevaux devaient composer avec des contraintes supplémentaires³⁸.

Une avancée marquante intervient dans le courant du XX^{ème} siècle lorsque le terme « handicap » quitte le seul domaine sportif pour être utilisé en matière médicale. Au fur et à mesure des années, les « mutilés » ou les « infirmes » vont devenir des handicapés, perçus comme des personnes dont l'état de santé nécessite la mise en œuvre d'une compensation. L'apparition de ce terme dans le langage commun coïncide avec le souci du législateur et de la société de prendre en compte le handicap et la personne. Il devient « *une notion médicale, plus précisément une déficience ou incapacité résultant d'une lésion fonctionnelle acquise ou*

³⁶ Affirmation de A. Leca et F. Vialla dans la préface des actes du colloque organisé à Montpellier les 6 et 7 novembre 2003 et intitulé « Le handicap : droit, histoire, médecine », in. « *Le handicap : droit, histoire, médecine* », PUAM, 2004, p 11.

³⁷ A. Leca et F. Vialla, préface, in. « *Le handicap : droit, histoire, médecine* », PUAM, 2004, p 11.

³⁸ Ces contraintes pouvaient prendre différentes formes : par exemple parcourir une distance plus longue par rapport aux autres pour compenser leur facilité ou encore leur faire porter un poids plus important. Actuellement, la pratique du golf fait encore référence à cette notion de handicap : plus le joueur a un niveau correct, plus son handicap diminue. La vision est donc différente puisque le handicap grandit avec la baisse de niveau du joueur, il vient compenser le manque d'expérience ou de résultats des moins performants.

congénitale » selon M. Markus³⁹. Le handicap demeure toutefois sans définition juridique précise.

Mais ce changement terminologique démontre que, comme le souligne M. Blanc, « *nous privilégions aujourd'hui des vocables euphémisés* »⁴⁰, plus respectueux des personnes handicapées. Le mot handicap est plus neutre que les termes de mutilation ou d'infirmité, tout comme les "incapables" deviennent les "majeurs protégés" par le biais de la réforme du 5 mars 2007 précédemment citée. Les dictionnaires classiques conservent une large part de corporel dans leurs définitions du handicap, définitions qui ont tendance à se recouper largement et à être perçues sous deux aspects distincts. Le premier volet est médical : le handicap correspond alors à « *une déficience physique ou mentale* »⁴¹ ou encore, de manière un peu plus précise, à « *une infirmité ou déficience, congénitale ou acquise des capacités physiques ou mentales* »⁴². Outre ce pan corporel retenu pour définir le handicap, le langage commun retient souvent une note sociale résidant dans un « *désavantage, infériorité qu'on doit supporter* » ou « *un désavantage qui met dans un état d'infériorité* » au sens des deux dictionnaires précédemment cités.

6. *Droit et définition du handicap.* La définition basée sur la conception médicale du handicap est prépondérante car « *la déficience occupe l'espace public* »⁴³, ce qui se traduit par la tenue de nombreuses manifestations à l'image du Téléthon ou par l'existence de diverses organisations telles qu'Handicap international ou l'association des paralysés de France. Les dictionnaires juridiques ne font pas état du substantif « handicap » mais uniquement de « handicapé » : selon le vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, le handicapé est défini sous le prisme du travailleur mais aussi celui de la personne handicapée qui est « *une personne diminuée dans ses facultés mentales ou corporelles* »⁴⁴. L'avancée essentielle en matière de définition juridique du handicap correspond à l'entrée en vigueur de la loi du 11 février 2005 sur la participation à la citoyenneté et l'égalité des chances. Elle apporte en effet une définition précise du handicap reprise à l'article L114 CASF qui précise que « *constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de*

³⁹ J-P. Markus, « La notion juridique de personne handicapée », in. O. Guézou et S. Manson (sous la dir.), « *Droit public et handicap* », Dalloz, 2009, p 27.

⁴⁰ A. Blanc, « *Le handicap ou le désordre des apparences* », op. cit., p 21.

⁴¹ Définition issue de « *Le Petit Robert 2013* », p 1213.

⁴² Définition issue du « *Larousse 2012* », p 527.

⁴³ A. Blanc, « *Le handicap ou le désordre des apparences* », op. cit., p 30.

⁴⁴ G. Cornu, Association Henri-Capitant, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 8^{ème} éd., 2008, p 455.

participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ». Cependant, il faut garder à l'esprit que le handicap n'a pas une forme unique et que « *la finalité globalisante du terme cache la diversité des situations* »⁴⁵, chaque personne handicapée présentant des singularités qui rendent délicate toute uniformisation dans la prise en charge du handicap.

7. *Définition globale du handicap.* Même si « *le handicap est une notion polymorphe* »⁴⁶, la définition législative de 2005 se veut globale et généraliste afin de tenir compte, non seulement des différents types de handicaps, mais aussi des différents facteurs constitutifs du handicap. Le fait de bénéficier d'une définition claire, complète et précise est nécessaire pour tenter une uniformisation de l'appréhension du handicap qui se retrouve dispersé dans de nombreux codes tels que le Code civil, le Code pénal, le Code de l'action sociale et des familles ou le Code du travail. Bien que parfois source de critiques en ce qu'elle serait inutile⁴⁷, cette définition a le mérite de donner une vision complète du handicap, de caractériser juridiquement la situation de handicap et de tenir compte d'éléments jusque là totalement éludés.

Il ressort clairement de cette « *démarche globalisante* »⁴⁸ qu'une personne n'est pas seulement handicapée du fait de son handicap à proprement parler mais aussi du fait de l'environnement. Le facteur environnemental revêt une importance toute particulière dans l'appréhension du handicap⁴⁹. Un environnement adapté au handicap réduit considérablement les obstacles et les gênes. C'est en ce sens que la loi du 11 février 2005 modifie les normes d'accessibilité et impose aux établissements recevant du public de se mettre en conformité avec ces nouvelles règles dans un délai initial de dix ans. La limitation des obstacles et des freins environnementaux est une priorité du législateur afin que les personnes handicapées

⁴⁵ J-B. Thierry, « *Le handicap en droit criminel* », op. cit., p 24, n°11.

⁴⁶ A. Leca et F. Vialla, préface, in. « *Le handicap : droit, histoire, médecine* », PUAM, 2004, p 14.

⁴⁷ Voir par exemple en ce sens S. Milano, « *La loi du 11 février 2005 : pourquoi avoir réformé la loi de 1975 ?* », *RDSS*, n°3, 2005, p 361.

⁴⁸ M. Guigue, « *La personne handicapée. Contribution à l'étude de l'utilité de son statut* », thèse dactylographiée, dirigée par Madame le Professeur Anne D'Hauteville, soutenue le 5 déc. 2011, p 22, n°24.

⁴⁹ Sur l'influence de l'environnement, voir par exemple : V. Assante, « *Personnes handicapées ou personnes en situation de handicap ?* », in. I. Ville et J-F. Ravaud (sous la dir.), « *Personnes handicapées et situation de handicap* », La documentation française, n°892, sept. 2003, p 29 ; E. Vieux, « *Les critères de détermination des besoins en tierce personne* », *Gaz. Pal.*, 9 avr. 2010, n°99-100, p 35.

participent pleinement à la vie en société puisqu'il est évident qu' « *un handicap n'existe que dans une situation donnée* »⁵⁰. L'impact de l'environnement dans lequel vit la personne handicapée ne peut plus être nié, son importance est telle que, lors des travaux préparatoires relatifs à la loi de 2005, il a été proposé d'utiliser et de donner une définition du vocable « situation de handicap »⁵¹. Malgré le rejet de cette proposition, le fait que cette expression ait fait l'objet d'un amendement prouve la prise en compte de l'influence environnementale dans le handicap et son importance. Le handicap est désormais la conjonction de deux facteurs : l'altération des facultés physiques, mentales et/ou psychiques ainsi qu'une inadaptation de l'environnement dans lequel vit la personne handicapée. L-P. Grosbois résume parfaitement la situation lorsqu'il affirme qu' « *une personne handicapée dans un aménagement accessible est une personne valide et une personne valide dans un aménagement non accessible est une personne handicapée* »⁵². Il s'agit par exemple des distributeurs automatiques de billets ou encore des cabines téléphoniques qui sont accessibles aux seules personnes en fauteuil et qui obligent les personnes valides à se baisser et à faire des efforts pour se mettre à hauteur.

Si le facteur environnemental est principalement perçu en matière de handicap physique, il est aussi susceptible d'être un obstacle pour les autres types de handicaps – mental et psychique –. Bien que notre étude se concentre sur le handicap mental, les autres catégories ne seront pas systématiquement écartées car nos démonstrations se baseront parfois sur l'ensemble des handicaps et seront applicables à tout type de handicap. Par exemple, en matière d'accessibilité, les personnes handicapées physiques sont naturellement concernées mais le problème touche aussi les personnes malentendantes, malvoyantes ou déficientes mentalement ; le contenu informationnel des musées ou de tout autre bâtiment accueillant du public et des sites Internet doit leur être accessible.

8. Particularité du handicap social. Le handicap n'est pas toujours la conséquence d'une déficience mais parfois de difficultés dans la gestion des ressources. Malgré l'abandon de la tutelle aux prestations sociales et des termes d'oisiveté, intempérance et prodigalité suite à la réforme du 5 mars 2007 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, le handicap social représente un volet important du handicap. L'environnement physique et matériel est une cause de ce handicap en ce qu'il peut être inapproprié pour les personnes et ainsi les exclure d'une vie

⁵⁰ J-B. Thierry, « *Le handicap en droit criminel* », op. cit., p 19, n°7.

⁵¹ Des amendements avaient été déposés par H. Mignon, D. Paul et D. Ruchard pour que la notion de « situation de handicap » soit définie dans le CASF mais ils ont été rejetés.

⁵² L-P. Grosbois, « *Handicap et construction, conception et réalisation : espaces urbains, bâtiments publics, habitations, équipements et matériels adaptés* », 6^{ème} éd., 2003, Paris : Le Moniteur, p 21.

sociale normale. Nous pensons par exemple aux lieux de travail qui ne seraient pas suffisamment adaptés à l'état de santé de certains employés, les empêchant d'exercer une activité professionnelle.

Toutefois, le handicap social peut être perçu de manière différente et le législateur en a tenu compte en 2007 en instaurant les mesures d'accompagnement social ou judiciaire. Cette catégorie n'est pas nouvelle dans la sphère juridique puisque les articles 3 d'une loi du 19 novembre 1974⁵³ et 51 d'une loi du 31 décembre 1970⁵⁴ y faisaient explicitement référence. Sa suppression par une loi du 29 juillet 1998⁵⁵ est surprenante sachant que les personnes en difficulté sociale ont toujours fait l'objet d'une aide particulière, matérielle ou financière. Bien que non directement visé, le handicap social découlant d'une mauvaise gestion des ressources a connu des exemples célèbres. Baudelaire a été placé sous tutelle⁵⁶ puisqu'en deux ans il avait dépensé la moitié de la fortune héritée de son père en logeant dans un hôtel de luxe ou en achetant de nombreuses toiles de maîtres. Sa mère demanda à un notaire de gérer la fortune de son fils qui fut donc placé sous tutelle judiciaire en 1844 afin de faire face à ses dépenses exagérées. Le traitement du handicap social a toujours été à l'ordre du jour avec initialement un rôle prépondérant tenu par le Comité de mendicité⁵⁷ qui soulignait l'assistance due par l'Etat et de façon beaucoup plus récente par l'apparition des mesures d'accompagnement social personnalisé et d'accompagnement judiciaire. La finalité de ces mesures – beaucoup moins attentatoires aux droits et libertés que les mesures judiciaires avec lesquelles elles sont incompatibles – est de rétablir une gestion des ressources qui ne présente aucun risque pour la santé et la sécurité de la personne. Les dispositions actuelles tendent à protéger ces majeurs bénéficiaires de prestations sociales qui ont des difficultés dans la gestion de leur budget et qui se répercutent sur leur sécurité et leur santé. A l'origine devoir de la Nation, ce soutien matériel et financier incombe désormais aux départements puisque ces collectivités ont une mission centrale dans ces mesures d'accompagnement. Par

⁵³ Loi n°74-955 du 19 nov. 1974 étendant l'action sociale à de nouvelles catégories de bénéficiaires et modifiant diverses dispositions du CASF, du Code du travail.

⁵⁴ Loi n°70-1318 du 31 déc. 1970 portant réforme hospitalière.

⁵⁵ Loi n°98-657 du 29 juill. 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JO 31 juill. 1998, p 11679.

⁵⁶ Voir par exemple : F. Berat et M-A. De Langenhagen, « *Panorama d'un auteur. Baudelaire.* », Studyrama, mai 2005, notamment p 17 ; <http://baudelaire.litteratura.com> ; <http://salon-litteraire.com/fr/charles-baudelaire>.

⁵⁷ Le Comité de mendicité est à l'origine de nombreux travaux à la fin du XVIII^{ème} siècle sous l'égide de son président La Rochefoucauld-Liancourt qui font de l'assistance des « bons pauvres » un devoir de l'Etat. Ce dernier doit venir en aide à « *la pauvreté honnête et malheureuse* » telle que La Rochefoucauld-Liancourt qualifie la bonne pauvreté dans le plan de travail du Comité de mendicité le 30 avril 1790. Dans le cas contraire, celui « *de mendiants de profession et de vagabonds* » au sens du Comité, aucune aide publique ne doit être mise en œuvre. Même si l'article 21 de la Constitution de 1793 précise que « *la société doit la subsistance aux citoyens malheureux* », le manque de finances aura raison de cette obligation légale pour n'en faire qu'un devoir moral.

conséquent, même si notre étude sera axée sur le handicap mental, il pourra être fait référence aux autres types de handicap dans des cas précis où les connexions s'avèrent nécessaires pour expliquer le fonctionnement de certains mécanismes.

9. *Eviter l'isolement quelle que soit sa cause.* Cette politique s'inscrit dans le prolongement de la volonté de limiter la mise à l'écart des personnes handicapées, car l'irrationalité dans la gestion des prestations peut conduire à un isolement social indéniable. Toutefois, ce handicap n'est pas forcément causé par une déficience, il peut faire suite à une addiction ou à un contexte économique et familial difficile. Même si officiellement « *les mesures dites sociales ont donc été évincées par la réforme* »⁵⁸, cela ne semble être qu'une apparence au vu de l'accompagnement prévu par la loi du 5 mars 2007 qui réforme la protection des majeurs. Le rétablissement de l'autonomie budgétaire demeure l'un des objectifs du législateur qui organise une protection souple et distincte de la protection judiciaire plus lourde sur le plan procédural et plus contraignante dans l'exercice des droits. Il convient de garder à l'esprit que le handicap mental peut être une source de difficultés dans la gestion de ses prestations sociales, handicap qui ne justifie pas forcément l'ouverture d'une mesure judiciaire plus attentatoire à l'autonomie qu'une mesure d'accompagnement.

10. *Distinction handicap mental / maladie mentale.* La terminologie occupe une place importante dans la vision et la perception du handicap mental. Il est donc opportun de s'intéresser à la distinction qui peut être faite entre la notion de maladie mentale et celle de handicap mental qui nous intéresse plus particulièrement. La différenciation n'est pas récente puisque, dès le XIII^{ème} siècle, « *Saint Thomas d'Aquin réalisa une classification des troubles de la raison* »⁵⁹ sans qu'il ne soit toutefois question de handicap. Il relève déjà des graduations dans les atteintes mentales et distingue les personnes déficientes mentales, folles et celles « *dont les passions obscurcissent le jugement* »⁶⁰. Cette catégorisation rappelle les règles du droit pénal actuel qui reconnaît une différence entre l'altération et l'abolition du discernement pour évaluer le degré de responsabilité. Il n'est en revanche nullement fait mention de la notion de handicap, ni même à celle de maladie mais l'affirmation de Thomas d'Aquin prouve que les troubles mentaux sont hiérarchisables.

⁵⁸ L. Delprat, « *La réforme des tutelles* », coll. Essentiel, LEH, 2009, p 63.

⁵⁹ M. Guigue, « *La personne handicapée. Contribution à l'étude de l'utilité de son statut* », op. cit., p 9, n°7.

⁶⁰ M. Guigue, « *La personne handicapée. Contribution à l'étude de l'utilité de son statut* », op. cit., p 9, n°7.

Il est essentiel de marquer une distinction entre la maladie mentale et le handicap mental qui font l'objet de traitements différents même s'ils « *sont souvent objets de confusion* » et s'ils « *se heurtent à des barrières similaires pour leur intégration sociale* » comme l'a précisé l'Association francophone d'aide aux handicapés mentaux (AFrAHM) lors de sa campagne de sensibilisation en décembre 2009. Les expressions « maladie mentale » et « handicap mental » ne peuvent pas être utilisées indifféremment, elles ne sont pas synonymes bien que proches. Comme nous l'avons vu précédemment, le handicap fait nécessairement appel à une dimension environnementale ce qui n'est pas le cas pour la maladie. A l'inverse du handicap, la maladie n'est pas la somme d'une déficience et d'un environnement inadapté. Ce constat permet de mettre en lumière une autre différence entre les deux notions de maladie mentale et de handicap mental : le handicap, du fait de sa gravité et de sa longévité, « *est un état permanent* » tel que le qualifie l'AFrAHM qui ne peut jamais donner lieu à guérison. En matière de handicap, il est beaucoup plus courant – ou il devrait être plus courant – de parler de compensation. Cette idée de compenser les inégalités liées au handicap au lieu de traiter le handicap lui-même se concrétise dans une loi du 17 janvier 2002⁶¹ avant d'être réaffirmée dans les lois successives du 11 février 2005 et du 5 mars 2007. La maladie est traitée ; le handicap est compensé. La compensation se fait par le biais de l'accessibilité⁶² et de l'accompagnement et elle a pour but de réduire les inégalités sans toutefois rendre ses capacités à la personne handicapée. Il convient alors de préciser que l'accessibilité, bien qu'elle vise naturellement le handicap physique afin de pallier la mobilité réduite, concerne en réalité l'ensemble des personnes handicapées. La loi de 2005 y fait référence « *hors de toute considération physique de déplacement* »⁶³, l'accessibilité concerne aussi le handicap mental par le biais des nouvelles technologies. Cependant, il existe des écarts importants dans la mise en œuvre des mesures d'accessibilité en fonction de la nature du handicap, « *la déficience*

⁶¹ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JORF du 18 janv. 2002, p. 1008.

⁶² Relativement à l'accessibilité, le Défenseur des droits, Dominique Baudis, rappelle, dans sa décision du 11 février 2013 (n°MLD 2013-16), la nécessité de mettre en œuvre les normes d'accessibilité issues de la loi du 11 février 2005. Au vu des échéances proches – 2015 -, le Défenseur des droits fait deux recommandations : « *impulser les conditions nécessaires à la réalisation des objectifs posés dans la loi de 2005* » et « *inscrire dans le projet de loi cadre sur le logement et l'urbanisme des dispositions relatives : d'une part à l'illégalité du refus de travaux de mise en accessibilité, et d'autre part à l'interdiction de la demande d'un propriétaire, de remise en état du logement* ». Voir en ce sens A. Sireyjol, « Accessibilité des personnes handicapées : Le Défenseur des droits appelle les pouvoirs publics à être à la hauteur de leurs engagements », *Actualités Droits-Libertés*, Lettre CREDOF, 19 févr. 2013.

⁶³ D. Blanc, « L'Union européenne face au handicap. Les tâtonnements d'une politique publique volontariste », in. O. Guézou et S. Manson (sous la dir.), « *Droit public et handicap* », Dalloz, 2009, p 109.

physique est valorisée par rapport à la déficience mentale »⁶⁴. Le réflexe premier est de favoriser la mobilité par le respect de nouvelles normes en matière d'accessibilité, mais il ne faut pas oublier que le handicap ne se résume pas à la sphère physique et qu'il est essentiel de compenser aussi l'altération des facultés mentales.

11. Accessibilité et accompagnement : adaptations au handicap mental. Il est indispensable que l'accessibilité mais surtout l'accompagnement soient les plus adaptés aux besoins des personnes handicapées mentales ; la difficulté réside dans la grande diversité des handicaps et par conséquent la quasi-impossibilité d'obtenir une solution unique et appropriée à chacun. En outre, l'accompagnement ne correspond pas uniquement aux mesures instituées par la réforme de 2007 – mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) et mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) –, il doit être mis en œuvre nettement plus tôt en décidant d'une scolarité adaptée ou de formations spécifiques par exemple. A la différence de la maladie mentale qui apparaît généralement plus tard dans la vie, le handicap existe souvent dès la naissance et doit être détecté au plus vite afin que l'accompagnement soit mis en place rapidement.

12. Distinction des causes de la maladie et du handicap. A la lumière de ces explications et sous un angle purement médical, il ressort clairement que « *les personnes porteuses d'un handicap mental ne sont pas malades* », ou pas automatiquement malades comme l'indique l'AFrAHM dans sa campagne de lutte contre les préjugés en décembre 2009. Les causes de la maladie mentale et du handicap mental ne sont pas les mêmes et les diagnostics posés diffèrent. Les causes du handicap mental⁶⁵ sont plus facilement identifiables que celles de la maladie mentale qui peuvent être influencées par de nombreux facteurs tels que l'hérédité, le stress, le contexte familial ou encore une maladie sans lien avec la sphère cérébrale. Les troubles mentaux les plus graves par leur degré ou leur fréquence deviennent des maladies mentales qu'il conviendra de traiter notamment par la psychiatrie. Les éléments déclencheurs de la maladie mentale peuvent exister de longue date mais ne produire leurs effets qu'après une sorte de « *période d'incubation* »⁶⁶ qui a une durée plus ou moins longue. Cette période

⁶⁴ S. Ebersold, « *L'invention du handicap, la normalisation de l'infirme* », 2^{ème} éd., CTNERHI, coll. Flash Informations, n°221, n°HS, p 254.

⁶⁵ L'AFrAHM évoque plusieurs facteurs de handicap mental : l'origine génétique, des infections contractées par l'enfant lui-même (méningite) ou par la mère (rubéole), des intoxications durant la grossesse (dépendance à l'alcool), manque d'oxygénation du cerveau ou malaise affectif en bas âge.

⁶⁶ « Handicap mental et maladie mentale : quelle différence ? », www.mens-sana.be/phak/quest1.html.

de latence distingue handicap mental et maladie mentale, le handicap s'exprime dès l'origine et demeure permanent. « *Mais un acquis de l'humanisme est que toute personne majeure jouit des libertés individuelles reconnues par le système juridique* »⁶⁷, cela impose que les personnes handicapées ne soient pas privées injustement de leurs droits et libertés, parmi lesquels le respect de l'autonomie.

13. Influence de la nature du handicap sur le degré d'autonomie. En fonction de la nature du handicap, la compensation ne prend pas la même forme et l'autonomie de la personne n'est pas restreinte de la même manière. Une personne à mobilité réduite voit son autonomie atteinte dans la liberté de mouvement ; le palliatif est alors le respect des nouvelles normes d'accessibilité permettant aux fauteuils roulants ou aux personnes dont les mouvements sont très limités du fait d'une maladie des déplacements aisés dans tous les bâtiments qui accueillent du public. Les restrictions d'accès peuvent aussi concerner les personnes non-voyantes ou malentendantes. En revanche, une personne handicapée physique dispose, en principe, de l'ensemble de ses facultés intellectuelles lui permettant d'exercer seule ses droits ce qui n'est pas le cas des personnes handicapées mentales dont l'altération des facultés influe nécessairement sur le consentement et la possibilité de faire des choix.

Si pour une personne handicapée physique l'autonomie concerne principalement les mouvements, il en va différemment pour une personne handicapée mentale. L'autonomie de cette dernière réside dans la faculté qu'elle a de faire des choix de la manière la plus libre possible et en prenant en compte sa déficience. Il ne s'agit alors pas d'un problème de déplacement mais décisionnel. La compensation du différentiel intellectuel s'effectue par le biais de l'adaptation des informations délivrées. Il est cependant des cas dans lesquels une personne peut cumuler les handicaps, sa capacité de déplacement et ses facultés intellectuelles sont limitées et nécessitent chacune une compensation.

La présente étude sera centrée sur le handicap mental sans toutefois exclure totalement le handicap physique et le handicap social qui pourront être utiles pour illustrer certains points de la démonstration. Une difficulté avec le handicap mental réside dans sa gradation : en fonction du degré d'atteinte des fonctions intellectuelles, la protection varie et l'autonomie parallèlement. Si tout semble simple de prime abord grâce à la catégorisation des mesures de protection – sauvegarde de justice, curatelle, tutelle –, des difficultés apparaissent principalement en ce qui concerne la tutelle et les personnes handicapées mentales ne

⁶⁷ J-P. Gridel, « La sénescence mentale et le droit », *Gaz. Pal.*, 22 mars 2001, n°81, p 4.

bénéficiant d'aucune mesure de protection. Concernant tout d'abord la tutelle, elle est un régime de représentation qui implique que le tuteur agisse au nom et pour le compte du tuteur sauf certains actes particuliers, notamment les actes éminemment personnels et le droit de vote. Dans une telle hypothèse, la restriction de l'autonomie du majeur sera la plus importante et l'intervention du tuteur fréquente. Il s'agira dans cette situation de favoriser l'application des îlots d'autonomie qui demeurent pour le majeur protégé. Puis, à l'image du postulat selon lequel toute personne malade n'est pas forcément handicapée, tout majeur souffrant d'un handicap mental ne bénéficie pas automatiquement d'une mesure de protection. Se pose alors le traitement de leur faiblesse et de l'insécurité qu'elle engendre dans la relation contractuelle qui a par exemple pu être engagée avec une personne tierce. La valeur à donner au consentement est alors discutable sachant que, du fait de son handicap, la personne est plus facilement influençable ou naïve. L'absence totale de protection constitue un danger aussi pour l'éventuel cocontractant puisque l'acte en question peut faire l'objet d'une annulation pour insécurité d'esprit sur le fondement de l'article 414-1 C. civ⁶⁸. Ainsi, ces deux situations extrêmes du handicap mental sont celles qui posent le plus grand nombre de problèmes quant à l'autonomie quand bien même les positions intermédiaires – sauvegarde de justice et curatelle – ne sont pas exemptes de tout reproche. L'autonomie n'est jamais absolue mais varie selon le degré de handicap dont est atteinte la personne et la mesure éventuellement mise en œuvre.

Chaque type de handicap impacte un volet différent de l'autonomie. L'autonomie juridique, telle qu'elle est précisée dans le titre de notre étude, ne fait l'objet d'aucune définition particulière. Ce manque est préjudiciable, c'est pourquoi il s'avère indispensable de tenter de cerner cette notion afin de l'appliquer au handicap mental.

14. *Apports d'autres matières, non juridiques, à la définition de l'autonomie.* Malgré son apparition relativement récente en Droit, l'autonomie est une notion beaucoup plus connue et développée dans d'autres matières, notamment en sociologie et en philosophie où la littérature est plus abondante et plus précise quant au sens à lui donner. Les cliniciens ne définissent pas forcément l'autonomie mais déterminent des critères qui permettent d'évaluer « *la capacité d'autonomie* » de la personne. M. Gzil, lors d'une intervention dans un colloque en janvier

⁶⁸ Cet article dispose : « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte* ».

2013⁶⁹, a répertorié quatre critères : la faculté de comprendre les informations, la possibilité de relier cette information à sa situation propre, la capacité de raisonnement et la faculté de faire des choix stables dans le temps. L'autonomie d'une personne dépend, d'un point de vue clinique, de la réalisation de ces critères et des compétences de la personne à les remplir. En fonction des possibilités de remplir de manière plus ou moins satisfaisante l'ensemble de ces critères, la personne dispose d'un degré d'autonomie. Ce dernier est susceptible de varier au gré des examens et réexamens que pourra subir le majeur handicapé mental.

15. Sociologie et handicap. Les travaux les plus intéressants, mais aussi les plus anciens, en matière d'autonomie sont ceux des philosophes et des sociologues. Si « *le 21^{ème} siècle semble marquer l'aboutissement d'une très longue quête d'autonomie* »⁷⁰, le véritable intérêt pour la notion remonte aux Lumières et aux travaux de Kant pour qui l'autonomie est le choix qui ne repose que sur la volonté propre de l'homme⁷¹. Cette idée exclut l'intervention de personnes tierces dans la prise de décision sans que l'individu ne soit totalement libre puisqu'il demeure soumis à des règles et des textes encadrant les pratiques. L'autonomie nécessite la confrontation à d'autres personnes et un cadre législatif qui régit la vie en société ; ainsi, le sociologue A. Touati exprime à juste titre ce rapport à l'autre et à un corpus existant lorsqu'il affirme que « *le sujet autonome ne se fait pas à lui seul, lui, il ne peut la faire qu'après s'être inscrit dans la loi humaine partagée* »⁷². L'autonomie n'existe que si l'individu est lié socialement à d'autres, elle correspond alors à « *un processus de subjectivisation et un questionnement adressé à la société dans son ensemble* »⁷³. Cette perception est intéressante en ce que la personne handicapée mentale est désormais reconnue comme une personne à part entière, non plus comme un simple titulaire de patrimoine qu'il conviendrait de protéger. Reconnaître une autonomie aux majeurs protégés reviendrait par conséquent à les reconnaître en tant que personnes, sujets de droits. Or, cette faculté de faire des choix impose un accès à l'éducation et à l'information de chacun, quel que soit l'état de ses facultés intellectuelles.

⁶⁹ F. Gzil, « Autonomie fonctionnelle, morale et sociale : comment articuler, en théorie et en pratique, les trois dimensions de l'autonomie ? », intervention lors du colloque du 10 janv. 2013 intitulé « *Santé mentale, société, cognition. Le handicap psychique, de nouveaux droits ?* ».

⁷⁰ R. Le Coadic, « L'autonomie, illusion ou projet de société ? », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. CXXI, juillet-décembre 2006, p 317.

⁷¹ E. Kant, « *Fondements de la métaphysique des mœurs* », Paris, Delagrave, 2000.

⁷² A. Touati, « *Autonomie : construction et limites* », Hommes et perspectives, Paris, 1991, p 81.

⁷³ R. Le Coadic, « L'autonomie, illusion ou projet de société ? », art. préc.

Ces voies d'accès à une autonomie plus grande permettent de mêler les trois facteurs qui, selon les sociologues, notamment M. Le Coadic, doivent coexister pour qu'un individu soit autonome. « *La faculté de choisir par soi-même, la capacité d'agir sans l'intervention d'un tiers et le fait de disposer des ressources nécessaires à la réflexion et à l'action* »⁷⁴ constituent, en sociologie, les facteurs impliquant une autonomie de l'individu. Bien que formulés différemment des critères retenus par les cliniciens, l'idée de fond est identique : la personne doit pouvoir librement choisir, sans influence extérieure, et ses facultés intellectuelles doivent être suffisantes.

16. Philosophie et handicap. Certains philosophes, tel que P. Singer⁷⁵, sont allés plus loin quant à la prise en compte de l'autonomie et des personnes en se fondant sur le postulat selon lequel les animaux et les légumes ne disposent d'aucune autonomie personnelle. En se basant sur ce constat philosophique, les personnes souffrant d'un handicap mental grave, les empêchant de s'exprimer seules ne disposeraient d'aucune autonomie, au même titre que les animaux. Cette hypothèse pourrait aussi concerner des personnes sans handicap dès lors qu'un événement, tel le coma, ne leur permet pas d'exprimer leur consentement. Mais la vision du handicap a changé : la personne handicapée est avant tout une personne disposant de droits et de libertés, le handicap devenant secondaire. Apparaît alors une différence essentielle qui permet d'écarter cette position : l'absence d'autonomie personnelle, chez une personne, est l'exception tandis que c'est le principe chez l'animal ou le légume. Il convient cependant d'apporter une légère nuance à cette démonstration, le philosophe s'intéressant plutôt à l'autonomie factuelle qu'à l'autonomie en droit.

17. Utilisation du vocable "autonomie" dans certains domaines du Droit. La notion et le vocable d'"autonomie" ne sont apparus que très récemment en droit français puisque le législateur, par la loi de 2005, la consacre expressément au sein du corpus juridique, alors que le terme fut institué en 2002 par le biais de l'allocation personnalisée d'autonomie⁷⁶. La loi du 11 février 2005, en créant notamment les Commissions des Droits et de l'Autonomie des Personnes Handicapées (CDAPH), multiplie l'emploi du terme dans les dispositions du Code de l'action sociale et des familles. Ensuite, "l'autonomie" fait une entrée discrète dans les

⁷⁴ R. Le Coadic, « L'autonomie, illusion ou projet de société ? », art. préc.

⁷⁵ P. Singer, « *La libération animale* », (1975), Grasset, Paris, 1993.

⁷⁶ L'allocation personnalisée d'autonomie découle de la loi n°2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie.

textes du Code civil suite à la loi du 5 mars 2007 précédemment citée puisque seuls deux articles y font clairement référence⁷⁷.

18. Exemples du droit des sociétés et du droit public des collectivités. L'utilisation de l'expression "autonomie juridique" sous tend l'idée de plusieurs autonomies, dans des domaines différents et donc répondant à des définitions spécifiques. Ce vocable est parfois utilisé en Droit mais plus particulièrement en droit des sociétés pour traiter des filiales et des groupes de sociétés⁷⁸. Dans cet emploi, l'"autonomie juridique" signifie que la société mère n'a pas tous les pouvoirs sur les filiales du groupe. Ces dernières disposent d'une certaine indépendance, notamment quant à la gestion du patrimoine ; l'interventionnisme est limité et peut aboutir à des fautes susceptibles d'être sanctionnées par la justice. Il n'existe pas de lien de dépendance automatique et constant entre les sociétés d'un même groupe, chaque personne morale dispose d'une marge de manœuvre malgré son appartenance à un groupe.

Le terme "autonomie" est aussi couramment utilisé en droit public en ce qui concerne les collectivités territoriales et leur "autonomie financière" ou leur "autonomie fiscale" qui en est une composante. Cette autonomie des collectivités trouve son fondement dans les articles 72 et 72-2 de la Constitution française⁷⁹ qui prévoient respectivement que « *ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus* » et que « *les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi* ». A la lecture de ces deux textes, il ressort clairement que l'autonomie dont il est question à l'échelon local concerne plus précisément le financement. Celle-ci date de la loi

⁷⁷ Le terme « autonomie » se retrouve non seulement à l'article 415 C. Civ. relatif à la protection des majeurs et à la finalité de celle-ci, l'alinéa 3 précisant que « *elle [la protection] favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci* », mais aussi à l'article 495 C. Civ. concernant les mesures d'accompagnement judiciaire qui dispose « [...] *Le juge des tutelles peut ordonner une mesure d'accompagnement judiciaire destinée à rétablir l'autonomie de l'intéressé dans la gestion de ses ressources* ».

⁷⁸ Voir par exemple : H. Matsopoulou, « L'exercice non effectif des fonctions attribuées aux dirigeants de droit n'est pas une cause d'exonération de la responsabilité pénale », *Rev. des sociétés*, 1^{er} janv.. 2013, n°1, p 47 ; L. Calice et M-C. Dirlart, « Les nouveaux fronts contentieux du licenciement économique. L'impossible équation entre l'existence du groupe et l'autonomie juridique de la société », *JCP S*, 6 nov. 2012, n°45, p 20 ; R. Mortier, « Réaffirmation solennelle de l'autonomie patrimoniale de principe des sociétés groupées », *Dr. des sociétés*, 1^{er} oct. 2012, n°10, p 18 ; M. Menjucq, « L'immixtion d'une société mère dans la gestion d'une filiale constitue une faute », *Bull. mensuel d'information des sociétés Joly*, 1^{er} janv.. 2012, n°1, p 70 ; A. Constantin, « Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent », *RTD. Com.*, 1^{er} avr. 2011, n°2, p 365.

⁷⁹ Cette inscription dans la Constitution fait suite à la ratification de la Charte européenne de l'autonomie locale qui impose, selon Mme Poirel, « *que l'autonomie locale, reconnue en tant que droit des collectivités, soit inscrite dans les lois nationales, et surtout dans la Constitution* ». Voir S. Poirel, « La Charte européenne de l'autonomie locale : magna carta des collectivités territoriales », *RLCT*, 1^{er} janv. 2009, n°42, p 48 ; « Charte européenne de l'autonomie locale », *RLCT*, 1^{er} févr.. 2006, n°10, p 46 ; C. Bossier, « La Charte européenne de l'autonomie locale enfin ratifiée ! », *Dr. Adm.*, 1^{er} oct. 2006, n°10, p 15.

constitutionnelle du 28 mars 2003⁸⁰ mais n'a été définie, de manière large, que plus tardivement par le biais d'une loi du 29 juillet 2004⁸¹. Perçue comme « *la capacité à maîtriser les dépenses et les recettes* »⁸², l'autonomie financière des collectivités comporte un double aspect : elle impose une gestion libre des fonds revenant à la collectivité mais aussi un choix dans les impôts et leur levée au niveau local. En droit public, la notion d'autonomie aurait tendance à dénoter une certaine émancipation et la liberté des collectivités vis-à-vis de l'Etat dans certains domaines, surtout financier. Il n'est pas possible de parler d'indépendance puisque les collectivités demeurent soumises à la hiérarchie étatique. Cette idée ressort clairement du débat qui a eu lieu en 1946 et en 1958 en ce qui concerne la Polynésie qui est passé du statut de colonie à celui de territoire d'outre mer avec une reconnaissance du droit de vote pour les habitants. Toutefois, si ce territoire est autonome, il n'est pas pour autant indépendant car il reste soumis aux décisions étatiques⁸³.

19. *Apports des collectivités locales en matière d'autonomie.* Toutefois, la notion d'autonomie ne se rapporte pas, dans ces hypothèses, à la personne physique comme cela doit être le cas lors de la mise en œuvre de la protection des majeurs. Elle concerne des personnes morales entre lesquelles il existe un lien de subordination indéniable. Encouragée au niveau européen, l'autonomie locale devient de plus en plus effective tandis qu'elle était nettement plus d'apparence. Même si certains estiment que les collectivités demeurent soumises à une « *très large suprématie de l'Etat et du législateur sur l'action locale* »⁸⁴, ce propos est à nuancer puisque les collectivités disposent de compétences plus étendues. L'autonomie dont bénéficient les collectivités locales n'est cependant pas claire et absolue, à l'image des majeurs protégés dont les droits et libertés ont longtemps été bafoués et largement restreints du fait de l'ouverture d'une mesure à leur rencontre.

Il ressort de cette approche un élément important, à savoir celui de la conservation d'un lien de subordination malgré l'emploi du terme "autonomie". Nous pouvons alors affirmer que l'autonomie n'est jamais absolue.

⁸⁰ Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

⁸¹ Loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales.

⁸² J-L. Bœuf, « L'autonomie financière des collectivités locales existe-t-elle ? », *RLCT*, 1^{er} avril 2010, n°56, p 57.

⁸³ Voir par exemple : O. Gohin, « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP*, 1^{er} janv. 2006, n°1, p 85 ; Y. Brard, « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les lois du pays, de la spécialité législative au partage du pouvoir », *LPA*, 6 juin 2001, n°112, p 4.

⁸⁴ J. Domenach, « Autonomie des collectivités territoriales et QPC : une portée très relative des principes de libre administration et d'autonomie financière », *RLCT*, 1^{er} oct. 2011, n°72, p 48.

20. Absence de définition juridique de l'autonomie. Bien que prônée et mise en avant en matière de protection des majeurs lors de la réforme du 5 mars 2007⁸⁵, la notion d'autonomie ne fait l'objet d'aucune définition juridique et est perçue comme « *une notion aux contours mal définis* »⁸⁶. Le respect de l'autonomie de la personne handicapée mentale ou un éventuel retour à l'autonomie doivent être, aux termes de la loi nouvelle, les finalités premières lors de la mise en place d'une mesure de protection à l'égard d'un majeur dont les facultés, notamment intellectuelles, sont altérées. Il semble que l'autonomie, en ce qu'elle mérite d'être rapprochée – sans toutefois y être assimilée – de l'indépendance⁸⁷, soit le fruit d'une longue évolution nécessitant le recours à l'autre et à la pensée. En ce sens, les enfants peuvent être exclus de la sphère de l'autonomie du fait de « *l'amnésie infantile* »⁸⁸ qu'ils subissent. Ceci explique l'absence de présomption d'autonomie concernant les mineurs, présomption qui est inversée dès la majorité. Ainsi, dès l'âge de 18 ans atteint, la personne devient en principe capable de plein droit et les mesures de protection, limitatives de liberté et d'autonomie, doivent demeurer exceptionnelles. Donc, la démonstration d'une altération des facultés mentales constitutive d'un handicap devient nécessaire afin de limiter et de restreindre l'autonomie absolue reconnue à toute personne majeure.

Cette notion d'autonomie personnelle utilisée par certains philosophes existe aussi dans la sphère juridique, elle a été mise en avant au début des années 2000 dans une affaire portée devant la Cour européenne des Droits de l'Homme.

21. Autonomie personnelle et juges de la Cour européenne des Droits de l'Homme. L'origine de l'autonomie, en matière de droit des personnes, doit être recherchée à un échelon

⁸⁵ L'al. 3 *in fine* de l'article 415 C. civ. prévoit expressément que : « Elle [la protection] favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci [la personne protégée] ». L'article 495 C. civ. relatif à l'accompagnement fait aussi référence à l'autonomie : « Lorsque les mesures mises en oeuvre en application des articles L. 271-1 à L. 271-5 du code de l'action sociale et des familles au profit d'une personne majeure n'ont pas permis une gestion satisfaisante par celle-ci de ses prestations sociales et que sa santé ou sa sécurité en est compromise, le juge des tutelles peut ordonner une mesure d'accompagnement judiciaire destinée à rétablir l'autonomie de l'intéressé dans la gestion de ses ressources ».

⁸⁶ A. Caron-Déglise, « Autonomie et protection des personnes souffrant d'un handicap psychique : quel équilibre et quels droits », intervention lors du colloque du 10 janv. 2013 intitulé « Santé mentale, société, cognition. Le handicap psychique, de nouveaux droits ? ».

⁸⁷ En ce sens par exemple, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a déclaré dans l'annexe de sa Recommandation n°R (92) 6 du 9 avril 1992 relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées prône pour une politique qui devra aider les personnes handicapées à « mener une vie indépendante ». Quelques lignes plus loin les termes sont même placés à la suite l'un de l'autre car il est précisé que les personnes en situation de handicap doivent « avoir autant d'autonomie et d'indépendance personnelles que possible ».

⁸⁸ Freud, en 1905, est le premier à utiliser ces termes qui vont ensuite expliquer pourquoi les enfants n'ont que si peu de souvenirs de la période allant de 0 à 7 ans, S. Freud, « Les trois essais sur la théorie sexuelle ».

plus large, au niveau supranational. Dès 1975, les Nations Unies intègrent le vocable « autonomie » sans toutefois entrer dans les détails en se contentant d'affirmer que « *le handicapé a droit aux mesures destinées à lui permettre d'acquérir la plus large autonomie possible* »⁸⁹. En ce sens aussi, le Conseil de l'Europe, en 1992, dans une annexe de sa recommandation n°R (92) 6, souhaite voir « *garantir le droit de la personne handicapée à une vie autonome* »⁹⁰. Puis, en 1996, une résolution du Conseil de l'Europe dans le domaine social et de la santé publique précise que des politiques seront mises en œuvre en faveur des personnes handicapées « *au regard, tout à la fois, des principes de pleine citoyenneté et de vie autonome* »⁹¹. Nous nous rendons alors compte que le terme est employé sans toutefois le préciser et sans même en donner une quelconque définition. L'autonomie correspond donc à une notion « tiroir » dont le champ d'application est extensible au fur et à mesure des affaires que les juges auront à traiter. Elle n'est en outre jamais absolue, les juges de la Cour EDH posent deux limites : le respect d'autrui et de l'ordre public comme l'illustrent les arrêts *Pretty*⁹² et *KA et AD*⁹³.

22. Dimension corporelle de l'autonomie personnelle. Les juges européens ont à plusieurs reprises confirmé l'existence d'une autonomie personnelle qui découlerait du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui dispose « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée, de son domicile et de sa correspondance [...]* ». Cette notion d'autonomie personnelle donne une liberté à chacun sur son corps car il est certain qu'elle « *renvoie indubitablement à la dimension corporelle* »⁹⁴ comme le souligne B. Marrion. L'autonomie personnelle correspondrait donc à la possibilité offerte à chacun de faire des libres choix concernant la disposition de son corps, la faculté de pouvoir « *opérer des choix souverains à l'égard de son corps* »⁹⁵. L'autonomie personnelle est donc celle qui s'applique spécifiquement au corps de la personne sans prendre en compte

⁸⁹ Article 5 de la Déclaration des droits des personnes handicapées, résolution 3447 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies du 9 décembre 1975.

⁹⁰ 4) Directives générales, annexe de la recommandation n°R (92) 6 relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées, adoptée par le conseil des ministres le 9 avril 1992.

⁹¹ 1.b. de la Résolution (96) 35 révisant l'accord partiel dans le domaine social et de la santé publique adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 2 octobre 1996.

⁹² Arrêt CEDH 4^{ème} sect.. 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

⁹³ Arrêt CEDH *K.A et A.D c. Belgique*, requêtes n°42758/98 et 45558/99, 17 févr. 2005.

⁹⁴ B. Marrion, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », thèse Droit, Nancy, 2010, n°362, p 202.

⁹⁵ B. Le Baut-Ferrarèse, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit au refus de soin », *AJDA* 2003, p 1383.

les aspects patrimoniaux quand bien même ceux ci pourraient avoir des répercussions sur le corps de l'intéressé.

23. Naissance de l'autonomie personnelle : l'affaire Pretty. Désormais déclinée dans de multiples domaines, la notion d'autonomie personnelle apparaît en 2002, lorsque Diane Pretty adresse au gouvernement britannique une demande particulière concernant son suicide. Or, pour réaliser cet acte, elle a besoin de l'assistance de son mari puisque son état de santé ne lui permet pas d'agir seule⁹⁶. Ainsi, dans cette espèce, la Cour européenne des Droits de l'Homme devait se prononcer sur l'éventuelle possibilité offerte au mari de Diane Pretty de l'aider à se suicider sans que sa responsabilité ne puisse être engagée.

Le droit à la vie consacré par l'article 2 est l'un des droits les plus fondamentaux reconnus par la Convention puisqu'il s'agit en réalité du point de départ de l'exercice des autres droits consacrés par ce même texte. C'est ce qu'affirment les juges européens dans l'arrêt Pretty rendu le 29 avril 2002: l'article 2 de la Convention doit primer sur les autres dispositions, malgré la reconnaissance de l'autonomie personnelle, en ce sens que « *sans le droit à la vie, la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire* »⁹⁷. L'argumentaire de Mme Pretty consiste à faire passer l'autonomie personnelle – faculté d'opérer des choix sur son propre corps⁹⁸ – avant le droit à la vie ce qui lui ouvrirait les portes du suicide assisté et qui libèrerait son mari de toute responsabilité. Mais les juges européens n'ont pas la même vision des choses et ont décidé, à juste titre, de privilégier le droit à la vie en tant que source de tous les autres droits et libertés fondamentaux.

24. Limites à l'autonomie personnelle. Le principe d'autonomie personnelle n'est pas absolu puisque « *la Cour reconnaît la possibilité pour les Etats de limiter, par le droit pénal,*

⁹⁶ Diane Pretty souffrait en effet d'une sclérose latérale amyotrophique dans une phase avancée et dont l'issue se fait dans une souffrance relativement terrible, d'où son souhait de mettre un terme à son existence. Relativement à cette affaire, voir notamment : B. Le Baut-Ferrarese, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits des malades : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », *AJDA*, 28 juill. 2003, n°26, p 1383 ; E. Decaux et P. Tavernier, note sous CEDH, 4^{ème} sect., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, *Journal du droit international*, 1^{er} avril 2003, n°2, p 535 ; E. Chvika, « Euthanasie : le droit au suicide assisté doit-il être ajouté sur la liste des Droits de l'Homme ? », *Dr. Fam.*, 1^{er} mars 2003, n°3, p 7 ; V. Sommacco, « Euthanasie : Peut-on reconnaître un droit à la mort ? », *RGDM*, 1^{er} mars 2003, n°9, p 167 ; O. de Schutter, « L'aide au suicide devant la CEDH. A propos de l'arrêt Pretty contre le Royaume-Uni du 29 avril 2002 », *RTDH*, 1^{er} janv. 2003, n°53, p 71 ; P. Malaurie, « Euthanasie et Droits de l'Homme : quelle liberté pour le malade ? », *Defrénois*, 15 sept. 2002, n°18, p 1131.

⁹⁷ Cette observation se retrouve au paragraphe 37 de l'arrêt précédemment cité.

⁹⁸ Définition découlant du paragraphe 61 de l'arrêt précité.

le principe d'autonomie personnelle »⁹⁹. Le respect de la loi constitue une limite certaine à l'autonomie des personnes, ce cadre strict permet d'éviter le risque de dérives qui est d'autant plus important que le public en question est mentalement déficient. La notion d'autonomie personnelle se limite par conséquent aux relations avec autrui et aux valeurs sociales qui sont édictées par les Etats souverains. Ainsi, « *l'homme ne se donne aucune loi, mais en respecte une qui procède de l'Etat qui en sanctionne le non-respect* »¹⁰⁰ ; les règles qui émanent de l'Etat priment donc les autres, notamment celles que chacun de nous fait sienne lorsqu'il met en avant son droit à l'autonomie personnelle. Il s'agit alors d'un conflit entre des valeurs individuelles et des valeurs sociales dont la Cour européenne des droits de l'homme sera « *l'arbitre* »¹⁰¹ ; la question qui se pose alors est de savoir s'il existe une compatibilité entre la souveraineté des Etats¹⁰² et la notion d'autonomie personnelle reconnue par les juges européens. Tant que l'exercice de l'autonomie personnelle ne transgresse ni les normes édictées par les Etats parties à la Convention EDH, ni l'ordre et la sécurité publics, il appartiendra à chacun de disposer de son corps comme il le souhaite. Depuis 2002, outre le nom ou l'orientation sexuelle, la vie privée « *englobe aussi le droit à l'autonomie personnelle dont le droit à disposer de son corps fait partie intégrante* »¹⁰³. Partant, le cas de Diane Pretty qui souhaite bénéficier d'une assistance pour se suicider concerne certes son corps, mais sa demande fait nécessairement intervenir un tiers, tiers qui devient le symbole d'une certaine dépendance incompatible avec l'autonomie. Comme l'a justement écrit Mme Fabre-Magnan, « *dès lors qu'autrui est impliqué, le droit peut légitimement intervenir* »¹⁰⁴ ce qui justifie l'intervention étatique face à la demande de Mme Pretty qui nécessitait l'intervention d'un tiers en la personne de son mari. Cette ingérence dans le domaine de la vie privée trouve davantage sa source dans le but de « *veiller à une certaine idée de la justice sociale* »¹⁰⁵ que dans un souci de protection de l'individu. Cette idée de « *justice sociale* » appelle plus précisément le respect d'autrui et de l'ordre public. Ces valeurs sociétales constituent des

⁹⁹ B. Marrion, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », op. cit., n°366, p 204.

¹⁰⁰ A. d'Alton, « La notion d'autonomie personnelle en droit européen des droits de l'homme : approche philosophique du droit », <http://www.philosophiedudroit.org>, 8 juin 2009.

¹⁰¹ A. d'Alton, « La notion d'autonomie personnelle en droit européen des droits de l'homme : approche philosophique du droit », art. préc.

¹⁰² La souveraineté est entendue, selon A. d'Alton, comme le « *pouvoir suprême et indépendant s'exerçant du dehors à l'encontre de chaque membre du corps politique* », art. préc.

¹⁰³ C. Haboubi, « Autonomie de la personne et consentement en droit européen », *Droit, déontologie et soin*, décembre 2010, vol. 10, n°4, p 370.

¹⁰⁴ M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p 31.

¹⁰⁵ M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale », art. préc.

obstacles à une pleine autonomie, mais des obstacles justifiés et essentiels pour conserver un fonctionnement normal et démocratique de l'Etat et pour empêcher toute forme d'anarchie.

25. Indisponibilité du corps humain. Il convient alors d'apporter un bémol à cet exercice de libre disposition de son corps par le biais du respect du principe de l'indisponibilité du corps humain¹⁰⁶ qui est consacré en droit français par l'article 1128 C. Civ. puisqu'il « *n'y a que les choses qui sont dans le commerce et qui puissent faire l'objet de conventions* ». Or, ce principe semble mis à mal par la définition de l'autonomie personnelle retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme qui offre une libre disposition de son corps par chacun tout en restant dans « *un rapport de soi à soi* »¹⁰⁷. Ainsi, chaque individu est libre de disposer de son corps comme il le souhaite, il lui est même possible d'y porter atteinte ou de se mettre en danger, dans la limite de l'intervention d'un tiers et dans le respect des valeurs prioritaires édictées par l'Etat, à savoir l'ordre et la sécurité publics¹⁰⁸.

26. Autre illustration : l'arrêt KA et AD c. Belgique. Ces limites apparaissent également lors de l'affaire KA et AD relative à la question du sadomasochisme sur laquelle la Cour européenne des Droits de l'homme a dû se prononcer en 2005¹⁰⁹. Chacun dispose du « *libre choix pour les modalités d'exercice de sa sexualité* »¹¹⁰, les seules limites résidant dans le respect du consentement et de l'ordre public. Cette affaire a donné lieu à des poursuites pénales uniquement parce que les pratiques en cause ont été poursuivies après le retrait du consentement de la victime. Ainsi, les juges européens, en se fondant sur l'arrêt Pretty rendu en 2002, ont précisé que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* »¹¹¹. La prise

¹⁰⁶ Sur l'indisponibilité du corps humain, voir par exemple : M. Reynier et F. Vialla, « Perinde ac cadaver », *Médecine et Droit*, 1^{er} mai 2011, n°108, p 131 ; B. Marrion, « Exposition Our body : corps ouverts mais expo fermée ! », *JCP G*, 13 déc. 2010, n°50, p 2333 ; V. Larribau-Terneyre, « Qui est la mère ? », *Dr. Fam.*, 1^{er} sept. 2008, n°9, p 1 ; Y. Lachaud, « Une déclaration des droits du corps humain », *La Vie judiciaire*, 16 juin 1999, n°2618, p 2 ; X. Labbé, « Prélèvements d'organes et indisponibilité du corps humain », *LPA*, 11 juill. 1997, n°83, p 34.

¹⁰⁷ M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D. 2008*, p 31.

¹⁰⁸ En ce sens, voir par exemple : J-P. Marguénaud, note sous CEDH, 4^{ème} sect., 29 avril 2002, Pretty contre Royaume-Uni, *RTD Civ.*, 1^{er} oct. 2002, n°4, p 858.

¹⁰⁹ Voir par exemple : J-P. Marguénaud, « Sadomasochisme et autonomie personnelle ; note sous CEDH, 1^{ère} sect., 17 févr. 2005, KA et AD contre Belgique », *RTD Civ.*, 1^{er} avril 2005, n°2, p 341.

¹¹⁰ M. Levinet, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », p 8, *in*. M. Levinet, M. Fabre-Magnan, J-P. Marguénaud, F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, n°48, 2009.

¹¹¹ Paragraphe 83 de l'arrêt CEDH du 17 février 2005, KA et AD c/ Belgique.

en compte de cette faculté de disposer librement de son corps justifie donc la pratique de séances sadomasochistes, sous réserve toutefois du respect de la volonté. Le consentement devient « *le critère décisif* »¹¹², se pose alors la question de savoir quelle valeur donner au consentement émanant de personnes dont les facultés mentales sont plus ou moins altérées. Certes le consentement sert de rempart contre certains comportements, mais offre-t-il suffisamment de garanties ?

Cet arrêt permet de mettre en évidence les dérives possibles occasionnées par la notion nouvelle d'autonomie personnelle qui, bien que naturelle et logique, peut s'avérer dangereuse si elle n'est pas correctement et étroitement encadrée. Quand bien même certains actes seraient légitimés au nom de l'autonomie personnelle, ils peuvent dans certains cas produire des dommages corporels importants. Le manque d'encadrement quant à l'exercice de la libre disposition de son corps pourrait aboutir à « *un retournement dans la protection assurée par les droits de l'homme car elle [l'autonomie personnelle] est invoquée pour justifier des atteintes aux droits de l'homme* »¹¹³. L'autonomie personnelle peut être perçue comme un outil à double tranchant : bénéfique lorsque son exercice se fait dans les limites de la dignité¹¹⁴ (principe sous-entendu dans la lecture et l'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme), mais dangereux en ce sens qu'il permet la réalisation de certains actes dont les conséquences corporelles graves ne sauraient être réparées. Il serait par exemple dangereux qu'une personne handicapée mentale, influençable, puisse, seule, consentir à donner un rein. Il s'agit alors de trouver le bon équilibre entre la protection du corps de la personne même du majeur et la protection de ses choix quelles que soient leurs conséquences, entre l'autonomie et la protection contre soi-même.

27. Tentative de définition de l'autonomie juridique à la lumière de l'autonomie personnelle. L'autonomie personnelle correspond à la possibilité offerte à chacun de faire des libres choix concernant la disposition de son propre corps, la faculté de pouvoir « *opérer des choix souverains à l'égard de son corps* »¹¹⁵. L'autonomie personnelle s'applique spécifiquement au corps de la personne sans prendre en compte les aspects patrimoniaux

¹¹² M. Levinet, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », art. préc.

¹¹³ M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.2005*, p 2973.

¹¹⁴ Des auteurs, parmi lesquels F. Sudre, doutent de la compatibilité des notions de dignité et d'autonomie personnelle puisqu'il n'est « *pas certain qu'en faisant le choix de promouvoir le droit de disposer de soi-même, le juge européen ait pour autant pris le parti de défendre la dignité humaine* », « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », *JCP G n°30*, 27 juillet 2005, I 159.

¹¹⁵ B. Le Baut-Ferrarese, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », *AJDA* 2003, p 1383.

quand bien même ceux ci pourraient avoir des répercussions sur le corps de l'intéressé. Cependant, sur le fondement de la définition de cette notion, il est possible de se pencher sur celle qui peut être donnée de l' « autonomie juridique ». Puisque l'autonomie personnelle fait exclusivement référence à la sphère corporelle, l'autonomie juridique peut être entendue comme la faculté d'exercer librement, pleinement ses droits et d'effectuer valablement des actes qui juridiquement ont des effets. C'est par exemple le cas de la signature d'un contrat de bail, de l'ouverture d'un compte bancaire, de l'inscription au permis de conduire ou du choix d'un traitement médical. L'autonomie juridique possède un champ d'application très large et ne se cantonne pas seulement à l'une ou l'autre des sphères patrimoniale ou personnelle. Finalement, cette notion est globale et pourrait être entendue comme la faculté dont dispose un individu d'exercer librement ses droits et de participer pleinement à la vie en société. L'autonomie juridique est le principe mais des restrictions sont envisageables en fonction de l'altération de certaines facultés de l'individu.

Malgré l'absence de définition de l'autonomie juridique, cette expression est entrée dans le vocabulaire des juges de la Cour EDH récemment lors de l'affaire *Stanev c. Bulgarie*¹¹⁶ qui concernait un citoyen bulgare placé sous curatelle suite à des troubles mentaux relativement graves et orienté en foyer. Il se plaignait de griefs divers parmi lesquels l'impossibilité pour lui d'avoir accès à un tribunal pour demander la cessation de la mesure ouverte à son encontre et les mauvaises conditions de vie dans le foyer. Les juges de Strasbourg utilisent l'expression "autonomie juridique" dans leurs développements¹¹⁷ relatifs à l'éventuelle violation de l'article 6§1 de la Conv. EDH précisant que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». Ils soulignent les efforts effectués au niveau international pour « *l'octroi d'une autonomie juridique optimale à ces personnes* [personnes atteintes de troubles mentaux] » en visant plus particulièrement la mise en place d'outils procéduraux en faveur des personnes protégées. Malgré cette apparition dans le paysage juridique, elle ne fait l'objet d'aucune définition de la part des juges européens, nous nous en tiendrons donc à celle que

¹¹⁶ Arrêt CEDH 17 janv. 2012, affaire *Stanev c. Bulgarie*, requête n°36760/06.

¹¹⁷ L'expression complète apparaît précisément au paragraphe 244 de l'arrêt précédemment cité. Il convient de noter que, dans le texte de cet arrêt, est aussi employée l'"autonomie personnelle" qui serait bafouée du fait du manque de moyens mis en œuvre pour que le requérant puisse exercer librement son droit d'agir en justice.

nous avons donnée précédemment¹¹⁸. Les juges européens fixent, dans « *l'octroi d'une autonomie juridique optimale* », l'objectif à atteindre pour chacun des Etats.

28. Distinction autonomie / capacité. Nous pourrions être tentés de rapprocher, voire de confondre, l'autonomie et la capacité au sens civil du terme. Mais plusieurs différences notoires existent, il convient d'en relever principalement deux. La capacité juridique n'apparaît en principe qu'à la majorité, sauf dans le cadre de l'émancipation des mineurs comme l'indique l'article 413-6 C. civ.¹¹⁹. Ce n'est pas le cas de l'autonomie dont chacun dispose, à des degrés variables, bien avant le seuil de la majorité. Même si un mineur ne peut pas voter ou se marier¹²⁰, il n'est pas privé de tous les droits car il a par exemple la possibilité de s'acheter une bicyclette, un lecteur de musique mp3 ou un téléphone sans abonnement. L'autonomie du mineur transparait aussi en matière médicale puisqu'aux termes des dispositions de l'article L1111-5 C. santé publ.¹²¹, l'exigence de consentement des titulaires de l'autorité parentale peut être écartée. Ce caractère variable de l'autonomie est aussi un point de divergence avec la capacité. Cette dernière est une notion binaire – la personne est capable ou incapable – tandis que l'autonomie est plus graduée, plus nuancée. Elle peut être acquise ou retirée par pans et pas en totalité, de manière radicale.

Une personne autonome demeure soumise à un corpus de règles mais doit pouvoir librement choisir ce qui est le mieux pour elle, dans le respect des textes qui existent dans la société. C'est pourquoi l'autonomie juridique n'est pas absolue mais toujours encadrée par un ensemble de normes, l'individu est libre de choisir tout en restant dans le domaine du "permis" et de la loi. Les personnes non handicapées, celles qui sont juridiquement capables, sont autonomes dans la limite de la loi, celle-ci constitue une barrière indispensable pour uniformiser les comportements. Le cadre législatif limite l'exercice plein de l'autonomie pour l'ensemble de la population, handicapée ou non, afin d'éviter l'anarchie comme nous l'avons déjà souligné.

¹¹⁸ Cf. *supra*. n°27.

¹¹⁹ Cet article précise expressément que : « *Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile* ».

¹²⁰ Il convient d'apporter une nuance à cette affirmation puisque les mineurs ont la possibilité de se marier à condition d'obtenir le consentement de leurs parents comme l'indique expressément l'article 148 C. civ.

¹²¹ L'article L1111-5 C. santé publ. dispose à ce sujet que : « *Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé [...]* ».

29. Politique de certains voisins européens en matière de protection ou d'encadrement. Il est évident que l'ouverture d'une mesure restreint le champ de l'autonomie de la personne mais en l'individualisant et en l'adaptant réellement aux besoins de chacun, l'autonomie de la personne est préservée, ou réduite au strict nécessaire. L'accessibilité et la compensation sont deux éléments indispensables pour parvenir à cet objectif de conciliation de concept très souvent perçus comme contradictoires, à savoir autonomie et protection. Le handicap intéresse aussi nos voisins européens qui apportent des réponses variables tout en ayant tous une ligne directrice commune dessinée autour de la prise en compte des conséquences du handicap sur la vie et l'intégration sociale de cette catégorie de personnes.

Les responsables politiques ont pris conscience progressivement de la nécessité de faire participer l'ensemble de la population à la vie en société. Le Président Chirac avait fait du handicap une priorité de son mandat. Malgré des résultats plutôt moyens en pratique, il eut le mérite d'être l'instigateur de la loi du 11 février 2005 précédemment citée. Devant les résultats non probants de son prédécesseur, le Président Sarkozy s'est situé dans la même ligne en insistant sur le respect des nouvelles normes d'accessibilité et du quota d'embauche de personnes handicapées, tout particulièrement au sein de la fonction publique qui doit servir de modèle.

Les législations françaises successives, plus particulièrement celles de 2005 et 2007, opèrent un changement dans la façon de percevoir et de traiter le handicap. La prise en compte de la dimension personnelle du majeur protégé constitue un grand pas en avant et une nouveauté essentielle dans la protection des personnes. Cette philosophie nouvelle visant à compenser les conséquences du handicap a pour finalité d'améliorer l'autonomie des personnes handicapées mentales. La difficulté réside alors dans la prise en compte de l'ensemble des personnes qui présentent une altération des facultés intellectuelles. Il est simple d'appliquer les règles de protection pour celles qui bénéficient d'une mesure mais ce n'est malheureusement pas le cas de l'ensemble de cette population. Notre étude portera plus particulièrement sur les personnes qui sont protégées juridiquement car le problème qui se pose est principalement celui de l'articulation la plus appropriée entre la nécessaire protection pour garantir l'intérêt du majeur et le respect de son autonomie.

30. Accessibilité : l'avance des pays nordiques. Si la France s'est dotée de nouvelles normes d'accessibilité en 2005, cette volonté de rendre accessible les bâtiments, notamment

ceux qui accueillent du public, n'est pas forcément récente et constitue même « *une vieille tradition datant du début du XXème siècle* »¹²² dans les pays nord-européens. Rendre un bâtiment accessible fait partie de la culture de ces pays, c'est pourquoi en Suède et en Finlande, les logements leur sont propres et calqués au maximum sur ceux du reste de la population pour limiter la marginalisation. La France a adopté des règles spécifiques à mettre en œuvre dans un délai de dix ans ; c'est-à-dire qu'à l'horizon 2015 l'ensemble des bâtiments accueillant du public doit être mis aux normes sauf exceptions prévues par la loi comme cela est le cas des monuments historiques par exemple. En revanche, les pays scandinaves¹²³ ont cette priorité depuis plus longtemps ce qui explique qu'ils n'aient pas à légiférer dans l'urgence et que leur vision soit différente en matière d'accessibilité et qu'ils soient plus en avance dans ce domaine quand bien même des mesures sont prises par le législateur français pour tenir cet objectif de 2015. Cette avance s'explique par une différence de culture qui se traduit, au niveau des instances politiques, par une gestion plus globale et transversale puisqu'aucun organe particulier n'est chargé de débattre sur la politique en faveur des personnes handicapées. Cette charge incombe en effet à tous les organes gouvernementaux et pas à un simple Ministère comme c'est le cas dans de nombreux pays.

En matière d'accessibilité, un autre problème se pose pour les pays du sud, notamment l'Espagne et l'Italie, et susceptible de concerner aussi certaines régions françaises. Il s'agit plus particulièrement des plages et de leur accès : en tant qu'espace public, les plages doivent être accessibles pour les personnes à mobilité réduite ce qui nécessite des travaux supplémentaires pour les stations balnéaires¹²⁴.

31. Accessibilité et aspect culturel. Comme nous le développerons ultérieurement, l'accessibilité ne se limite pas uniquement au cadre bâti mais touche aussi le contenu culturel et informationnel des établissements ou sites internet. Les normes d'accessibilité s'appliquent au handicap mental même si chacun a la tendance naturelle à rapprocher l'accessibilité de la mobilité réduite. Ainsi, le vote doit être possible pour tous, quel que soit le handicap ce qui nécessite des bulletins de vote en braille comme cela existe au Royaume-Uni depuis 2006 ou

¹²² M. Madouche, « *Etude comparative des politiques du handicap dans plusieurs pays européens* », Mission handicap pour le CCAS de la Ville de Besançon, octobre 2006, p 130.

¹²³ La Suède a par exemple adopté un programme intitulé « Stockholm – une ville pour tous » le 20 mai 2001 et faisant suite à un programme de 1987 qui prévoyait un environnement extérieur adapté pour les personnes handicapées.

¹²⁴ Voir en ce sens : P. Mathonnet, « Sélection d'arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *L'Astrée*, 1^{er} mars 1998, n°3, p 30.

encore des cours d'éducation civique et politique adaptés pour les personnes atteintes de déficience mentale. Le droit de vote est un droit essentiel qu'il convient d'aménager au mieux afin que chaque citoyen en dispose le plus librement possible. Même si les bureaux de vote français évoluent, les efforts demeurent insuffisants. La retranscription des débats de l'Assemblée nationale en langage des signes constitue un autre exemple de la prise en compte du handicap au sens large, sans se restreindre à la mobilité réduite ou aux handicaps mentaux lourds.

32. *Législations et compensation du handicap en Europe.* En matière de compensation du handicap et de ses conséquences, la réforme du 5 mars 2007 est cruciale en ce qu'elle centre la protection et les besoins sur la personne et plus uniquement sur le patrimoine. La définition du handicap qui avait été affirmée en 2005 et qui englobe l'environnement allait dans le sens de cette prise en compte nécessaire. D'autres pays européens disposent aussi d'une définition du handicap mais généralement moins globalisante que celle adoptée par la France. Le facteur environnemental n'est par exemple pas directement visé dans les législations allemandes¹²⁵ ou italiennes¹²⁶. Malgré le caractère complet de la définition française, le système de compensation qui existe dans notre ordre juridique ressemble beaucoup à celui de nos voisins européens malgré quelques points de divergence. L'ensemble des Etats prévoient une compensation du handicap qui prend différentes formes : financière, matérielle et humaine. Les allocations versées dans ces hypothèses concernent différents aspects de la prise en charge tels que les frais de transport¹²⁷, le recours à une personne tierce¹²⁸ ou encore la diminution des capacités de travail¹²⁹. L'Allemagne se distingue un peu des autres pays en ce qu'elle ne prévoit aucune allocation spécifique pour les personnes handicapées qui sont sans

¹²⁵ En Allemagne, sont handicapées « *les personnes qui souffrent des conséquences d'une altération fonctionnelle – disability – qui n'est pas seulement de nature temporaire et qui résulte d'un état physique, mental ou psychologique qui n'est pas typique pour la tranche d'âge respective* ». Cette définition est celle du Ministère fédéral du travail et des affaires sociales qui a compilé avec les différents éléments dont il disposait, notamment l'article 2 I 1 du code social (chapitre IX) et l'article 3 de la loi sur l'égalité de traitement des personnes handicapées, voir M. Madouche, « *Etude comparative des politiques du handicap dans plusieurs pays européens* », préc.

¹²⁶ La loi cadre n°104 du 5 février 1992 précise qu' « *est handicapée la personne qui présente une incapacité physique, psychique ou sensorielle, stabilisée ou progressive, cause de difficultés d'apprentissage, de relation ou d'intégration au travail telle qu'elle entraîne un processus de désavantage social et de marginalisation* ».

¹²⁷ Elle s'appelle allocation de mobilité en Espagne et elle permet de prendre en compte le surplus financier occasionné par le handicap dans le déplacement de la personne.

¹²⁸ On parle d'indemnité d'accompagnement en Italie par exemple et elle permet de mettre à la disposition de la personne handicapée une personne pour l'aider dans certains actes de la vie quotidienne.

¹²⁹ Cette aide porte différentes appellations en fonction des pays : pension non contributive d'invalidité en Espagne, allocation mensuelle d'assistance en Italie, allocation de remplacement de revenus en Belgique, revenu de remplacement en Hollande.

emploi ; elles bénéficient du même revenu minimal que tout autre citoyen dans la même situation.

Malgré un traitement différent des personnes handicapées sans emploi, l'Allemagne¹³⁰ calque en revanche son action sur celle de la majorité des pays européens en matière de pension complémentaire à verser à un travailleur handicapé. Cette compensation prend plus particulièrement deux formes : soit un versement direct comme cela est le cas chez la majorité de nos voisins – Allemagne, Belgique, Hollande, Danemark par exemple –, soit une déduction fiscale comme le font les espagnols et les anglais. Le handicap est donc traité dans sa globalité sur l'ensemble du territoire européen même si les moyens divergent en fonction des pays. La législation française semble, *a priori*, suffisante pour ne négliger aucun aspect de la prise en charge du handicap. Les avancées de 2007 ont permis de compenser les difficultés sociales du handicap en substituant des mesures d'accompagnement à la tutelle aux prestations sociales et à la curatelle pour oisiveté, prodigalité ou intempérance. Connue aussi au Danemark où une pension sociale peut être versée en dehors de toute justification médicale suite à une longue période de chômage, le handicap social implique la mise en place de mesures juridiques claires. L'appréhension du handicap social, qui débute en 2005 avant d'être consacrée en 2007, dénote clairement l'abandon du seul aspect médical du handicap qui « mettait la France en décalage avec d'autres pays européens, notamment avec les pays nordiques, adeptes du modèle social »¹³¹. Les pays du Nord, particulièrement la Suède et le Danemark, constituent des modèles en matière sociale à tel point que plusieurs déplacements en Suède ont été organisés par des politiques et des personnes du monde associatif¹³². C'est en ce sens que les mesures d'accompagnement ont été instituées ; les développements ultérieurs démontreront l'utilité de ces mesures et les bénéfices qu'elles engendrent non seulement pour les personnes en difficulté mais aussi pour l'ensemble des acteurs de la protection des majeurs.

Malgré les fortes ressemblances qui existent actuellement entre les différentes législations, la distinction se fait principalement quant au moment auquel les lois sont entrées en vigueur. Sur ce point, la France a accusé un léger retard par rapport à un certain nombre de ses voisins

¹³⁰ M. Madouche, « *Etude comparative des politiques du handicap dans plusieurs pays européens* », préc.

¹³¹ A. Mohanu et P. Hassenteufel, « La loi de 2005, une loi européenne ? », in. O. Guézou et S. Manson (sous la dir.), « *Droit public et handicap* », Dalloz, 2009, p 71, n°77.

¹³² Paul Blanc, sénateur et auteur d'un rapport sur le projet de loi sur la participation à la citoyenneté et à l'égalité des chances, et Marie-Thérèse Boisseau, secrétaire d'Etat aux personnes handicapées à l'époque, y ont séjourné en 2003.

Il en est de même de Patrice Tripoteau, directeur des actions nationales de l'APF, qui s'est rendu en Suède pour étudier les mécanismes et l'application des lois, notamment en lien avec l'emploi des personnes handicapées.

européens relativement à l'égalité des chances : ainsi, l'Allemagne a adopté une loi en 2002¹³³, l'Espagne¹³⁴ l'imitant l'année suivante. Le législateur français a donc suivi les normes européennes mais aussi la vague provoquée par la plupart de ses voisins dans le traitement égalitaire des personnes en situation de handicap.

33. Compensation du handicap : comment favoriser l'autonomie de la personne handicapée mentale ? L'autonomie juridique des personnes handicapées implique nécessairement une compensation de leur handicap et de ses conséquences mais il est indispensable de considérer l'environnement et de l'adapter afin de limiter les obstacles. Nous avons certes deux éléments clés de l'autonomie mais ils doivent être complétés par une protection individualisée et appropriée aux besoins ainsi qu'aux souhaits de chacun.

Même si le doyen Carbonnier soulignait qu'« *une législation protectrice, procédant des meilleures intentions, ne fera qu'ajouter de son métal à cet appareil répressif par lequel les sociétés modernes, avec des hypocrisies variables, rejettent de leur sein ceux qui ont le malheur d'avoir des mécanismes mentaux dissidents* »¹³⁵, l'évolution de l'appréhension du handicap et de la personne handicapée démontre que protection et autonomie ne sont pas deux notions forcément inconciliables. La finalité de cette étude est justement de démontrer que l'instauration d'une protection souple et individualisée garantit le respect de l'autonomie – ou des îlots d'autonomie – dont dispose le majeur handicapé mental. Mme Caron-Déglise a affirmé en ce sens que la mise en place d'« *une protection peut permettre de restaurer des droits et de reconstruire une autonomie* »¹³⁶, ce qui traduit la possible complémentarité entre ces deux notions. Ce postulat repose sur la philosophie nouvelle de la protection qui découle de la réforme du 5 mars 2007 et qui prévoit désormais une protection non seulement de la personne même du majeur protégé (Partie 1), mais aussi de ses décisions personnelles dès lors que son état lui permet de s'exprimer (Partie 2). Cette vision ne signifie pas que l'aspect patrimonial est écarté du nouveau cadre de la protection des majeurs en ce que les décisions personnelles dont il est question intéresseront parfois le volet patrimonial : tel est par exemple le cas du logement du majeur.

¹³³ Loi du 27 avril 2002 relative à l'égalité pour les personnes atteintes d'incapacité, Bundesgesetzblatt, partie I, 30 avril 2002, N° 28, p. 1467 à 1482.

¹³⁴ Loi 51/2003 du 2 déc. 2003 sur l'égalité des chances, la non-discrimination et l'accessibilité universelle.

¹³⁵ J. Carbonnier, préface de l'ouvrage de J. Massip, « *La réforme du droit des incapables majeurs* », Répertoire du notariat Defrénois, 1968.

¹³⁶ A. Caron-Déglise, « Autonomie et protection des personnes souffrant d'un handicap psychique : quel équilibre et quels droits », art. préc.

Malgré l'intention louable du législateur lors des récentes évolutions de mettre en avant l'intérêt et l'autonomie des personnes handicapées mentales, le système n'est pas exempt de tout reproche. Les critiques principales découlent de la déconnexion entre la volonté du législateur et les moyens mis en œuvre en pratique pour atteindre les objectifs fixés. Même avec une intention saine et méritoire, l'autonomie des personnes handicapées mentales ne restera qu'illusoire si les moyens matériels, humains et surtout financiers ne sont pas en adéquation. C'est là le cœur du problème relativement à la protection des majeurs dont les facultés mentales sont altérées. La présente étude tentera non seulement d'atténuer la position trop fréquente opposant forcément autonomie et protection, mais aussi de mettre en lumière les anomalies relevant de la différence entre la théorie et la pratique qui provoquent une gêne certaine dans le bon fonctionnement des mesures.

PARTIE 1 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE

34. Régime antérieur : priorité à la protection du patrimoine. Depuis plusieurs décennies, la personne handicapée mentale fait l'objet d'une attention particulière de la part du législateur, conscient des mauvaises influences qu'elle est susceptible de subir. Toutefois, les premières dispositions se cantonnent à l'aspect patrimonial en ne donnant aucune importance à la personne même du majeur protégé du fait de l'altération de ses facultés intellectuelles. Cette position se justifie aisément en ce qu'« *on pose souvent comme postulat que le handicap est de l'ordre de l'impensable* » comme l'affirme Mme Korff-Sausse¹³⁷. Ce constat prouve que le handicap est tabou, que les personnes en situation de handicap ne sont pas perçues en tant que personnes avant tout mais seulement comme un patrimoine – si elles en possèdent un – constitué de biens, de créances ou de dettes. Mais les évolutions législatives récentes, plus particulièrement les lois du 11 février 2005 sur l'égalité des chances et la participation à la citoyenneté et du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs, apportent une vision nouvelle : désormais, « *le handicap est donc très clairement saisi par le droit* »¹³⁸. Ces dispositions nouvelles font suite à « *une prise de conscience du décalage existant entre la France et d'autres pays européens* »¹³⁹, la France n'a pas une législation aussi évoluée et favorable aux personnes handicapées qu'un certain nombre de ses voisins.

35. Consécration de la personne handicapée. Mais ce qui crée la véritable nouveauté est que ce constat concerne le handicap de manière large : avant de n'être perçue que comme un patrimoine à protéger, la personne handicapée est avant tout une personne avec des droits et des libertés. La perception de la personne en situation de handicap est totalement différente depuis le début des années 2000. Même si les mesures de protection n'ont pas foncièrement changé, leur finalité et leur mise en œuvre ont été modifiées dans un souci de maintien des compétences des majeurs protégés. Malgré leur déficience, il est indispensable de les traiter comme des personnes titulaires de droits et d'adapter les règles afin de compenser leur handicap et de préserver l'exercice de ces droits. La marginalisation de cette population doit

¹³⁷ S. Korff-Sausse, « Peut-on penser le handicap mental ? », in. G. Zribi et J-L. Chapellier (sous la dir.), « *Penser le handicap mental* », éd. ENSP, 2005, p 13.

¹³⁸ O. Guézou et S. Manson (sous la dir.), « *Droit public et handicap* », Dalloz, 2009, Introduction générale, p 2.

¹³⁹ A. Mohanu et P. Hassenteufel, « La loi de 2005, une loi européenne ? », in. O. Guézou et S. Manson (sous la dir.), « *Droit public et handicap* », Dalloz, 2009, p 68.

être évitée, c'est pourquoi il faut lui permettre d'être aussi proche que possible de citoyens classiques en les faisant participer à la vie en société. Or, comme « *le concept de participation renvoie une image globalement positive* »¹⁴⁰, il a fallu, pour le législateur apporter des modifications essentielles à la protection qui existait jusque là. Même si les fondements de la protection de 1968 instaurés par le doyen Carbonnier ne sont pas remis en cause, la philosophie nouvelle découlant des législations de 2005 et de 2007 dépasse le cadre antérieur et le prolonge afin de l'adapter aux nouveaux besoins et aux évolutions sociétales (Titre 1).

Il est naturellement simple d'opposer la protection et l'autonomie, l'exercice indépendant des droits et l'intervention d'une tierce personne. La philosophie adoptée par le législateur en 2007 prône pour un éventuel retour à l'autonomie des majeurs protégés dès lors que le constat médical de l'altération de leurs facultés fait état d'une possible amélioration. C'est dans cet objectif qu'interviennent de nouveaux acteurs dans la mise en place d'une mesure de protection et lors de son déroulement (Titre 2). La mission qui leur est attribuée n'est pas de restreindre encore l'exercice des droits et libertés des majeurs protégés, mais de les accompagner vers un retour à l'autonomie ou de préserver les compétences qui leur restent.

La protection s'adapte désormais à la personne, l'autonomie des majeurs protégés est le leitmotiv ; c'est pourquoi il convient de la préserver ou de la retrouver toute ou partie. Ceci impose aussi que soient respectées les décisions émises par le majeur protégé dès lors que son état le lui permet et qu'elles concernent un domaine suffisamment personnel et intime pour que le majeur soit impliqué directement.

¹⁴⁰ F. Lerasle, « De la participation », in. G. Zribi et J-L. Chapellier (sous la dir.), « *Penser le handicap mental* », éd. ENSP, 2005, p 221.

TITRE 1 : LA PHILOSOPHIE DE LA PROTECTION

36. *(Ré)affirmation des principes directeurs de la protection.* En ce qui concerne les personnes majeures telles qu'elles sont définies à l'article 414 C. civ.¹⁴¹, protection et autonomie sont très souvent perçues comme des notions antinomiques, et donc inconciliables. Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968¹⁴², la protection s'axait essentiellement – pour ne pas dire exclusivement – sur le patrimoine de la personne, sans jamais tenir compte de la personne même du majeur. Malgré l'affirmation timide du principe de nécessité par le Doyen Carbonnier en 1968, les mesures envisagées sont surtout adaptées à l'aspect patrimonial de la protection. Cependant, l'évolution de la société et la perception nouvelle du majeur protégé dans sa dimension plus globale, incluant la personne, ont conduit à la réaffirmation du principe de nécessité et à la consécration des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui vont servir de guides au juge des tutelles dans l'ouverture des mesures de protection. La finalité de la réforme du 5 mars 2007 est, comme l'affirme le Professeur Malaurie, de « *garantir la liberté de la personne soupçonnée d'aliénation mentale contre les protections, les internements ou les hospitalisations arbitraires* »¹⁴³.

L'importance de la présence de ces trois grands principes dans le texte de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs est essentielle pour que la protection soit la plus adaptée aux besoins de chacun des majeurs. L'ajout de l'aspect extrapatrimonial dans la protection des majeurs impose aux juges des tutelles un examen plus approfondi des conditions et de l'état des facultés de la personne à protéger. La procédure doit, en principe, déboucher sur une protection limitée dans le temps (Chapitre 1) comme le commande le principe de nécessité et graduée afin qu'elle corresponde au mieux aux véritables besoins du majeur (Chapitre 2).

¹⁴¹ Aux termes de cet article, « *la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis [...]* ».

¹⁴² Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

¹⁴³ P. Malaurie, « *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs* », 6^{ème} éd., 2012, coll. Droit civil, Defrénois, n°687.

Chapitre 1 : Une protection temporaire

37. Réforme de 2007 et principe de nécessité. La législation nouvelle du 5 mars 2007 qui réforme la protection des majeurs opère un net revirement par rapport à la vision antérieure. Si les trois grands principes directeurs de 1968 sont réaffirmés, le législateur en fait une application plus stricte, notamment en ce qui concerne le principe de nécessité qui est le pendant d'un retour éventuel à l'autonomie. Dès lors que la mesure n'est plus nécessaire eu égard à l'état des facultés de la personne, le juge des tutelles doit la lever afin de rendre au majeur son autonomie et son indépendance quant à la réalisation de certains actes. S'organise donc, depuis 2007, une philosophie nouvelle qui tend à ne plus enfermer définitivement les majeurs dont les facultés sont altérées dans le carcan d'une protection trop rigide et inadaptée. Le principe de nécessité prend alors une importance toute particulière et doit véritablement guider l'action des juges des tutelles afin que l'autonomie des majeurs protégés ou à protéger soit préservée au mieux (Section 1).

38. Influence du principe de nécessité sur les majeurs protégés. Si le principe de nécessité tel qu'il est réaffirmé par le législateur en 2007 est naturellement bénéfique pour les majeurs protégés, il implique des changements dans les procédures et plus particulièrement un réexamen périodique des mesures fin de juger de l'utilité d'une éventuelle prorogation. La limitation dans le temps des mesures dès leur prononcé oblige le juge des tutelles, bien que « *plus que surchargé* » comme le souligne le Professeur Malaurie¹⁴⁴, à réviser régulièrement les mesures ouvertes. Ces dernières sont en effet désormais mises en place dans la grande majorité des cas¹⁴⁵ pour une durée déterminée et ne pouvant excéder 5 ans. Le juge des tutelles devient le garant de la nécessité de la protection dont doit bénéficier le majeur, ce qui oblige au préalable à se demander si « *la prise en charge familiale ou amicale est suffisante* »¹⁴⁶ ou non et si le recours aux mesures judiciaires est la meilleure solution.

¹⁴⁴ P. Malaurie et L. Aynès, « *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs* », 6^{ème} éd., coll. Droit civil, Defrénois, 2012, p 290, n°684.

¹⁴⁵ Lorsque l'examen médical initial fait état de l'absence de chances d'évolution positive des facultés intellectuelles de la personne, alors le juge des tutelles peut prononcer des mesures plus longues, voire définitives.

¹⁴⁶ L. Pécaut-Rivolier, « *Protéger un majeur vulnérable* », 1^{ère} éd., 2010, éd. Delmas, p 82, n°405.

Délestés de leur pouvoir d'auto-saisine, les juges des tutelles demeurent très occupés par leur charge de travail en pratique (Section 2). Bien que dans l'intérêt du majeur protégé, les réexamens qu'impose le principe de nécessité seront très chronophages, surtout que les moyens mis en œuvre ne sont pas forcément en adéquation avec cette évolution législative.

Section 1 : L'esprit du texte : le retour à l'autonomie ou la consécration du principe de nécessité

39. Retard dans la prise en compte de l'aspect extrapatrimonial. La réforme du 5 mars 2007 concernant la protection juridique des majeurs¹⁴⁷ constitue un tournant dans l'appréhension de la personne du majeur, un aspect longtemps mis à l'écart, souligné par M. Fossier selon lequel « *il est des évidences méconnues : le majeur vit* »¹⁴⁸. Cet aspect avait été longtemps ignoré et la loi du 3 janvier 1968, pilier du droit des incapacités avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2007, se focalisait sur la protection patrimoniale des majeurs en difficultés. Cependant, bien que protégée, la personne n'en demeure pas moins titulaire de droits et de libertés qu'il convient de respecter ou de faire respecter. La personne, quand bien même ses facultés physiques, mentales ou psychiques seraient altérées, ne doit pas être réduite à un univers matériel dont la valeur impose une protection. Il n'était pas simple de s'attaquer à un tel monument constitué par la loi du 3 janvier 1968 et les principes qu'elle édictait. Cette crainte explique certainement le retard pris dans l'élaboration de la loi nouvelle, les évolutions sociétales et législatives progressives ont pourtant imposé des modifications.

40. Finalité nouvelle de la législation. Le principal problème qui se posait au fil du temps était celui de l'augmentation croissante de mesures qui s'ouvraient, pour des raisons parfois obscures, à tel point que des auteurs – comme M. Thouret¹⁴⁹ - ont parlé « *d'inflation* ». Outre le fait que les juges des tutelles se sont retrouvés submergés de demandes avec une charge de

¹⁴⁷ Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs, JORF 7 mars 2007.

¹⁴⁸ T. Fossier, « Noces d'émeraude entre notaires et juges : vers la réforme des tutelles ? », *Dr. Fam.* n°5, mai 2006, étude 25.

¹⁴⁹ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », *Defrénois*, 30 janv. 2009, n°2, p 185.

travail – trop – importante pour exécuter leurs missions de manière satisfaisante, les mesures injustifiées devaient être supprimées puisque « *l'organisation d'un régime d'incapacité juridique est par essence attentatoire à la liberté individuelle* »¹⁵⁰. Cette idée n'est pas nouvelle, la loi de 1968 affirmant déjà les principes de nécessité et de subsidiarité qui auraient dû limiter les abus quant aux mesures ouvertes de manière non justifiées.

La loi du 5 mars 2007 réaffirme ces grands principes et les consacre en les introduisant dans le Code civil, par le biais de l'article 415 C. civ. qui utilise l'adjectif « *nécessaire* ». Cette consécration légale, que certains auteurs ne trouvent pas judicieuse¹⁵¹, leur donne une valeur plus importante et pourra pleinement avoir « *pour rôle de diriger l'action du juge* »¹⁵². Ces principes ne sont pas des innovations à proprement parler, ils étaient seulement « *en suspension* » depuis la loi de janvier 1968 comme le soulignait le Doyen Carbonnier¹⁵³. Ces principes directeurs ont pris un essor particulier avec le changement des mentalités, non seulement de l'ensemble de la population mais aussi des politiques, quant à la finalité de la protection et à la prise en compte de la personne dans sa globalité. Cette vision nouvelle recadre la notion de patrimoine et en fait un élément de la personnalité juridique comme le sont la vie privée ou le nom par exemple. Lorsqu'il est question de protéger la personne, il convient nécessairement de protéger son patrimoine en tant que composante de sa personnalité juridique mais plus seulement, la protection issue de la législation nouvelle se trouve élargie et applicable à l'ensemble des éléments composant la personnalité juridique.

41. Rapport entre nécessité et autonomie. Le principe de nécessité implique que « *la mesure judiciaire doit être justifiée par une altération des facultés personnelles du majeur à protéger* »¹⁵⁴. La définition permet de recadrer l'usage et la finalité des mesures de protection et de les adapter au majeur qui en a besoin. C'est sous l'impulsion de la jurisprudence que ce principe de nécessité a été mis en avant et a démontré son importance. Les juges de la Cour de cassation ont rappelé ce principe à l'occasion de certaines affaires qui leur ont été soumises quant à la contestation de mesures ouvertes. Ainsi, en matière de curatelle, les juges, dans un

¹⁵⁰ F. Delbano, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité dans régimes de protection des majeurs », *D.* 1999, p 408.

¹⁵¹ Voir par exemple en ce sens, P. Malaurie, « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2007, art. 38510, chron. P 408.

¹⁵² M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs », *Dr. Fam.* n°5, mai 2007, étude 16.

¹⁵³ J. Carbonnier, « *Droit civil, introduction* », PUF, Thémis, 2002, 27^{ème} éd., n°137, p 264.

¹⁵⁴ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

arrêt de 1995¹⁵⁵, ont rejeté l'ouverture d'une mesure qui ne s'avérait pas nécessaire en ce que l'altération des facultés mentales n'avait pas été médicalement constatée. Le même constat et les mêmes conclusions avaient été faits quelques années plus tôt dans un arrêt de la Cour de cassation de 1981¹⁵⁶ traitant d'une mesure de tutelle mise en œuvre sans constat médical de l'altération des facultés du majeur.

Devenu un principe majeur dans la protection des majeurs, la nécessité de la mesure influence directement le majeur et son autonomie. Le respect de ce principe et la vision que le législateur en a désormais, ont un but innovant : le retour à l'autonomie. Toutefois, cela n'est pas possible dans tous les cas, certains ayant des altérations trop importantes. Le but est alors d'adapter au mieux la protection qui leur est accordée pour ne pas empiéter de manière non justifiée, voire inutile, sur la sphère d'autonomie qui peut être reconnue au majeur en fonction de ses facultés mentales, physiques et psychiques. L'autonomie passe aussi par la conservation et la préservation des droits des majeurs à protéger, les deux notions – autonomie et protection – n'étant donc pas totalement antinomiques. L'étude du caractère nécessaire de la mesure puis des deux autres principes – subsidiarité et proportionnalité – permettra de démontrer qu'une bonne articulation de la protection est source d'autonomie. Celle-ci se retrouve à différents stades de la mise en place et du fonctionnement des mesures de protection : tout d'abord lors de l'ouverture de la mesure au moment du constat de la défaillance des facultés personnelles, puis lorsqu'il faut choisir le type de mesure tout en préservant au mieux l'autonomie du majeur et enfin dans l'effort d'un retour éventuel à l'autonomie.

La prise en compte de la personne même du majeur dans la mise en œuvre de la protection a impliqué des changements. La place nouvelle dont il dispose dans le processus décisionnel permet une reconnaissance accrue de ses droits dont le législateur a dû s'accommoder au moment de légiférer en 2007.

¹⁵⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 24 oct. 1995, n°93-21484.

¹⁵⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 12 mai 1981, n°79-16903.

§1) La vision nouvelle de la prise en compte de la personne

Cette avancée dans le droit des incapables se caractérisant par la prise en compte de la personne du majeur lors de la mise en œuvre de la protection a été résumée de manière très claire et juste par M. Fossier. Selon lui, « *l'Etat, en la personne du juge des tutelles, ne s'empare pas des droits du majeur, encore moins de sa volonté propre, sans la restituer dès que possible* »¹⁵⁷. Il ressort clairement de cette affirmation la volonté de respecter les droits du majeur et de ne restreindre sa capacité que lorsque cela s'avère réellement nécessaire. Nous retrouvons en outre le rappel que l'individu, malgré une éventuelle altération de ses facultés, conserve une volonté et que cette dernière doit primer à chaque fois qu'elle est valablement exprimée.

Par conséquent, l'intégration du volet extrapatrimonial dans la protection des majeurs va se concrétiser quant aux droits qui leur sont reconnus et de sa place dans le système protecteur.

A. La reconnaissance de la personne et de ses droits

Pendant de longues années, la loi n'a consacré de protection qu'au patrimoine des majeurs, écartant les aspects personnels du droit applicable aux incapables. Mais la réaffirmation des principes dans la réforme de 2007, notamment celui de nécessité, guidera l'action du juge des tutelles dans ses choix relatifs à une protection globale des majeurs handicapés. En ce qu'il est reconnu en tant que personne, le majeur protégé disposera de certains droits et libertés auxquels il ne sera pas possible de porter atteinte, ou de manière très encadrée, et ces restrictions devront quoiqu'il arrive être faites dans l'intérêt du majeur. Ce dernier est l'enjeu primordial des décisions du juge et des protecteurs.

¹⁵⁷ T. Fossier, « Les rôles du juge des tutelles : décidément, un juge "social" », *RDSS* 2008, p 821.

1° Le majeur protégé : une personne digne

42. *Affirmation récente en droit français.* Le concept de dignité¹⁵⁸, bien qu'un peu flou, a été affirmé par le législateur en 2007, notamment à l'article 415 C. civ. et il doit guider la protection des majeurs. Il s'applique aux familles, aux protecteurs professionnels ou encore aux juges des tutelles. Le respect de la dignité des personnes protégées est un devoir global, relevant des divers acteurs de la procédure, qu'ils soient du cercle familial ou agents des collectivités publiques, bénévoles ou professionnels. La prise en compte et l'application de ce principe de dignité se fait tardivement par le législateur français puisqu'il avait été avancé beaucoup plus tôt par une recommandation européenne de 1999¹⁵⁹. La partie II de cette recommandation intitulée « principes directeurs » débute par un article préconisant le respect des droits de l'Homme et qui précise que le respect de la dignité est le principe phare et que les autres principes du texte découlent de celui-ci. Cette hiérarchie est flagrante à la lecture du paragraphe ci-dessus cité : « *concernant la protection des majeurs incapables, le principe fondamental servant de base à ceux dégagés dans le présent texte est le respect de la dignité de chaque personne en tant qu'être humain* ». L'importance donnée à la dignité de la personne aura un large impact sur le juge des tutelles et sur sa manière de gérer la protection, le respect de celle-ci se faisant « *dans le cadre ou hors le cadre de toute procédure* »¹⁶⁰. Le devoir est lourd pour le juge puisqu'il n'est pas restreint au seul déroulement de la protection.

¹⁵⁸ Le concept de dignité est difficile à cerner car susceptible de répondre à différentes définitions et de s'appliquer à des situations très diverses. Lorsque l'on parle par exemple de mourir dans la dignité, plusieurs interprétations sont possibles : s'agit-il de ne pas tuer, de laisser mourir ou de faire mourir le patient ? Les auteurs s'interrogent sur le contenu de ce concept, le Professeur Borella, par exemple, souligne que « *répondre à cette question est d'une vraie difficulté* » ou encore que « *ce travail [de conceptualisation de la notion de dignité] n'est pas inutile, mais surtout il aboutit à des résultats différents* » (F. Borella, « Le concept de dignité de la personne humaine », p 29, in. « *Ethique, droit et dignité de la personne* », mélanges en l'honneur de C. Bolze). De même, si le Professeur Neirinck admet que « *la dignité est essentiellement de l'ordre du relationnel* », il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une « *notion complexe* » (C. Neirinck, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique », p 39, op. cit.). Le caractère flou de la dignité, notion très souvent utilisée et mise en avant, paraît néfaste comme le précise Mme Hennette-Vauchez dans sa thèse, et pour qui « *son imprécision demeure telle qu'il paraît inapproprié à la recherche d'un moteur général des normes composant l'ordre public corporel* » (S. Hennette-Vauchez, « *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps* », p 393, 2004, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan). Le flou de cette notion est aussi mis en avant par le Professeur Mistretta puisque la dignité est « *une notion qui transcende tous les systèmes juridiques et toutes les branches du droit* » et elle s'avère « *mouvante et extrêmement riche en substance* » (P. Mistretta, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G*, 12 janv. 2005, n°1, I 100).

La définition donnée par G. Cornu n'en est pas moins imprécise et vague en ce qu'il définit la dignité comme « *l'honneur d'une personne* » ou alors « *plus généralement, la valeur éminente qui s'attache à toute personne* » (G. Cornu, Association Henri-Capitant, « *Vocabulaire juridique* », p 344, 9^{ème} éd., 2011, PUF).

¹⁵⁹ Recommandation du Conseil de l'Europe n°99-4F du 23 févr. 1999.

¹⁶⁰ A. Cermolacce, « Présentation générale des mesures de protection des majeurs. Entre rupture et continuité », *JCP N* n°36, 5 sept. 2008, 1268.

Par conséquent, la personne handicapée mentale dispose, comme toute autre, du droit au respect de sa dignité. Cette dernière constitue la pierre angulaire du lot de droits et de libertés conservés par le majeur protégé. C'est par le biais de son respect que les autres droits dont bénéficie le majeur pourront pleinement être exercés.

43. Dignité, droits et libertés. La dignité est certes un concept large, comme cela a précédemment été démontré¹⁶¹, mais il n'en demeure pas moins que c'est sur ce fondement que des droits sont reconnus aux majeurs protégés. Avant d'être protégée, une personne ayant ses facultés altérées est une personne avec les droits et les libertés qui en découlent. Dans le domaine du handicap mental, le principe est la préservation de l'autonomie et de la capacité alors que la protection ne doit être que l'exception. Ceci démontre que la dignité de la personne doit être garantie, sa capacité ne devant être restreinte qu'en cas de nécessité médicalement constatée. En préservant la dignité des personnes, le législateur favorise leur autonomie ce qui, comme l'indique à raison M. de Martel, « est une façon d'éviter l'enfermement ou l'infantilisation du majeur ou encore le schéma paternaliste dans lequel le majeur tient un rôle purement passif »¹⁶². En prenant en compte la personne du majeur protégé, le législateur lui donne la possibilité d'exercer plus pleinement ses droits et ses libertés et, par voie de conséquence, l'implique plus directement dans les décisions.

La dignité des personnes est garantie à travers différents droits et libertés reconnus à chacun tels que le respect de la vie privée, l'obligation d'entendre le majeur dans la mesure du possible ou encore le droit à l'information de la part de son protecteur. La notion de vie privée reprise dans de nombreux textes internes¹⁶³ ou supranationaux¹⁶⁴ n'en est pas moins définie. Introduite par une loi du 17 juillet 1970¹⁶⁵, deux définitions, plus ou moins précises, semblent ressortir et retenir l'attention ; la vie privée aurait un volet positif correspondant à « la sphère d'activité propre à un individu » et un volet négatif en ce qu'elle peut être « la sphère d'activité qu'il peut interdire à autrui »¹⁶⁶. Si on s'attache à son volet positif, la notion de vie

¹⁶¹ Cf. note 12 sur l'appréhension de la notion de dignité.

¹⁶² A. de Martel, « La loi du 3 janvier 1968, perspectives d'une réforme », in. « *L'avenir des tutelles, analyses, fondements et prospectives* », Dunod, 2000, p 49.

¹⁶³ L'article 9 C. civ. précise que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* », l'article 226-1 C. pén. sanctionne les atteintes volontaires à l'intimité de la vie privée par la fixation de l'image, l'article L1110-4 C. santé publ. oblige les professionnels de santé à prendre en charge les patients en respectant leur vie privée.

¹⁶⁴ L'article 8 de la Conv. EDH par exemple annonce clairement que la vie privée de chacun doit être respectée.

¹⁶⁵ Loi n°70-643 du 17 juill. 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

¹⁶⁶ Pour des développements plus approfondis sur la notion de vie privée, voir par exemple M. Contamine-Raynaud, « *Le secret de la vie privée* », LGDJ, 1978 ; B. Beignier, « *L'honneur et le droit* », LGDJ, 1995 ; R. Lindon, « La presse et la vie privée », *JCP* 1968, 1887 ; F. Rigaux, « La liberté de la vie privée », *RIDC*, 1991,

privée justifie que des actes ne peuvent être effectués que par le majeur lui-même, sans avoir recours ni à l'assistance ni à la représentation : c'est le cas des actes qualifiés d'éminemment personnels définis à l'article 458 C. civ. et qui feront l'objet d'un développement dans cette étude¹⁶⁷, ou encore de l'accès à ses comptes par le majeur protégé.

Outre le respect de sa vie privée, le majeur bénéficie d'un droit à l'information sur sa situation et sur les actes envisagés de la part de son protecteur. Il s'agit d'une véritable charge pour ce dernier qui doit délivrer une information claire et adaptée au discernement de son protégé. Cette information peut s'avérer utile en tant que préalable à l'audition du majeur qui est de plus en plus répandue dans les textes et qui impose au juge des tutelles de rencontrer la personne en vue de l'entendre et de se faire une idée sur ses intentions.

2° La mise en avant de son intérêt

44. *Priorité à l'intérêt du majeur.* Pour que la dignité de la personne protégée soit respectée, il est nécessaire que son intérêt soit privilégié tout au long de la procédure de protection. Cette position phare de l'intérêt de la personne vulnérable n'a pourtant pas toujours été adoptée et doit être nuancée si on se fie par exemple à l'hypothèse du lancer de nains. Bien que les nains étaient en faveur de ce genre d'activité, notamment dans un but lucratif, le Conseil d'Etat a décidé d'y mettre fin dans une décision du 27 octobre 1995¹⁶⁸. Dans cette espèce, l'intérêt des personnes a été écarté au profit du respect de leur dignité et de l'ordre public, « *une attraction de ce type a été regardée comme portant atteinte, par son objet même, à la dignité de la personne humaine* » aux termes de l'Assemblée du contentieux. La notion vaste et floue de dignité humaine a donc primé sur l'intérêt – certes principalement financier – des nains ; cependant, l'intérêt des personnes fait un retour marqué dans les dispositions relatives à la protection des majeurs.

L'alinéa 3 de l'article 415 C. civ. précise explicitement que « *elle [la protection] a pour finalité l'intérêt de la personne protégée* ». En faisant entrer cette notion dans le Code civil, le législateur a souhaité insister sur son importance qu'elle doit occuper dans la mise en place d'une quelconque protection et justifie que certains achats puissent être refusés à la personne

n°3, p 539 ; F. Rigaux, « Vie privée et activités professionnelles », *RTDH*, 1^{er} avr. 2012, n°90, p 415 ; O. de Schutter, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, 1^{er} oct. 1999, n°40, p 827 ; J-C. Saint-Pau, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Dr. Pén.*, 1^{er} sept. 2009, n°9, p 34.

¹⁶⁷ Cf. *infra*. n°s372 s., plus particulièrement n°s372-373.

¹⁶⁸ Arrêt CE, 27 oct. 1995, « Commune de Morsang-sur-Orge », *Rec. Lebon*, p 372.

handicapée : tel est par exemple le cas de l'achat d'une voiturette sans permis du fait de l'incompatibilité de l'acuité visuelle du majeur avec la conduite¹⁶⁹. Le gardien de principe de cet intérêt est le juge des tutelles, c'est à lui qu'il revient de décider de la mesure à mettre en place en fonction des besoins et de l'état du majeur. M. Rebourg rappelle cette position centrale lorsqu'elle affirme que « *l'intérêt du majeur détermine ainsi le choix entre les différentes mesures de protection que la loi propose* »¹⁷⁰.

Le principe de nécessité réaffirmé par le législateur en 2007 est donc directement lié à l'intérêt du majeur à protéger. Cela explique que le juge des tutelles ne peut désormais plus succomber à « *la tentation de faciliter les procédures* »¹⁷¹ ce qui nuirait à l'intérêt du majeur et serait constitutif d'une faute susceptible d'engager la responsabilité du juge¹⁷². Cette « tentation » telle qu'elle est qualifiée par M. Fossier avait fait l'objet de vives critiques en 1998 dans un rapport d'enquête sur le fonctionnement des mesures de protection.

45. Nouveautés issues de la réforme et intérêt du majeur. La volonté de tenir compte du véritable intérêt du majeur et de ne pas tomber dans les travers d'ouverture de mesures non justifiées a conduit le législateur à apporter quelques modifications procédurales. Celles-ci démontrent une certaine méfiance à l'égard des gardiens naturels de l'intérêt des majeurs que sont les juges des tutelles. C'est dans ce but que le majeur peut désormais être accompagné lors de son audition par un avocat ou une personne de son choix – après autorisation du juge des tutelles – comme le prévoit l'article 432 C. civ. nouvellement rédigé. Si « *l'intéressé peut être accompagné par un avocat* » aux termes de cet article, c'est bien qu'il existe une certaine crainte à l'idée de cantonner la préservation de l'intérêt du majeur protégé aux seules mains du juge des tutelles.

Le problème qui va se poser aux juges est celui de l'évolution dans le temps de l'état des facultés du majeur puisque celle-ci peut être source d'une modification de son intérêt. Si son état s'améliore, il conviendra de l'autoriser à être plus autonome dans la réalisation de certains actes et à favoriser l'assistance plutôt que la représentation, y compris pour les actes

¹⁶⁹ Voir en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 27 févr. 2013, n°11-28307.

¹⁷⁰ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs », art. préc.

¹⁷¹ Expression de T. Fossier, « La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », *JCP N* n°11, 16 mars 2007, 1128.

¹⁷² La responsabilité du juge des tutelles est une responsabilité indirecte puisque c'est l'Etat qui se substitue à lui avec toutefois la possibilité d'exercer une action récursoire comme cela sera développé ultérieurement. Cf. *infra*. n° 112 et s.

d'administration¹⁷³ pour lesquels le tuteur peut agir sans aucune autorisation préalable. Il pourrait peut être s'avérer utile, lorsque le majeur retrouve quelque peu ses facultés, qu'il soit consulté et impliqué dans la perception de ses revenus de travail s'il en possède un ou lors de l'ouverture du premier compte bancaire à son nom. Cet allègement des restrictions pourrait aussi concerner l'action en justice relative à un droit patrimonial du majeur, laquelle est pour le moment entièrement dévolue au tuteur. A l'inverse, l'aggravement de l'altération des facultés devrait conduire à davantage d'attentions et de prudence : si le majeur dispose d'un logement et que son état nécessite qu'il soit installé dans un établissement, se posera la question de la vente éventuelle de son logement, particulièrement lorsqu'elle est guidée par des raisons financières.

Qu'elle soit positive ou négative, cette évolution doit nécessairement être relevée par le juge et le principe de nécessité lui impose d'adapter la mesure pour que, continuellement, l'intérêt du majeur soit respecté. Nous pouvons alors aisément affirmer que, puisque « *son état de santé souvent évolutif nécessitera un réexamen périodique afin de toujours faire coïncider la mesure avec son [celui du majeur protégé] intérêt présent* »¹⁷⁴, la charge du juge des tutelles va être alourdie et que la « tentation » évoquée précédemment peut alors être attisée. C'est pourquoi il faudra être d'autant plus vigilant dans la surveillance des missions des juges des tutelles.

46. Renforcement du contrôle de la Cour de cassation. La réaffirmation des principes directeurs, notamment celui de nécessité, va obliger non seulement le juge des tutelles à être plus attentif à l'état du majeur protégé, mais aura aussi un impact sur la façon de se prononcer des juges de la Cour de cassation. Ils devront en effet effectuer un contrôle plus approfondi et il ne fait aucun doute que « *la Cour de cassation exigera des motivations qui permettent de s'assurer du respect intégral de ces divers principes* »¹⁷⁵, parmi lesquels l'ouverture d'une mesure seulement quand elle s'avère nécessaire ou qu'elle doit être adaptée en fonction de l'évolution des facultés du majeur. La Cour de cassation se voit donc confier une mission générale de surveillance quant au respect des principes directeurs de la protection – nécessité,

¹⁷³ Les actes d'administration constituent une catégorie intermédiaire d'actes, entre les actes conservatoires et les actes de disposition, et ont été définis par le décret n°2008-1484 du 22 déc. 2008 comme « *les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal* ».

¹⁷⁴ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs », art. préc.

¹⁷⁵ T. Fossier, « Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux », *JCP N* n°36, 5 sept. 2008, 1277.

subsidiarité et proportionnalité – et de la préservation de l'intérêt du majeur dans les actions décidées par le juge des tutelles. Le juge des tutelles fait donc l'objet d'un contrôle permanent de la part des juges suprêmes ce qui doit les inciter à ne plus ouvrir inutilement des mesures de protection et donc de préserver l'autonomie des majeurs à protéger sans tomber dans la facilité. Bien que la jurisprudence ne relate pas de cas d'ouverture excessive de mesures de protection, le nombre accru de personnes protégées témoigne du risque de dérive. La Cour de cassation sera d'autant plus vigilante au respect des grands principes devant guider la procédure comme celui du contradictoire¹⁷⁶ ou celui de la préférence familiale¹⁷⁷ sachant que cette dernière « *ne peut être aveugle et doit nécessairement tenir compte de l'intérêt de la personne à protéger* »¹⁷⁸. Le contrôle de la Cour de cassation n'est alors pas aisé et doit se focaliser sur l'intérêt de la personne.

47. Conséquences nouvelles. Si le principe de nécessité consacré par le législateur en 2007, incorporé dans l'article 428 C. civ., oblige le juge des tutelles à vérifier si l'état du majeur justifie véritablement une mesure de protection, il impacte aussi le regard jeté par la Cour de cassation sur l'exercice de la protection et le respect de l'intérêt de la personne. Le majeur est désormais reconnu en tant que tel, plus uniquement par le biais de son patrimoine ; il dispose à ce titre d'une dignité qui est source pour lui de droits et libertés. Mais la prise en compte de la personne même du majeur dans les mesures de protection ouvertes à son égard va plus loin en ce qu'elle préconise que le majeur soit placé au centre du processus décisionnel.

B. Le majeur au cœur du processus décisionnel

L'instauration du principe de nécessité et la reconnaissance de la personne du majeur – imposant le respect de sa dignité – ont fait évoluer la philosophie de la protection et les procédures. La partie considérée comme « faible » dans la relation a souvent été niée et se voyait imposer des décisions sans avoir été sollicitée : cette situation existait non seulement

¹⁷⁶ Voir en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, pourvoi n°09-10619 : la Cour précise que le principe du contradictoire doit permettre au majeur protégé d'être assisté lors de l'audience de recours contre la décision du juge des tutelles.

¹⁷⁷ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 5 déc. 2012, n°11-26611 et Cass. Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2012, n°11-26268.

¹⁷⁸ J. Massip, « Le principe de préférence familiale en matière de protection des majeurs et le contrôle exercé par la Cour de cassation », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 et 19 déc. 2012, *LPA*, 29 mars 2013, n°64, p 12.

dans le monde des incapables mais aussi dans la relation de soins où le paternalisme médical dominait jusqu'en 2002. C'est à cette date que les patients sont devenus codécideurs quant aux soins qu'ils doivent subir, le paternalisme médical laissant place à la démocratie sanitaire¹⁷⁹. Le majeur protégé a bénéficié de la même évolution quelques années plus tard, dès lors que le législateur l'a traité comme une personne.

Lorsqu'il affirme que « *l'un des objectifs de la loi nouvelle est de replacer la personne au centre des régimes de protection juridique* »¹⁸⁰, M. Thouret résume clairement la situation et énonce implicitement un principe de démocratie applicable à l'incapacité. Ce décalage du curseur dans la relation entre le juge des tutelles et le majeur à protéger se caractérise par la volonté de « *donner un rôle plus important au majeur dans les décisions le concernant le plus personnellement* »¹⁸¹. Si l'autonomie du majeur doit être préservée au maximum et si sa dignité doit être respectée, il convient malgré tout de le protéger. C'est pourquoi la personne dont l'altération des facultés empêche de pourvoir seule à ses intérêts ne dispose pas d'une liberté concernant toutes les décisions.

1° Les décisions les plus intimes

48. Limitation des interventions extérieures. Le législateur a estimé important, voire indispensable, de restreindre autant que possible les limitations relatives à un exercice plein des droits et donc de créer des îlots d'autonomie dans lesquels le rôle du majeur sera primordial. La vision nouvelle du majeur protégé, qui consiste à le traiter de manière plus globale et à ajouter un volet personnel au volet patrimonial, oblige l'ensemble des acteurs intervenant dans le processus de protection à essayer, dès que cela est possible, de valoriser la volonté du majeur. Lorsqu'il était perçu seulement à travers son patrimoine, le majeur n'était

¹⁷⁹ Pour plus de détails sur la démocratie sanitaire, voir par exemple : P. Pédrot, « Libres propos sur la démocratie sanitaire », *LPA*, 19 juin 2002, n°122, p 5 ; M. Miaille, « La démocratie sanitaire », *RGDM*, 1^{er} fév. 2004, numéro spécial, p 23 ; E. Alfandri, « La démocratie sanitaire : aspect juridique et médical », *RGDM*, 1^{er} fév. 2004, numéro spécial, p 37 ; Actes du 18^{ème} atelier du CREDES du 19 sept. 2003, « La démocratie sanitaire : aspects théoriques et pratiques hospitalières », *RGDM*, 1^{er} mars 2004, n°12, p 7 ; R. Brajeul, « Démocratie sanitaire : la santé en débat », *RGDM*, 1^{er} juil. 2008, numéro spécial, p 145 ; G. Le Gall, « Démocratie sanitaire : le regard du médecin », *RGDM*, 1^{er} juil. 2008, numéro spécial, p 167. Plus particulièrement sur les majeurs protégés : T. Fossier, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *JCP G*, 21 mai 2003, n°21, p 931.

¹⁸⁰ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

¹⁸¹ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs », art. préc.

qu'un maillon subsidiaire du processus décisionnel, il subissait les décisions de personnes extérieures quand bien même celles-ci agissaient au nom du protégé.

49. Décisions personnelles : quelles sont-elles ? L'article 459 C. civ. précise à cet égard que les décisions personnelles relèvent en principe du seul majeur protégé¹⁸², à moins que son état ne le lui permette pas. Ces décisions dites personnelles couvrent plusieurs champs de la vie des majeurs, notamment la santé, le logement, les fréquentations. Le tribunal d'instance de Nice¹⁸³ a par exemple affirmé en 2009 qu'une majeure protégée peut prendre seule une décision concernant un acte médical. Cette marge d'autonomie relative aux décisions personnelles peut aussi concerner l'adhésion à un parti politique parce que cet acte relève de l'intimité de la personne ou encore le choix de passer le permis de conduire pour les personnes dont les facultés le leur permettent. L'exercice indépendant dans ces domaines permet le respect des libertés fondamentales reconnues à chaque citoyen parmi lesquelles la liberté d'expression et de pensée.

Dès lors que les décisions touchent à la personne du majeur et à son intimité, elles doivent être prises prioritairement par l'individu. La santé et les actes ayant trait au corps de la personne sont par essence intimes et personnels. Selon les dispositions du Code de la santé publique, le consentement du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché avant toute intervention¹⁸⁴. Le lien entre le personnel et le logement est moins frappant mais le fait de donner au majeur la possibilité de décider seul sur ce point réside dans la conservation des repères de la personne. Il s'agit donc plus d'un volet psychologique plutôt que véritablement intime. La question se pose aussi en ce qui concerne l'exercice de la sexualité par rapport à la valeur qu'il convient d'accorder au consentement d'une personne handicapée mentale.

50. Limitations justifiées à l'autonomie. Il existe toutefois des réserves prévues dans les différents textes quant à la prise de décision autonome du majeur quand bien même elle relèverait du domaine personnel. En matière de santé par exemple, l'urgence permet de passer outre le consentement de la personne. Mais de manière plus générale, le protecteur a été doté d'un rôle, subsidiaire, de surveillance même dans le domaine du personnel et de l'intime. Le législateur reconnaît une marge d'autonomie au majeur protégé, mais il reste conscient que

¹⁸² L'alinéa 1^{er} de cet article 459 C. civ. précise que : « *Hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet* ».

¹⁸³ TI Nice, 4 févr. 2009, n°01-00602 ; note T. Verheyde, *D.* 2009, p 1397.

¹⁸⁴ Art. L1111-4 C. santé publ. al. 6 : « *Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ».

ses facultés ne lui permettront pas toujours de prendre les décisions les plus appropriées et les plus conformes à son intérêt. C'est pourquoi il a été prévu une « soupape de sécurité » par le biais de l'intervention du protecteur « *pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé* » aux termes de l'alinéa 4 de l'article 459 C. civ. La personne en charge de la protection du majeur doit superviser l'ensemble des décisions prises par l'individu afin d'évaluer s'il existe un danger. Dans le cas contraire, elle pourrait engager sa responsabilité en fonction du préjudice subi par le majeur protégé du fait de la décision qu'il a prise. La solution de facilité consisterait à priver le majeur de toute capacité décisionnelle, mais la philosophie de la réforme de 2007 ne va pas en ce sens et tend à la prise en compte des opinions de la personne protégée. Mais quid lorsque le majeur ne peut valablement s'exprimer ?

51. Majeur hors d'état de s'exprimer. Les dispositions législatives qui découlent de la loi du 5 mars 2007 donnent au majeur une certaine autonomie quant aux décisions personnelles mais cette autonomie n'est pas absolue. Il est effectivement prévu une hiérarchisation des recours d'intervenants extérieurs pour venir en aide au majeur protégé. Si ce dernier ne peut décider seul en raison de la trop importante altération de ses facultés, le législateur prévoit dans l'ordre : une assistance du majeur par son protecteur, voire une représentation au cas où l'assistance ne serait pas suffisante. Cette hypothèse démontre la réalité de la mise en œuvre du principe de subsidiarité réaffirmé, lui aussi, en 2007 et qui préconise que la protection corresponde au mieux aux besoins du majeur. De plus, le principe de nécessité impose, qu'avant que ne soit mise en œuvre une représentation, il soit instauré une simple assistance moins restrictive de libertés. Ce n'est qu'en cas d'insuffisance que le majeur sera représenté et que ses droits seront le plus gravement atteints.

52. Actes éminemment personnels. Par la loi du 5 mars 2007, le législateur a souhaité privilégier l'autonomie des majeurs protégés en créant une catégorie d'actes particuliers, ceux qui sont couramment appelés les actes éminemment personnels. D'après l'article 458 C. civ., ces actes, dont certains sont listés¹⁸⁵, ne peuvent être effectués qu'avec le consentement du majeur protégé. Aucune assistance ou représentation ne peut être mise en œuvre, c'est donc la catégorie d'actes du « tout ou rien ». Si la personne est apte à donner un consentement

¹⁸⁵ Pour une critique de cette façon de faire et de cette liste non limitative des actes éminemment personnels, cf. *infra*. n°401 s.

valable, l'acte peut être envisagé ; dans le cas contraire, il est impossible de conclure l'acte. Bien que ces actes fassent l'objet de critiques, ils prouvent la volonté du législateur de donner au majeur « *un domaine réservé* » selon l'expression de M. Fossier¹⁸⁶. Ce domaine reflète une autonomie totale pour le majeur dans son choix et sa décision. Aucune dérogation n'est possible. En matière d'adoption ou de sexualité par exemple, le tuteur ne pourra choisir à la place du tuteur.

53. Développement des auditions. Outre l'autonomie qui lui est reconnue en matière de décision personnelle, le majeur protégé est impliqué plus fortement dans sa protection à travers les mécanismes d'audition, comme c'est notamment le cas pour le mariage. Bien qu'ils puissent sembler peu utiles, voire superflus, ils s'inscrivent pleinement dans la philosophie nouvelle de la législation relative à la protection des majeurs.

2° La diversification des auditions du majeur

54. Audition lors de l'adaptation de la protection. Le principe de nécessité qui était "en pointillés" dans la loi du 3 janvier 1968 et réaffirmé de manière plus solennelle en 2007 a conduit le législateur à s'adapter et à se plier aux besoins et aux attentes des majeurs à protéger. C'est pourquoi, avant toute ouverture d'une mesure de protection, le juge des tutelles doit procéder à l'audition du majeur. Cet entretien qui se déroule dans le bureau du juge lui permet de se rendre compte de l'état des facultés du majeur et d'échanger avec lui sur ses attentes. Cette obligation légale réaffirmée par la réforme de 2007¹⁸⁷ est explicitement prévue à l'article 432 C. civ. : « *le juge statue, la personne entendue ou appelée* ». Etape essentielle de la procédure, l'audition fait partie intégrante de l'instruction du dossier dont est chargé le juge des tutelles avant de se prononcer sur le type de mesure à ouvrir pour protéger le majeur.

Le principe de nécessité impose que « *l'audition de la personne protégée existe tant lors de l'ouverture de la mesure de protection que lors de sa mainlevée* »¹⁸⁸ ; chaque modification éventuelle dans le degré de protection oblige le juge à se tourner vers le majeur pour

¹⁸⁶ T. Fossier, « La protection de la personne », *AJ. Fam.* n°4, 2007, p 160.

¹⁸⁷ Elle existait antérieurement, l'article 1247 C. proc. civ. précisait que cette audition ne pouvait être évitée que pour des raisons médicales.

¹⁸⁸ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

l'entendre. Cette audition est placée sous la direction du juge des tutelles, l'accompagnement du majeur par un avocat n'étant qu'une faculté, non une obligation comme cela était souhaité par les avocats qui avaient mis en avant les possibles intentions malveillantes de l'entourage de la personne et donc un accompagnement malsain. Cette faculté, énoncée à la fois à l'article 432 C. civ. et 1214 C. proc. civ., aurait certainement mérité de devenir une obligation pour, à tout le moins, que l'avocat devienne le protecteur du majeur quant aux subtilités et aux difficultés rencontrées lors de la procédure, plus généralement « *pour s'assurer du respect des règles procédurales* »¹⁸⁹. Quand bien même la meilleure solution serait celle d'une audition individuelle pour éviter toute sorte d'influence – notamment de la part de son entourage « *pas toujours bienveillant à son endroit* »¹⁹⁰, le recours obligatoire à l'avocat aurait pu constituer une protection supplémentaire non négligeable du majeur. A noter que la protection pourrait concerner le respect des droits du majeur lors de l'audition mais aussi un soutien psychologique dans la mesure où il n'est pas évident pour le majeur à protéger de se retrouver seul face au juge.

55. Dispenses d'audition. Il existe des cas limitativement prévus dans lesquels le juge des tutelles pourra passer outre cette obligation d'audition. Alors que sous l'empire de la législation ancienne seule l'exception médicale pouvait jouer, il a désormais été ajouté l'impossibilité pour le majeur de s'exprimer valablement. Cette dispense, aux termes de l'alinéa second de l'article 432 C. civ., ne peut être que la conséquence du certificat médical qui accompagne la requête faite au juge des tutelles¹⁹¹. Le médecin précise alors si l'audition du majeur est envisageable ou non afin d'éclairer la décision qui sera ensuite rendue par le juge d'entendre éventuellement la personne. S'il est décidé de ne pas avoir recours à l'audition du majeur à protéger ou protégé, le juge des tutelles est tenu de motiver sa décision, c'est-à-dire qu'il doit énoncer les raisons pour lesquelles l'audition n'aura pas lieu sans se cantonner à affirmer que l'entrevue est néfaste à la santé de la personne ou qu'il ne peut donner une volonté valable. Le juge des tutelles doit apporter des éléments de fait au soutien

¹⁸⁹ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

¹⁹⁰ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

¹⁹¹ L'alinéa second de l'article 432 C. civ. est parfaitement explicite à ce sujet : « *Le juge peut toutefois, par décision spécialement motivée et sur avis du médecin mentionné à l'article 431, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté* ».

de son refus d'entendre le majeur protégé puisqu'il s'agit de le priver de son droit d'être entendu dans la procédure le concernant.

56. Extension du cercle « d'entendus ». Le principe de nécessité qui guide l'ouverture d'une mesure de protection qu'en cas de réel besoin du majeur peut obliger le juge des tutelles à aller plus loin dans les auditions et ne pas se limiter simplement à celle du majeur. En effet, si le fait d'entendre des personnes de la famille ou de l'entourage du majeur est susceptible d'apporter des éléments nouveaux et importants relativement au besoin de protection, alors le juge a la possibilité de les auditionner. Ce choix relève de la liberté du juge des tutelles, sachant que la finalité est une évaluation la meilleure possible des facultés du majeur pour décider si la protection est nécessaire et à quel point les droits du majeur doivent être restreints. En cumulant les témoignages, le juge parviendra à se faire une idée précise de la véritable situation du majeur et de la façon de le protéger tout en lui permettant de conserver une marge d'autonomie indispensable.

57. Information du majeur sur les actes envisagés et leurs conséquences. L'audition du majeur à protéger qui fait suite au certificat médical circonstancié sera aussi l'occasion pour le juge d'informer la personne quant à la forme de la protection envisagée et aux moyens qui vont être mis en œuvre. Il conviendra alors pour le magistrat d'adapter son discours au discernement de la personne, en utilisant notamment un vocabulaire simple et facilement accessible.

Pour appuyer notre démonstration tendant à prouver que le majeur protégé est désormais considéré comme une personne à part entière, il est possible d'avancer cette obligation d'information qui est délivrée lors de l'ouverture d'une mesure mais aussi tout au long de son exécution de la part du protecteur. Cette information doit porter sur différents points, à savoir « *sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part* » comme l'indique l'article 457 C. civ.

§2) Les mesures nouvelles visant le retour à l'autonomie

La philosophie nouvelle insufflée par le législateur en 2007 consistant en la prise en compte de la personne du majeur et impliquant le respect des principes directeurs a été source de modifications juridiques importantes. Ces avancées sont salutaires pour le majeur et son autonomie en ce qu'elles permettent de n'ouvrir des mesures restrictives de droits et de libertés que si cela s'avère véritablement nécessaire. Quand bien même la protection restreint le champ d'action de la personne, elle devient l'alliée de l'autonomie dès lors qu'elle est adaptée aux besoins et à l'état du majeur à protéger. C'est en ce sens que les dispositions législatives ont changé, le but étant de faire cesser les ouvertures intempestives et injustifiées envers des personnes dont l'état des facultés ne le justifiait pas forcément. Or, le principe de nécessité doit être respecté non seulement à l'ouverture de la mesure mais aussi tout au long de l'exécution de celle-ci. Des modalités nouvelles ont donc été instaurées pour que l'autonomie du majeur soit instaurée au maximum quand bien même il devrait être protégé : elles concernent le juge des tutelles et sa saisine, la forme du certificat médical – pièce indispensable pour l'ouverture d'une mesure de protection –, mais surtout la limitation des mesures dans le temps. Il est alors très intéressant d'étudier en quoi consistent ces modifications et surtout en quoi elles influent – positivement – sur l'autonomie des majeurs à protéger et en quoi elles vont impliquer l'intervention de nouveaux acteurs.

A. Lors de l'ouverture d'une mesure

Le juge des tutelles devra être attentif aux modalités nouvelles prévues par la loi du 5 mars 2007, modalités imposées au moment de l'ouverture de la mesure mais aussi au cours de la mesure. La volonté de « *remédier à l'augmentation importante du nombre de personnes privées de leur capacité juridique* »¹⁹² passe nécessairement par le retour à la saisine du juge des tutelles par requête uniquement et par un recentrage sur le caractère médical de la

¹⁹² M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs », art. préc.

nécessité de la mesure. L'instauration de telles règles tend à asseoir et « à rendre effectif le principe de nécessité »¹⁹³ comme le rappelle M. Thouret.

1° Suppression de la saisine d'office du juge des tutelles

58. *Limiter les cas d'ouverture et se mettre en conformité avec les dispositions européennes.* La loi du 5 mars 2007 a fait un pas en avant important dans la limitation des risques de succomber à des solutions de facilité quant aux ouvertures des mesures de protection. C'est en ce sens que le législateur a décidé de supprimer la possibilité qu'avait le juge de se saisir d'office. Cette nouveauté a eu un écho important puisque plus de la moitié des mesures ouvertes juste avant l'apparition de la loi nouvelle l'étaient suite à une saisine d'office du juge des tutelles¹⁹⁴. Le juge n'est donc plus habilité à ouvrir seul une mesure, ce qui va certainement entraîner une diminution dans les chiffres d'ouverture de mesures et de privilégier l'individualisation de la protection. En outre, la suppression de cette faculté rend les dispositions françaises conformes à celles de la Convention EDH prévoyant le respect du droit à un procès équitable, incluant le droit de se défendre et le droit d'être entendu. C'est sur ce point que la saisine d'office du juge des tutelles recevait les critiques les plus lourdes, c'est pourquoi sa suppression est une innovation marquante. Elle permet donc de répondre à deux finalités : limiter les ouvertures abusives de mesures de protection restrictives de libertés et mettre en conformité la procédure d'ouverture de la protection avec les dispositions de la Conv. EDH.

La raison principale invoquée à l'appui cette modification substantielle de la mission est celle de l'impartialité dont le juge doit faire preuve, celle-ci « interdit qu'il se saisisse lui-même »¹⁹⁵. Cependant, cette suppression pose un problème dans le cas des majeurs isolés qui n'auraient pas de famille proche ou de personnes susceptibles de demander valablement l'ouverture d'une mesure de protection. C'est en ce sens que le parquet – qui fera l'objet d'un

¹⁹³ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

¹⁹⁴ Aucun chiffre précis n'est avancé mais cela représentait six cas sur dix d'après M. Rebourg, ; « plus de 50% des cas d'ouverture en 2006 » selon A. Caron-Deglise, « L'ouverture d'une mesure de protection : les principaux aménagements de la loi », *Dr. et Patrimoine*, n°169, 2008, p 50 ; « 54% des cas d'ouverture » selon les dires de P. Malaurie, « Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs », *Defrénois*, coll. Droit civil, 5^{ème} éd., 2010, n°746, p 311.

¹⁹⁵ T. Fossier, « Les rôles du juge des tutelles : décidément un juge "social" », *RDSS* 2008, p 821.

développement ultérieur – devient un organe central dans la procédure ; il aura un rôle de palliatif à l'absence de saisine d'office du juge.

59. Apparition d'un nouvel acteur ayant un rôle de filtre : le procureur. Afin de compenser la suppression de cette voie, de rendre la saisine du juge plus impartiale et de limiter l'accès aux juges des tutelles qui sont déjà très occupés, le législateur a impliqué dans la procédure un nouvel acteur en la personne du procureur. C'est donc à lui de décider « *s'il est opportun ou non de saisir le juge des tutelles* »¹⁹⁶, il servira donc de filtre entre les requérants et « *devient un passage obligé pour les tiers* »¹⁹⁷. Le procureur se retrouve donc investi d'un rôle essentiel dans l'accès au juge des tutelles et il dispose en plus de la faculté de saisir lui-même le juge suite à des situations dont il a eu connaissance et nécessitant la mise sous protection d'une personne. Avec le cadenas que constitue le procureur de la République, le juge des tutelles ne pourra plus être tenté d'ouvrir des mesures non justifiées « à la va vite » et saisi sans de solides fondements. Pour qu'une demande soit instruite, elle doit être jugée suffisamment fondée par le Procureur ce qui va permettre d'éliminer un certain nombre de requêtes et de décharger le juge des tutelles qui avait tendance à être engorgé ces dernières années face au nombre croissant de dossiers qu'il avait à traiter. Ce phénomène de surcharge de travail et d'engorgement de la juridiction des tutelles était aussi entretenu par la faculté qu'avaient ces juges à se saisir d'office, sans qu'il n'y ait besoin de requête.

La question qui d'emblée s'est posée a été celle de savoir si ce nouveau venu dans la protection des majeurs serait capable de remplir pleinement son rôle, notamment sur le plan quantitatif mais aussi des compétences¹⁹⁸.

60. Accès au juge des tutelles : la requête comme seule condition. Depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le juge des tutelles peut être saisi uniquement par le biais d'une requête. Celle-ci peut être rédigée par différentes personnes limitativement prévues à l'article 430 C. civ. Ainsi, à côté du Procureur, plusieurs requérants ont la possibilité de saisir le juge

¹⁹⁶ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

¹⁹⁷ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs », art. préc.

¹⁹⁸ Cette question du rôle exact du Procureur et de son influence à venir sur les procédures de mise en place des mesures de protection sera étudié plus en détails dans un développement ultérieur, cf. *infra*. n°190 s.

Sur le rôle civil du Parquet, voir par exemple : C. Sévely-Fournié, « Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? De quelques interrogations pratiques sur l'application de la loi réformant la protection juridique des majeurs », *D.* 2009, n°18, p 1221 ; J-P. Alacchi, « Le rôle du Ministère public », *Gaz. Pal.*, 25 juin 1995, n°176, p 17 ; J-C. Lautru, « Le rôle du Ministère public », *Gaz. Pal.*, 10 mars 1993, n°69-70.

des tutelles : il s'agit de « *la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique* ». Le cercle des requérants potentiels a été élargi en 2007, il inclut notamment les personnes qui ont des « liens étroits et stables » avec le majeur à protéger, ce qui peut sembler très large puisqu'un voisin de chambre dans un établissement ou un ami peuvent désormais valablement saisir le juge des tutelles. Bien que cette extension puisse *a priori* apparaître comme dangereuse pour le majeur, elle s'avère être finalement tout le contraire puisque le respect des principes édictés par la réforme du 5 mars 2007 ont pour but de concilier au mieux protection et autonomie et de limiter la protection et les restrictions au strict nécessaire. Or, en faisant ainsi, en ne rendant la protection que subsidiaire et limitée aux cas le nécessitant réellement, le législateur tente de préserver l'autonomie des personnes.

En outre, il est courant que le juge des tutelles auditionne la personne à l'origine de la requête au moment de l'instruction du dossier afin d'évaluer la situation du majeur et prendre sa décision en conséquence. Toutefois, cette requête doit, pour être valable et examinée par le juge des tutelles, être accompagnée d'un certificat médical spécifique.

2° Exigence d'un certificat médical particulier

61. Constat médical de l'altération des facultés. Quelle que soit la protection envisagée, le point de départ relève du monde médical et d'un constat du médecin de l'altération des facultés du majeur. Il ne peut y avoir de restriction de capacité sans intervention médicale comme l'explique l'article 425 C. civ. : « *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 [...]* ». Le recours au médecin est indispensable et démontre que la protection judiciaire a une origine médicale et non sociale. Les caractéristiques de ce certificat en font « *un garde-fou contre des requêtes déposées à la légère* »¹⁹⁹, ce qui va de pair avec la consécration du principe de nécessité visant à lutter contre le trop grand nombre de mesures ouvertes. Cette croissance du nombre de mesures ouvertes est ciblée par le législateur en 2007 qui a la ferme intention de « médicaliser » la

¹⁹⁹ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

protection, ce qui explique que l'oisiveté, l'intempérance et la prodigalité ne soient plus des critères d'ouverture de protection, notamment de curatelle.

62. Certificat médical circonstancié. Ces caractéristiques sont énoncées à l'article 431 C. civ. qui prévoit un certificat circonstancié dont le contenu a été fixé par un décret du 5 décembre 2008²⁰⁰ repris à l'article 1219 C. proc. civ. Le certificat doit donc se prononcer sur trois points essentiels qui permettront de guider le juge dans le prononcé de sa décision : d'abord, le médecin « décrit avec précision l'altération des facultés du majeur », puis il alerte le juge sur l'évolution possible de l'état du majeur et il termine en préconisant l'assistance ou la représentation pour la protection du majeur. Ce certificat circonstancié est un obstacle aux saisines abusives en ce qu'un décret du 22 décembre 2008²⁰¹ a fixé à 160 euros le coût d'une telle pièce ce qui n'est pas forcément à la portée de chacune des personnes nécessitant la mise en place d'une mesure. En ce qu'il sert de base à la décision du juge des tutelles, le certificat doit être le plus complet et le plus précis possible. Il doit par exemple contenir des indications quant à une éventuelle suppression du droit de vote du majeur qui serait placé sous tutelle mais aussi sur les actes, patrimoniaux et extrapatrimoniaux, que la mesure visera plus spécifiquement. Bien qu'initialement uniquement médical, le certificat remplit donc en outre une mission prédictive quant à la possible réalisation de certains actes.

Ensuite, dans un souci d'impartialité, le certificat doit être établi par un médecin inscrit « sur une liste établie par le Procureur de la République » et non par le médecin traitant dont les intérêts sont parfois trop proches de ceux de la famille. Le médecin traitant a désormais un rôle très secondaire puisqu'il peut éventuellement être sollicité par le « *médecin agréé* »²⁰² pour l'éclairer dans sa décision²⁰³. Le médecin traitant est écarté de la procédure – le législateur ayant décidé « *de supprimer l'obligation de recueillir l'avis du médecin traitant préalablement à l'ouverture d'une mesure de protection* »²⁰⁴ –, alors que le procureur doit dresser la liste et l'actualiser régulièrement. Cette mise à l'écart du médecin traitant est

²⁰⁰ Décret n°2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le code de procédure civile.

²⁰¹ Décret n°2008-1485 du 22 déc. 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs.

²⁰² S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

²⁰³ Les dispositions de l'article 431-1 C. civ. prévoient clairement cette possibilité de recourir au médecin traitant : « *Pour l'application du dernier alinéa de l'article 426 et de l'article 431, le médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 peut solliciter l'avis du médecin traitant de la personne qu'il y a lieu de protéger* ».

²⁰⁴ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

clairement expliquée par le conseil national de l'ordre en se fondant sur le code de déontologie médicale²⁰⁵ qui interdit le cumul médecin traitant / médecin expert pour un même patient. Or, vu le contenu du certificat circonstancié imposé par la loi, cette mission relève plutôt de l'expertise et « *le plus simple serait que le médecin se voie communiquer le rapport d'expertise établi lors de l'ouverture de la mesure et mentionne si les constatations faites restent ou non pertinentes* »²⁰⁶. Ce qui est alors préconisé n'est pas un abandon total du rôle du médecin traitant mais une simple sollicitation pour avis suite à l'expertise réalisée par un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République.

63. Médecins spécialistes. Cette liste établie et tenue par le procureur comprend les seuls médecins aptes à établir un certificat circonstancié support de la demande d'ouverture de la mesure de protection. Cependant, il est important de souligner que ces médecins ne sont pas tous des spécialistes ; la difficulté de trouver suffisamment de spécialistes intéressés avait conduit à y intégrer des généralistes. Désormais, les généralistes sont considérés comme des spécialistes de médecine générale et reconnus spécialistes au même titre que les cardiologues, chirurgiens, gastroentérologues...

64. Limitation dans les ouvertures de mesures. Les mesures nouvelles supprimant la saisine d'office du juge des tutelles et imposant un certificat médical circonstancié établi par un médecin « agréé » vont certainement constituer des freins aux ouvertures de mesures intempestives ou non justifiées médicalement et seront donc conformes au principe de nécessité que la loi exprime clairement depuis 2007. Toutefois, ces dispositifs nouveaux applicables au moment où s'ouvre la mesure de protection s'accompagnent d'autres principes tout au long de la mesure et poursuivent cette finalité de ne protéger qu'en cas de nécessité.

²⁰⁵ L'article 105 du code de déontologie médicale, repris à l'article R4127-105 C. santé publ., précise clairement que « *Nul ne peut être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade.*

Un médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services ».

²⁰⁶ Ce sont les propos tenus par le Docteur Michel Fillol, à l'époque secrétaire général adjoint du Cnom, dans le Bulletin d'information de l'Ordre national des médecins, n°6, juillet-août 2009, p 17.

B. Le déroulement des mesures

Le respect du principe de nécessité s'impose au juge des tutelles lorsqu'il doit se prononcer sur l'ouverture d'une mesure de protection mais il produit aussi des effets tout au long de la procédure. La protection peut en effet n'être nécessaire que pendant une certaine durée à l'issue de laquelle le majeur aspire à retrouver une autonomie plus grande. Dès l'instant où il n'y a plus de justification médicale à la protection, celle-ci doit être levée et la restriction des droits et libertés devra cesser pour laisser la place à une autonomie plus grande qu'implique son statut de personne digne. Ceci va se traduire par l'obligation faite au juge des tutelles de limiter dans le temps la durée de la mesure qu'il prononce mais aussi par l'instauration d'outils dont le but est de faciliter la levée des mesures qui ne sont plus fondées.

1° Le caractère temporaire des mesures

65. *Fixation du terme dès le prononcé de la mesure.* Il s'agit d'une innovation importante de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs car les mesures sont désormais forcément assorties d'un terme. Cette innovation vaut plus particulièrement pour la curatelle et la tutelle puisque, concernant la sauvegarde de justice, la loi du 3 janvier 1968²⁰⁷ avait déjà prévu un délai d'un an renouvelable une fois. Ce délai a été repris en 2007, l'article 439 C. civ. précise que « *Sous peine de caducité, la mesure de sauvegarde de justice ne peut excéder un an, renouvelable une fois dans les conditions fixées au quatrième alinéa de l'article 442* ». Cette disposition implique que le juge réexamine le majeur à l'encontre duquel il a prononcé une mesure de sauvegarde de justice dans un délai maximal d'un an après la décision d'ouverture, « *la mesure de sauvegarde de justice devient caduque après un délai d'un an* »²⁰⁸.

En revanche, le législateur a mis en place des délais pour les autres mesures judiciaires de protection à savoir la curatelle et la tutelle, l'article 441 C. civ.²⁰⁹ révolutionne le fonctionnement de la protection en instituant un délai maximal de cinq ans de validité d'une mesure. Cette dernière est renouvelable une fois pour la même durée selon l'alinéa premier de l'article 442 C. civ., mais, de manière exceptionnelle, le renouvellement peut être prononcé

²⁰⁷ Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

²⁰⁸ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

²⁰⁹ Cet article précise que : « *le juge fixe la durée de la mesure sans que celle-ci ne puisse excéder cinq ans* ».

pour une période plus longue si l'état du majeur n'est « *pas manifestement susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science* ». S'il est médicalement constaté²¹⁰ que l'état du majeur ne peut s'améliorer engendrant un relâchement de l'étreinte de la protection, le délai de cinq ans tombe et ne lie plus le juge des tutelles. Mais pour cela, il est essentiel d'examiner de nouveau le majeur protégé.

66. Réexamen régulier de l'état du majeur. La révision de la mesure a lieu une fois écoulé le délai initialement prévu par le juge et à la demande du majeur protégé lui-même, de son protecteur ou d'office par le juge des tutelles. La finalité de ce nouvel examen est de « *vérifier que la mesure se justifie toujours* »²¹¹ et qu'il est donc toujours nécessaire de priver le majeur d'un part d'autonomie. Pour décider de l'éventuelle reconduite de la mesure, le juge des tutelles va encore une fois se fonder sur un certificat médical émanant d'un médecin inscrit sur la liste tenue par le procureur.

Ce réexamen peut aboutir au renouvellement de la mesure dans les conditions dans lesquelles elle a été ouverte et pour une durée de cinq ans maximum ou à l'allègement voire à la levée de la mesure si la situation du majeur a évolué favorablement. Le juge des tutelles peut prononcer une mesure plus grave mais il doit alors remplir les mêmes conditions que celles qui sont exigées lors de l'ouverture d'une mesure, notamment être saisi d'une requête émanant d'une personne expressément visée à l'article 430 C. civ²¹² et disposer d'un certificat médical circonstancié. Le renouvellement est décidé par le juge suite à une nouvelle instruction du dossier du majeur, ce qui, nécessairement, va être chronophage pour le magistrat mais dans l'intérêt de la personne protégée.

67. Absence de renouvellement de la mesure de protection suite à un oubli du juge. Face à la surcharge de travail, il est possible que le juge des tutelles oublie de renouveler une mesure de protection, celle-ci prend alors automatiquement fin une fois le délai initialement prévu

²¹⁰ Il convient alors de demander l'avis d'un médecin inscrit sur la liste du Procureur comme l'indique l'alinéa 2 de l'article 442 C. civ.

²¹¹ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs », art. préc.

²¹² « *La demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique* ».

écoulé et « *la personne retrouve alors sa pleine capacité* »²¹³. La sanction d'une telle omission est donc la caducité de la mesure, mais cette sanction présente un danger certain pour certains majeurs lorsque se pose la question de savoir « *que décider s'il apparaît que l'état de la personne vulnérable nécessite encore une mesure de protection ?* »²¹⁴. Cette interrogation judicieusement posée par Mme Péroz pose le problème de la responsabilité du juge et éventuellement du protecteur au sens de l'article 421 C. civ. qui vise l'ensemble des organes chargés de la protection du majeur. Il peut découler de cet oubli un véritable risque pour le majeur dont l'altération des facultés commanderait une protection qui ne peut être mise en place ou qui serait retardée par une carence d'un acteur de la protection. Hormis le cas d'un curateur qui sera personnellement responsable, les autres verront la responsabilité de l'Etat se substituer à la leur. Mais une action récursoire peut être déclenchée par l'Etat à l'encontre de l'agent fautif.

68. Révision de la mesure. Bien que lourde pour les juges des tutelles, cette procédure de révision permet de vérifier que les conditions médicales qui ont provoqué l'ouverture de la mesure se perpétuent après un certain laps de temps puisque, comme le disait M. Delbano, il est nécessaire « *que les causes d'ouverture soient actuelles, donc réunies lorsque le juge statue* »²¹⁵. Les mesures ne sont plus définitives et laissent donc entrevoir la possibilité de retrouver une marge d'autonomie pour le majeur.

2° La simplification de la levée des mesures inutiles

69. Cadre général. Bien que par principe limitées à cinq ans maximum, les mesures judiciaires de protection peuvent s'avérer mal adaptées avant l'arrivée du terme. La loi du 3 janvier 1968 avait prévu une seule cause de cessation de la protection, à savoir la mainlevée. Cette possibilité est maintenue, voire facilitée, mais la loi du 5 mars 2007 complète l'ancienne législation en ajoutant trois autres causes de levée de la protection prévues à l'article 443 C. civ.²¹⁶. Outre le jugement de mainlevée, la protection prend fin à l'arrivée du terme prévu par

²¹³ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs », art. préc.

²¹⁴ H. Péroz, « La fin des mesures de protection juridique », *JCP N*, n°36, 5 sept. 2008, 1276.

²¹⁵ F. Delbano, art. préc.

²¹⁶ Aux termes de cet article 443 C. civ., il est précisé que : « *La mesure prend fin, en l'absence de renouvellement, à l'expiration du délai fixé, en cas de jugement de mainlevée passé en force de chose jugée ou en cas de décès de l'intéressé.* »

le juge lors de l'ouverture de la mesure, sous l'effet des contraintes géographiques si le majeur réside hors de France et par le décès du majeur protégé.

70. Conditions de la mainlevée. La cessation de la protection par un jugement de mainlevée n'est certes pas une nouveauté de la loi de 2007 mais celle-ci ajoute des conditions à réunir afin que le jugement soit valable. S'il est constant que la cause ayant déterminé l'ouverture de la mesure doit avoir disparu et qu'il y ait un certificat médical, la combinaison des articles 432 et 442 C. civ.²¹⁷. impose la réunion de nouveaux éléments. Désormais, le jugement de mainlevée nécessite au préalable une audition du majeur et l'avis du protecteur. La demande de mainlevée est ouverte aux mêmes personnes susceptibles de demander l'ouverture la mesure et répertoriées à l'article 430 C. civ. Bien que les conditions soient plus strictes depuis l'entrée en vigueur de la réforme de mars 2007, des mécanismes permettent de simplifier la cessation de la protection.

71. Simplification de la procédure par la loi nouvelle. La principale avancée en matière de simplification dans la levée des mesures de protection réside dans le rôle du juge des tutelles, notamment celui de garant de l'intérêt du majeur protégé. Les alinéas 3 et 4 de l'article 442 C. civ. permettent au juge de lever ou alléger la mesure « *à tout moment* », le majeur protégé n'est donc pas prisonnier de la mesure et il peut espérer retrouver une marge d'autonomie plus grande dès l'instant où il est médicalement prouvé que ses facultés s'améliorent. La volonté de favoriser un éventuel retour à l'autonomie ressort aussi de la suppression de la faculté de se saisir d'office dont disposaient les juges des tutelles. Cette disposition nouvelle, censée limiter la charge de travail des juges des tutelles, peut en réalité trouver un autre intérêt, à savoir celui de laisser un temps supplémentaire qu'il sera possible d'utiliser pour approfondir les besoins du majeur et donc limiter, voire faire cesser, la protection. Ils pourront consacrer un examen plus attentif à la possibilité de mainlevée de la mesure : le juge des tutelles ne peut plus ouvrir seul une mesure mais peut sans problème y mettre fin dans un souci d'autonomisation de la personne.

Sans préjudice des articles 3 et 15, le juge peut également y mettre fin lorsque la personne protégée réside hors du territoire national, si cet éloignement empêche le suivi et le contrôle de la mesure ».

²¹⁷ Les alinéas 3 et 4 de cet article disposent notamment : « *Le juge peut, à tout moment, mettre fin à la mesure, la modifier ou lui substituer une autre mesure prévue au présent titre, après avoir recueilli l'avis de la personne chargée de la mesure de protection.*

Il statue d'office ou à la requête d'une des personnes mentionnées à l'article 430, au vu d'un certificat médical et dans les conditions prévues à l'article 432. Il ne peut toutefois renforcer le régime de protection de l'intéressé que s'il est saisi d'une requête en ce sens satisfaisant aux articles 430 et 431 ».

72. *Maintien de la protection : office du juge des tutelles.* Le véritable point fort des dispositions nouvelles tient en la faculté offerte au juge des tutelles de se prononcer d'office sur la nécessité de maintenir la protection. Cette disposition peut sembler contradictoire avec la volonté du législateur de décharger les juges des tutelles, volonté qui s'est en particulier traduite dans la suppression de la saisine d'office relativement à l'ouverture d'une mesure de protection. Cependant, la finalité de la mainlevée est totalement différente et favorable au majeur protégé puisque le but est « *de retrouver sa pleine capacité juridique* »²¹⁸. Puisque la procédure est mise en œuvre dans un souci de retour à l'autonomie de la personne protégée, « *le retour à l'office du juge n'est pas choquant* »²¹⁹. Le juge des tutelles, en usant de son office, redeviendra pleinement le garant de l'intérêt du majeur et conformera la mesure au principe de nécessité en la levant ou en l'allégeant.

La procédure est en effet différente et plus contraignante lorsqu'il s'agit d'alourdir la mesure de protection. Dans cette hypothèse, il existe une symétrie parfaite avec l'ouverture de la mesure, notamment en ce qui concerne l'auteur du certificat médical qui doit nécessairement être un médecin inscrit sur la liste du procureur. Il semble que, selon la rédaction de l'article 442 C. civ., cette exigence ne soit pas applicable si le juge souhaite alléger ou lever la mesure, un certificat médical simple étant suffisant. Il s'agit donc d'un système qui permet de simplifier la procédure d'allègement de la mesure de protection. Mais cela permet aussi au médecin traitant d'être de nouveau impliqué dans la protection des majeurs puisque le Docteur Fillol précise que « *nombre de juges considèrent que ce médecin pourrait être le médecin traitant de la personne protégée* »²²⁰.

Ces dispositions nouvelles démontrent que l'autonomie du majeur protégé est la finalité recherchée. Aussi, en affirmant clairement le principe de nécessité et en donnant les moyens aux différents acteurs de la protection de l'appliquer, le législateur a privilégié l'intérêt des personnes vulnérables et leur retour possible vers une autonomie plus grande. Il ne s'agit toutefois que d'une partie du processus législatif favorisant l'autonomie et l'adaptation de la protection. D'autres principes vont dans le même sens et renforcent cette vision nouvelle, et, comme le résume Mme Rebourg, « *le principe de nécessité a ainsi pour allié celui de*

²¹⁸ H. Péroz, « La fin des mesures de protection juridique », art. préc.

²¹⁹ H. Péroz, « La fin des mesures de protection juridique », art. préc.

²²⁰ Docteur M. Fillol, Bulletin d'information de l'Ordre national des médecins, n°6, juillet-août 2009, p 17.

subsidiarité »²²¹. Mais il faut nuancer avec la charge de travail nouvelle que l'application de ce principe va engendrer pour le juge des tutelles.

Section 2 : Les paradoxes de la loi quant au rôle du juge des tutelles

73. *Historique du juge des tutelles.* L'autonomie des majeurs protégés souhaitée par le législateur en 2007 se retrouve naturellement dans le caractère temporaire des mesures. Leur limitation dans le temps est pensée dans un souci de ne pas priver le majeur de ses droits sur une période trop longue avec l'espoir parallèle que ses facultés ne se rétablissent et lui permettent d'exercer de nouveau seul ses droits. Cette volonté d'optimiser le retour à l'autonomie de la personne imposait donc une limitation dans le temps des effets des mesures mais elle confère au juge des tutelles un rôle nouveau. Les juges des tutelles, instaurés par une loi de 1964²²² relative aux mineurs, ont toujours été l'élément central de la protection des majeurs. Toutefois, leur importance tend naturellement à s'atténuer au vu de la philosophie actuelle des lois relatives à la protection des majeurs, le « *droit volontaire* »²²³ dont parle M. Fossier étant mis en avant de manière plus forte. La personne est désormais considérée dans sa globalité et son consentement, ses besoins et ses attentes constituent le centre des dispositifs décisionnels actuels. Mais le juge des tutelles, demeure un rouage essentiel de la procédure et « *un complément harmonieux et bienveillant de la volonté privée* »²²⁴. Le juge devient donc, de manière encore plus marquée l'accompagnant des personnes en situation de faiblesse en privilégiant et en défendant les intérêts du majeur à protéger, d'où une mission qualifiée de « *domestique* » par le doyen Massip²²⁵ à l'origine de la loi du 3 janvier 1968.

²²¹ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs », art. préc.

²²² Loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation. Sur cette loi, voir par exemple : T. Fossier, « Droit de la famille. Enfance », *JCP N*, 3 avr. 1998, n°14, p 527 ; B. Ryssen, « Les pouvoirs de l'administration légale et la tutelle des mineurs », 91^{ème} Congrès des Notaires de France, Tours 21-24 mai 1995, *JCP N*, 28 juil. 1995, n°30-35, p 1153 ; C. Geoffroy, « Pour une autre conception de la tutelle des mineurs », *JCP N*, 12 mars 1993, n°10, p 99.

²²³ T. Fossier, « Quand le juge (des tutelles) se fait discret », *Droit et Patrimoine* 2008, p 169.

²²⁴ T. Fossier, « Le rôle du juge des tutelles : décidément, un juge "social" », *RDSS* 2008, p 821.

²²⁵ J. Massip, « *Les incapacités, étude théorique et pratique* », Répertoire du notariat Defrénois, 2002, n°395.

74. *Evolution des missions du juge des tutelles : vers un allègement théorique de sa charge.* Le rôle des juges des tutelles a changé au cours de l'évolution de la protection des majeurs tout en continuant à respecter un socle commun de règles partagées avec le juge chargé des mesures pour les mineurs. Bien que sa place demeure centrale dans la prise en charge de personnes dont les facultés sont altérées et qu'il conserve une partie de ses missions originelles, la volonté du législateur a été de décharger ces juges qui ont été confrontés à une importante augmentation du nombre de mesures de protection. La tendance est à l'accroissement exponentiel du nombre de mesures ouvertes alors que l'effectif des juges des tutelles n'a connu aucun changement significatif²²⁶. Face à cette demande croissante, la réforme de 2007 relative à la protection des majeurs avait pour but de délester les juges des tutelles pour éviter « *une surcharge conséquente de travail* » comme le précisent Mme Baillon-Wirtz et M. Delfosse²²⁷. Il existe une ferme volonté de recentrer leurs missions sur le principal et de favoriser l'autonomie des personnes protégées en s'intéressant davantage à la mainlevée de la mesure dès que cela est possible. Or, cet objectif a, en apparence, été rempli en ce sens que le juge des tutelles n'est pas engagé dans les processus de protection contractuelle, notamment le mandat de protection future qui prime désormais sur la mise en œuvre d'une mesure judiciaire.

Mais, en analysant de manière plus approfondie le texte de la loi du 5 mars 2007, le constat ressort d'une « *surcharge importante de travail* »²²⁸ découlant de missions – discrètes – qui lui sont directement données mais aussi de l'esprit même de la loi principalement en ce qu'il impose que la protection soit temporaire. Outre le contrôle du certificat médical circonstancié qui lui est présenté à l'ouverture de la protection, le juge des tutelles dispose de nombreuses autres attributions légales contrairement à l'esprit du législateur. L'instauration de nouveaux procédés pèse indubitablement sur le juge et son rôle. Ce paradoxe largement mis en avant par M. Fossier²²⁹ qui insiste en outre sur la terminologie et précise justement que « *"les rôles" conviennent désormais mieux que "le rôle"* » lorsque l'on parle des juges des tutelles. Cette

²²⁶ D'après S. Brinet, « Le système français de protection des incapables majeurs dans la pratique du magistrat », *L'Information Psychiatrique*, vol 81, n°1, janv.. 2005, p 37-41 ; il y aurait en 2005 600000 majeurs sous tutelle pour un nombre de juges des tutelles évalué à 100 équivalents temps-plein. Ces chiffres sont en constante augmentation puisqu'en 2010, le nombre de mesures est proche du million, ce qui accroît nettement la charge des juges des tutelles en place.

D'autres chiffres sont avancés : dans son rapport remis au Conseil économique et social en septembre 2006, Mme Bautric évalue le nombre de majeurs protégés à 85 000 en 1975, 538 000 en 1998, 700 000 en 2005.

²²⁷ N. Baillon-Wirtz et A. Delfosse, « *La réforme du droit des majeurs protégés. Loi n°2007-308 du 5 mars 2007* », Litec, coll. Pratique notariale, p 57, n°196.

²²⁸ L. Pécaut-Rivolier et T. Verheyde, « Réforme des tutelles : les acteurs de la protection : la juridiction des tutelles dans le nouveau dispositif de protection des majeurs », *AJ Fam.*, 2007, p 208.

²²⁹ T. Fossier, « Le rôle du juge des tutelles : décidément, un juge "social" », art. préc.

prolifération de sollicitations du juge des tutelles a un corollaire logique résidant dans une extension de sa responsabilité et de celle de l'Etat duquel le magistrat dépend.

§1) Le juge des tutelles et l'influence du caractère temporaire de la mesure et de la prise en compte de la personne

Le principe de nécessité réaffirmé par le législateur à l'occasion de la réforme de 2007 est tout à fait louable en ce qui concerne le respect de l'autonomie de la personne à protéger. Cette philosophie nouvelle inculquée par le législateur a eu un impact certain sur les fonctions du juge des tutelles, impact qui s'est révélé néfaste et contraire aux aspirations initiales mises en avant lors de l'élaboration de la loi. Or, ce principe de nécessité de la protection implique que la mesure ouverte par le juge le soit, en principe, pour une durée déterminée. L'extension de la protection à la sphère extrapatrimoniale et considérant la personne dans sa globalité est la source d'obligations nouvelles pour les juges des tutelles alors que le souhait initial était d'alléger leur charge de travail. La loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs préserve donc l'autonomie des majeurs mais est source de paradoxes quant au rôle du juge des tutelles. Alors qu'il était souhaité une baisse de sa charge de travail, les dispositions nouvelles ont provoqué l'effet inverse.

A. Des missions nouvelles relatives au volet personnel de la protection

L'aspect extrapatrimonial de la protection des majeurs a longtemps été mis à l'écart, les mesures ne se cantonnant qu'à la protection du patrimoine du majeur dont les facultés ne lui permettaient plus de le faire seul. Dans la foulée des lois relatives au monde médical qui replacent le patient au centre du processus décisionnel²³⁰, le législateur a insisté sur la nécessité de protéger la personne même du majeur et de ne plus se cantonner au patrimoine comme cela était le cas dans la loi du 3 janvier 1968. Ainsi, certains actes doivent désormais

²³⁰ Sont ici principalement visées les lois du 4 mars 2002 dite « Kouchner » relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé et du 22 avril 2005 dite « Léonetti » relative aux droits des patients en fin de vie qui font du consentement du patient une condition essentielle pour la réalisation des actes de soins. Seule l'urgence, caractérisée par un péril vital imminent, permet de passer outre le consentement du patient. De plus, le refus de soins émis par le patient doit être respecté, le professionnel de santé n'est donc plus le seul décideur mais il devient codécideur avec le patient lui-même.

être précédés d'une audition de la personne par le juge, comme le mariage. En outre, le juge des tutelles est impliqué dans la protection contractuelle des majeurs – par le biais du mandat de protection future –, là où justement il devait être écarté pour privilégier la seule volonté du majeur à protéger.

1° La personne du majeur protégé et les auditions

75. Préalable nécessaire à l'ouverture de la mesure : l'audition du majeur. Le principe de nécessité tel qu'il est affirmé par le législateur en 2007 produit des effets à deux niveaux : outre la limitation temporelle de la mesure, le juge des tutelles est désormais tenu d'entendre le majeur dans la mesure du possible. Ce système d'audition de la personne à protéger est instauré pour certains actes précis, tel que le mariage, mais il prend toute son importance lors de la décision d'ouverture d'une mesure judiciaire de protection. Cette exigence nouvelle est explicitement prévue à l'alinéa premier de l'article 432 C. civ. et reprise à l'article 1220-3 C. proc. civ. Elle ne peut être contournée que par le biais d'une mention explicite dans le certificat médical circonstancié qui est présenté à l'appui de la demande d'ouverture²³¹. Par conséquent, le juge ne peut, seul, décider de passer outre l'audition de la personne à protéger et il est contraint de respecter le contradictoire, y compris lorsque le majeur ne se présente pas personnellement ou est dispensé d'audition dès lors qu'il est représenté par un avocat.

76. Application du principe du contradictoire et rôle de l'avocat. Les juges ont été amenés à se prononcer sur le cas d'un juge des tutelles qui n'avait pas laissé l'avocat du majeur à protéger s'exprimer en cas d'une dispense d'audition. Les juges de la Cour d'appel de Versailles²³² ont alors tranché dans le sens d'un non-respect du principe du contradictoire et qu'il fallait donner la parole à l'avocat du majeur quand bien même il y aurait dispense d'audition. Le majeur représenté, même médicalement inapte à être entendu par le juge lors de la procédure d'ouverture d'une mesure, conserve donc le droit d'être auditionné par le biais de son avocat. Le juge des tutelles dispose d'une marge relativement restreinte quant à l'ouverture d'une mesure de protection, il est à la fois tenu par le médecin rédacteur du

²³¹ L'alinéa second de l'article 432 C. civ. prévoit explicitement cette dérogation à l'audition du majeur : « *Le juge peut toutefois, par décision spécialement motivée et sur avis du médecin mentionné à l'article 431, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté* ».

²³² CA Versailles, 23 sept. 2010, n°2010/04044.

certificat et le majeur, ou son représentant à l'audience. Toutefois, les restrictions imposées au juge sont principalement formelles, le juge des tutelles n'étant pas lié au fond par les divers documents. La parole, ou le prolongement de la parole, du majeur en situation de handicap occupe donc une place prépondérante dans l'ouverture de la mesure de protection et le juge des tutelles aura désormais à sa charge un entretien préalable systématique avec la personne ou son avocat.

Il est donc indispensable pour le juge des tutelles d'examiner attentivement le certificat du médecin soumis avec la demande d'ouverture de la mesure en ce qu'il prévoit l'éventuelle dispense d'audition et la suppression du droit de vote. Ce dernier n'est en effet plus automatiquement retiré au majeur, le principe a même été inversé et veut désormais que le majeur continue de disposer de son droit de vote sauf volonté contraire du médecin affirmé clairement dans le certificat.

77. Garant de l'intérêt du majeur protégé. Outre l'audition du majeur à protéger, le juge des tutelles est sollicité de manière plus fréquente en ce qui concerne les actes de disposition. Cette hausse s'explique très facilement par le délaissement important des tutelles avec conseil de famille. La lourdeur de la procédure et la difficulté croissante de réunir les familles sont à l'origine de la mise à l'écart de ce système au profit de celui de l'autorisation judiciaire qui consiste à se tourner vers le juge des tutelles pour les actes les plus graves et pour ne pas laisser la décision entre les seules mains du tuteur ou du curateur. Le juge des tutelles est constamment sollicité pour se prononcer sur la réalisation d'actes de disposition et sur la question de savoir si l'intérêt du majeur protégé est privilégié et sécurisé. Le juge des tutelles se pose donc comme le garant naturel de l'intérêt de la personne handicapée mentale afin que les dérives à son encontre soient limitées.

L'intérêt du majeur va guider la prise de décision du juge des tutelles et la prise en compte de la personne du majeur commande une attention plus particulière quant au respect de ses choix, de sa volonté et donc de son intérêt. Ce rôle justifie aussi que le juge des tutelles ait la faculté, lors du prononcé de l'ouverture d'une mesure, de désigner plusieurs tuteurs ou curateurs et de diviser la charge de la protection en répartissant notamment les charges patrimoniales et personnelles. Cette hypothèse de distribution des rôles en matière de curatelle

et de tutelle est explicitement prévue dans les dispositions de l'article 447 C. civ.²³³. la prise en compte globale du majeur protégé et de sa personne impose donc un examen plus approfondi et plus attentif de la part du juge du patrimoine et des besoins de la personne à protéger dans le but de savoir s'il convient de désigner plusieurs curateurs ou tuteurs. La garantie de l'intérêt des majeurs à protéger impose une nouvelle charge de travail aux juges des tutelles.

78. Passage à un interlocuteur unique. Par conséquent, l'aspect personnel de la protection implique principalement la prise en compte des besoins de la personne dont la collecte nécessite une audition diligentée par le juge des tutelles sauf si celle-ci est dangereuse pour la santé de la personne. De plus, les juges des tutelles doivent s'assurer que les mesures prises privilégient l'intérêt de la personne à protéger. Ils sont alors amenés à être sollicités pour autoriser les actes les plus graves – à l'exception des actes nécessitant un consentement strictement personnel²³⁴ – et cette mission devient de plus en plus chronophage car les conseils de famille sont largement délaissés à l'heure actuelle. Cette diminution du recours au conseil de famille réside surtout dans le constat de l'éclatement et de l'éloignement grandissant des familles. Il est par conséquent de plus en plus délicat de parvenir à réunir l'ensemble des membres du conseil que ce soit à cause de l'éloignement géographique ou de la distension des liens familiaux.

Mais ce n'est pas la seule cause d'accroissement de la charge de travail des juges des tutelles quand bien même le souhait législatif était l'allègement. M. Fossier trouve une explication et une justification très simple à ce paradoxe en ce qu'il avance que « *la dispersion des guichets est insupportable aux personnes désorientées* »²³⁵. L'expression « guichet unique » est déjà utilisée dans plusieurs domaines, à l'image des Commissions Régionales d'Indemnisation et de Conciliation concernant principalement les accidents médicaux et les Maisons Départementales des Personnes Handicapées quant à l'orientation des personnes handicapées. Il semble donc que le juge des tutelles puisse valablement remplir cette mission de guichet unique en matière de protection des majeurs, que la protection soit judiciaire ou, de manière plus récente, "contractuelle".

²³³ L'alinéa 3 de cet article précise que « *Le juge peut diviser la mesure de protection entre un curateur ou un tuteur chargé de la protection de la personne et un curateur ou un tuteur chargé de la gestion patrimoniale. Il peut confier la gestion de certains biens à un curateur ou à un tuteur adjoint.* »

²³⁴ Cette catégorie d'actes fait l'objet d'un développement ultérieur, cf *infra*. n°372 s.

²³⁵ T. Fossier, « Le rôle du juge des tutelles : décidément, un juge "social" », art. préc.

2° Le corollaire de la protection "contractuelle"

79. *Volonté du majeur et protection.* La mise en place d'une protection "contractuelle" par le biais du mandat de protection future prioritaire sur les mesures judiciaires démontre la volonté de privilégier l'intérêt du majeur. Ce dernier devient la pierre angulaire de sa protection en ayant la possibilité de désigner celui qui assurera la gestion d'actes explicitement prévus au cas où son état ne lui permettrait plus de le faire seul. Il est fait une place importante au « *droit volontaire* » tel que M. Fossier le nomme, catégorie de droit qui doit primer toute autre type de protection en ce qu'il émane de la personne elle-même.

L'instauration d'une procédure "contractuelle" possède l'avantage de laisser une marge de manœuvre au majeur et une conservation de sa capacité pour les actes qui n'entrent pas directement dans le champ du mandat. Cependant, ce mécanisme n'est pas sans poser de problèmes et présente « *un corollaire inévitable : un besoin d'arbitrages* »²³⁶. La question de l'arbitrage en matière de contrat se pose naturellement dans le cadre de son exécution et du respect des dispositions contractuelles prévues par les parties. Toute exécution contractuelle de droit commun est contrôlée judiciairement et le mandat de protection future n'échappe pas à la règle. Il fallait alors concilier le souhait de décharger le juge des tutelles et celui de ne pas laisser le mandat sans aucun contrôle. Ce constat est notamment valable pour les mandats sous-seing privé dans lesquels le notaire n'est pas impliqué et qui échappent donc à toute sorte de contrôle de la part d'une entité extérieure et indépendante. C'est pourquoi le juge des tutelles sera nécessairement impliqué. Bien qu'ayant un champ d'application plus restreint, le mandat sous-seing privé nécessitera l'intervention du juge des tutelles en ce qui concerne les actes les plus graves et touchant de manière plus intime la personne du majeur à protéger.

80. *Sortir le juge des tutelles du contrôle.* Il nous semble que donner ce rôle d'arbitre du mandat de protection future au juge des tutelles renforce la distinction qui est faite entre le droit commun et le droit des incapacités. N'est-ce pas une sorte de marginalisation des majeurs en difficulté ? Bien que le juge des tutelles soit le plus à même de traiter des questions relatives aux actes graves touchant le majeur, il n'en demeure pas moins qu'il sera confronté dans un futur proche à d'autres contentieux. L'avenir n'est donc pas à la décharge de travail en ce qui concerne la juridiction des tutelles, peut être faudrait-il alors se pencher sur une solution alternative et pourquoi ne pas envisager de remettre le mandat entre les mains

²³⁶ T. Fossier, « Le rôle du juge des tutelles : décidément, un juge "social" », art. préc.

du juge des contrats de droit commun. Bien que le mandat de protection future présente certaines particularités qui seront présentées ultérieurement, le fonctionnement et l'exécution sont les mêmes que lors d'un mandat classique et le contentieux présentera de nombreuses similitudes. Confier le contentieux sur l'exécution même du mandat au juge du tribunal d'instance libérerait le juge des tutelles de quelques charges et se conformerait plus à l'esprit de la loi de 2007 prévoyant que le juge des tutelles soit « *légèrement en retrait par rapport à la situation issue de la loi de 1968* »²³⁷.

Se dessine alors un paradoxe par rapport à l'unicité des guichets qui avait été soulevée précédemment et qui faisait du juge des tutelles le seul relais en matière de protection. En effet, l'implication du juge d'instance dans le contentieux du mandat de protection future créerait une brèche dans cette unicité des guichets. Cependant, cette solution serait vraiment utile pour que le juge des tutelles se concentre sur d'autres missions plus ciblées sur l'individualisation des mesures.

81. Juge des tutelles et décharge de travail : une illusion. L'aspect personnel de la protection est naturellement source de nouvelles obligations à l'égard du juge des tutelles puisque des auditions sont imposées légalement et le mandat de protection future sera un nouveau terrain de contentieux sur lequel le juge des tutelles aura un nouveau rôle « d'arbitre ». La décharge souhaitée de travail du juge des tutelles ne paraît donc être qu'illusoire ; elle le devient encore plus si on s'intéresse au principe de nécessité réaffirmé en 2007 et qui oblige une adaptation temporelle des mesures ouvertes à l'encontre des majeurs dont les facultés sont altérées. L'éventuel contentieux dont sera chargé le juge des tutelles constituerait donc une vision nouvelle pour ce dernier car il « *est l'ami des familles, il recherche le consensus* »²³⁸ comme le souligne M. Fossier. La doctrine qui parlait de déjudiciarisation de la protection par le biais du mandat de protection future devra peut être revoir sa vision, le juge gardant un œil sur le fonctionnement de la protection contractuelle.

²³⁷ T. Fossier, « Le rôle du juge des tutelles : décidément, un juge "social" », art. préc.

²³⁸ T. Fossier, « Le rôle du juge des tutelles : décidément, un juge "social" », art. préc.

B. L'influence du principe de nécessité sur le rôle du juge des tutelles

Lors de la réforme de 2007, l'accent a été mis sur une prise en compte globale de la personne du majeur protégé et sur le respect de son autonomie dans la mesure du possible. Quand bien même de nouveaux types de protection sont instaurés, les mécanismes sont désormais pensés avec la finalité d'un retour à l'autonomie du majeur. C'est pourquoi le principe de nécessité impose une révision régulière de la mesure mise en œuvre, révision qui incombe au juge des tutelles et qui lui offre du travail et des responsabilités supplémentaires. Le respect de ce principe oblige le juge, lors de l'ouverture d'une mesure, à cerner la protection dans un délai limité ne pouvant excéder un an dans le cas de la sauvegarde de justice et cinq ans dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle ce qui impose un renouvellement des procédures et des examens.

1° Le réexamen du majeur et de ses facultés

82. *Exception : la mesure à durée indéterminée.* Si les mesures judiciaires de protection sont désormais enfermées dans des délais stricts, c'est que le législateur a réellement souhaité insister sur un possible retour à l'autonomie du majeur et qu'il n'a pas voulu prendre le risque de le priver définitivement de sa capacité juridique. Cette formalité de réexamen aboutissant à un nouveau certificat est obligatoire pour renouveler la mesure et la protection ; en l'absence de renouvellement, la mesure prend immédiatement fin et le majeur perd tout bénéfice protecteur.

Le juge pourrait, pour se libérer de quelques obligations, décider d'ouvrir la mesure pour une durée indéterminée ou pour une durée supérieure à celle qui est prévue dans le texte de loi. Toutefois, cette prorogation de délai ne peut être valablement décidée par le juge seul, il doit nécessairement faire appel à un médecin spécialiste qui exprimerait clairement que l'état de santé de la personne « *n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science* »²³⁹. Cette faculté permet, pour les cas les plus sérieux, d'éviter au juge des tutelles d'avoir à se prononcer de nouveau sur l'état de l'individu dont le constat médical est clair et sans appel.

²³⁹ Cette faculté est prévue spécifiquement à l'alinéa 2 de l'article 442 C. civ.

83. *Surveillance continue.* Le principe de nécessité doit guider la décision du juge lors de la révision de la mesure. Il convient de noter que la demande de renouvellement de la protection peut émaner du majeur lui-même, de son protecteur ou alors par le biais du juge des tutelles qui agit d'office. Lorsque l'on parle de suppression de la saisine d'office du juge, il ne s'agit en réalité que lors de l'ouverture de la mesure, pas du renouvellement. Il a donc, tout au long de l'exécution de la mesure, une sorte de mission de surveillance. A n'importe quel moment, il a la possibilité de modifier la mesure pour l'adapter au mieux à l'état du majeur. La procédure de révision est largement calquée sur celle de l'ouverture de la mesure, c'est-à-dire que le point de départ est un certificat médical circonstancié à partir duquel le juge décide une éventuelle audition de la personne et de son représentant.

84. *Choix offerts au juge des tutelles en matière de renouvellement.* Après instruction du dossier de renouvellement qui lui est soumis, le juge des tutelles prend ensuite une décision qui peut être de plusieurs types en fonction de l'évolution des facultés de la personne. La mesure peut naturellement être levée si elle ne s'avère plus utile pour le majeur. Cette possibilité n'est pas la plus fréquemment utilisée par le juge des tutelles qui peut aussi alléger la mesure afin de rendre une certaine autonomie à l'individu tout en continuant à le protéger dans certains actes. Le juge peut encore renouveler la mesure telle qu'elle avait été décidée, avec une nouvelle fois l'obligation de limiter la durée à cinq ans maximum. La dernière solution dont dispose le juge des tutelles est le renforcement de la mesure dans les conditions qui ont été précédemment citées²⁴⁰ et suite à une saisine d'une personne apte à établir une requête pour l'ouverture d'une mesure²⁴¹. Le juge des tutelles conserve donc la possibilité d'agir seul dans la révision de la mesure principalement dans le cas d'un allègement de la mesure ce qui reflète une nouvelle fois son rôle de garant de l'intérêt du majeur. Ce rôle primordial paraît incompatible avec la volonté de décharger les juges des tutelles puisque l'intérêt du majeur protégé est une préoccupation de tous les instants et croissante. C'est sur la base du respect de cet intérêt que doivent être appliquées la contractualisation de la protection et la nécessité de la mesure qui exige une limitation dans le temps de la protection.

²⁴⁰ Concernant le renforcement de la mesure de protection et les conditions à remplir, cf. *supra*. n°82.

²⁴¹ Cette liste de personnes est prévue à l'article 430 C. civ. : « *La demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique* ».

L'allègement de la mesure tel qu'il est prévu dans le texte de loi concerne naturellement les mesures judiciaires mais aussi les mesures sociales d'accompagnement dont la finalité est le rétablissement de la gestion des prestations sociales de l'individu et son retour à une autonomie financière. La principale différence entre les mesures civiles de protection et les mesures sociales réside dans leur finalité et dans l'étendue de leur objectif. Les mesures civiles visent un retour vers une autonomie plus globale que les mesures sociales qui sont centrées sur l'aspect financier. Ce n'est donc plus vraiment une constatation médicale qui conduit à l'ouverture des mesures sociales mais une défaillance dans la gestion budgétaire suffisamment importante pour être dangereuse pour la santé de la personne. Elles sont donc beaucoup moins attentatoires à l'autonomie et à l'indépendance de la personne en ce qu'elles ne concernent que les prestations sociales et aboutissent ainsi plus souvent au rétablissement de l'autonomie du majeur.

2° L'éventuel retour à des mesures sociales

85. Limiter les restrictions des droits. L'allègement de la mesure décidée par le juge des tutelles lors de la révision périodique de la protection et médicalement préconisée peut consister en l'ouverture d'une mesure sociale d'accompagnement. Ces mesures peuvent être de deux types dont la moins contraignante est contractuelle, la mesure d'accompagnement social personnalisé. Leur but premier est de redonner au majeur une autonomie dans la gestion de son budget avec différents moyens mis en œuvre qui seront développés ultérieurement²⁴². La mise en place de ces mesures moins restrictives de droits que les mesures judiciaires implique une collaboration nouvelle du juge des tutelles avec d'autres acteurs. Sur ce plan, la mission du juge des tutelles se rapproche de celle du juge des enfants. En analysant les collaborateurs lors des mesures sociales mises en place, on s'aperçoit de nombreux points communs à tel point que M. Fossier précise que le rapprochement « *n'a pas fini de frapper l'esprit* »²⁴³. Toutefois, le rôle du juge des tutelles ne demeure que subsidiaire. Le juge n'est sollicité qu'en cas d'échec du procédé contractuel ce qui peut laisser craindre une nouvelle judiciarisation dont il convient d'éviter le systématique recours.

²⁴² Cf. *infra*, n^{os}502 s., notamment n^{os}504 et 506.

²⁴³ T. Fossier, « Le rôle du juge des tutelles : décidément, un juge "social" », art. préc.

86. *Accompagnement et rencontre d'acteurs nouveaux.* Bien que ne relevant pas directement de l'office du juge des tutelles, les mesures d'accompagnement social personnalisé et d'accompagnement judiciaire impliquent la mise en place de liens plus étroits avec des institutions administratives, notamment le Conseil général²⁴⁴ – par le biais de son président – et le préfet de département relativement à l'agrément des mandataires judiciaires à la protection des majeurs comme le précise l'article L472-1 CASF.

La mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) est celle qui implique le plus la juridiction des tutelles puisqu'elle constitue le dernier maillon de la procédure. Il revient au juge des tutelles, saisi par le procureur – lui-même destinataire d'un rapport circonstancié du président du Conseil général –, de prononcer l'ouverture d'une telle mesure en ciblant les prestations sociales visées. Le juge ne peut mettre en place une telle procédure d'accompagnement qu'après avoir entendu la personne, formalité qui s'impose au juge et qui ne va pas dans le sens d'un allègement de sa masse de travail. Cette mesure, conformément au principe de nécessité, ne peut être prononcée pour une durée supérieure à deux ans ce qui oblige le juge des tutelles à se prononcer de nouveau à la fin de cette période. L'ouverture d'une telle mesure suppose la collaboration étroite entre différents acteurs – le président du Conseil général, le procureur et enfin le juge des tutelles – mais son exécution résulte d'un personnage nouveau dans le champ du droit des incapacités.

La MAJ est exercée par un mandataire à la protection des majeurs (MJPM) ayant suivi une formation spécifique et obtenu un « certificat national de compétence pour l'exercice des fonctions de mandataire judiciaire ». L'agrément final est délivré par le préfet du département sur avis du procureur de la République. Il revient finalement au préfet de tenir à jour une liste répertoriant l'ensemble des professionnels disposant de ce certificat et donc susceptibles de gérer les ressources d'un majeur en difficulté. La mission du juge des tutelles relève de la surveillance et du contrôle des actions effectuées par ces mandataires à l'image de ce qui existe pour les tuteurs et les curateurs²⁴⁵. Il y a donc de nouveau contradiction avec le souhait de délester les juges des tutelles.

²⁴⁴ Le conseil général a toutefois la possibilité de « *déléguer, par convention, la mise en oeuvre de la mesure d'accompagnement social personnalisé à une autre collectivité territoriale, à un établissement public de coopération intercommunale ou à un centre communal ou intercommunal d'action sociale, une association ou un organisme à but non lucratif ou un organisme débiteur de prestations sociales* » aux termes de l'article L271-3 CASF.

²⁴⁵ Le contrôle concerne plus particulièrement le compte annuel de gestion et la déclaration semestrielle récapitulant le nombre de mesures effectuées par le mandataire et leur nature.

87. *Protection sociale et influence sur le juge des tutelles.* Par la réforme de la protection des majeurs de 2007, le juge des tutelles sort du seul champ judiciaire pour jouer un rôle dans le champ social, quand bien même les mesures contractuelles y sont prioritaires. Le champ social n'est pas à sous-estimer dans le quotidien du juge des tutelles, M. Fossier estimant qu'il « *prend place au centre de ses futures préoccupations* »²⁴⁶. Cette position se justifie aisément par la prise en compte croissante de la personne même du majeur dans la protection et la volonté de lui rendre dès que possible son autonomie et sa liberté. En outre, le volet social de la protection est fondé en majorité sur la contractualisation ce qui permet à l'individu de se prononcer sur ses besoins et de prendre part à sa propre protection.

Ces nouveautés viennent donc s'ajouter aux missions précédentes, c'est pourquoi le Professeur Malaurie insiste sur le fait qu'il revient au juge des tutelles « *une quadruple mission : juridictionnelle, administrative, de gestion et quasi-familiale* »²⁴⁷. En diversifiant les mesures des juges des tutelles et en le faisant intervenir dans l'ensemble de la protection des majeurs, le législateur a corrélativement étendu sa responsabilité. Or, ce choix ne constitue pas une surprise

§2) Une responsabilité accrue

La responsabilité en matière de protection des majeurs fait l'objet d'un constat simple mis avant à juste titre par Mme Pécaut-Rivolier et M. Verheyde : « *les hypothèses de mise en jeu de la responsabilité des organes de la protection se sont multipliées ces dernières années* »²⁴⁸ et des affaires récentes démontrent que ce phénomène demeure²⁴⁹ ; la responsabilité de l'Etat est alors souvent mise en cause. Certains auteurs, à l'image de M. Hauser, ont un avis encore plus tranché sur la question, reflétant la réalité et la délicate situation dans laquelle se trouvent les acteurs de la protection, notamment les juges des tutelles, lorsqu'il affirme que « *décidément il est bien difficile de protéger les personnes vulnérables, soit l'autorité* »

²⁴⁶ T. Fossier, « Le rôle du juge des tutelles : décidément, un juge "social" », art. préc.

²⁴⁷ P. Malaurie, « Les personnes : la protection des mineurs et des majeurs », éd. *Defrénois*, coll. Droit civil, 6^{ème} éd., 2012, n°531, p 251.

²⁴⁸ L. Pécaut-Rivolier et T. Verheyde, « Réforme des tutelles : les acteurs de la protection : la juridiction des tutelles dans le nouveau dispositif de protection des majeurs. », *AJ Fam.* 2007, p 208.

²⁴⁹ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 27 févr. 2013, n°11-17025

compétente ne fait rien et on lui reproche, soit elle fait quelque chose et on le lui reproche aussi »²⁵⁰.

Cet état de fait date de 2007 mais la tendance ne va pas en s'améliorant au vu de nos développements sur le juge des tutelles et l'évolution de ses missions. Cette position concerne l'ensemble des organes de protection, mais tout particulièrement les juges des tutelles qui représentent l'Etat dans la sphère des majeurs protégés. L'office de ce magistrat a fait l'objet de nombreuses extensions au niveau des missions ce qui entraîne un risque plus grand dans l'engagement de son éventuelle responsabilité quand bien même elle ne peut être recherchée directement²⁵¹. La jurisprudence et les évolutions législatives récentes ne sont pas réellement favorables au juge des tutelles et à un exercice serein de l'ensemble de ses missions, à tel point « *que la mission de surveillance d'une mesure de tutelle n'est pas un long fleuve tranquille* »²⁵². Le faible nombre de juges des tutelles avait été cité pour justifier la réforme de la protection des majeurs en 2007 afin d'adapter leur charge de travail aux demandes croissantes de mise en œuvre de mesures protectrices. Cependant, ils sont de plus en plus fréquemment sollicités et donc susceptibles d'être mis en cause s'ils ne respectent pas les obligations qui sont mises à leur charge. Même si « *la responsabilité des organes de protection, spécialement du juge et du tuteur, est une réalité effective depuis 1964* »²⁵³, elle prend actuellement une importance particulière et il semble que l'avenir réserve un renforcement de cette tendance.

A. Une responsabilité indirecte

L'alinéa premier de l'article 422 C. civ. est très explicite sur ce point de vue et prévoit que l'action en responsabilité doit être dirigée contre l'Etat « *lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise dans l'organisation et le fonctionnement de la mesure de protection par le juge des tutelles, le greffier en chef du tribunal d'instance ou le greffier* ». Il est

²⁵⁰ J. Hauser, « Signalement au juge des tutelles et responsabilité des services : quelle compétence ? », *RTD Civ.* 2012, p 92.

²⁵¹ La seule action directe dont disposent les personnes est ciblée contre le mandataire judiciaire à la protection des majeurs comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article 422 C. civ. : « *Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise par le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, l'action en responsabilité peut être dirigée contre celui-ci ou contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire* ».

²⁵² F. Arbellot, « Responsabilité de l'Etat pour manquement du juge des tutelles à ses obligations d'organisation, de fonctionnement et de surveillance de la mesure de protection du mineur », note sous CA Paris, 1^{ère} ch. B, 23 nov. 2007, *JCP N* n°13, 28 mars 2008, 1158.

²⁵³ T. Fossier, sous la dir., « Curatelle. Tutelle. Accompagnements », *Litec professionnel*, 2009, n°28.

indispensable de démontrer que la faute est commise dans le fonctionnement de la tutelle pour que l'Etat voie engagée sa « *responsabilité à finalité préventive* »²⁵⁴. Ainsi, l'organe de protection ne semble pas pouvoir être directement incriminé sauf en ce qui concerne le curateur ou le mandataire judiciaire à la protection des majeurs²⁵⁵. En tant que représentant de l'Etat dans la protection des majeurs, le juge des tutelles voit la responsabilité de l'Etat se substituer à la sienne. Toutefois, il demeure sous la menace d'une éventuelle action récursoire.

1° Les conditions nécessaires à l'engagement de la responsabilité de l'Etat

88. Généralités quant aux conditions. La responsabilité de l'Etat se substitue à celle du juge des tutelles lorsque trois conditions sont réunies : il faut tout d'abord une faute de la part du juge des tutelles, un dommage occasionné par cette faute et enfin que cette faute ait été commise dans le fonctionnement de la tutelle comme cela a été rappelé par M. Massip²⁵⁶. Parmi les conditions exigées et précédemment citées, deux soulèvent des interrogations susceptibles d'être gênantes dans l'application des règles de responsabilité : il s'agit de la nature de la faute et de la délimitation de la notion de fonctionnement.

89. Contradiction quant à la nature de la faute engageant la responsabilité de l'Etat. Le texte de l'article 422 C. civ. ne différencie pas selon la nature de la faute : qu'elle soit simple, grave ou lourde ne semble donc pas constituer un critère qui fasse que l'Etat puisse se décharger de la responsabilité qui pèse sur lui du fait de l'exercice de son activité par le juge des tutelles. Toutefois, les dispositions du Code de l'organisation judiciaire sont plus restrictives à cet égard et visent de façon claire la faute lourde afin que l'Etat soit responsable « *du dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice* »²⁵⁷. La notion de faute lourde apparaît clairement au second alinéa de cet article aux côtés du déni de justice comme seules et uniques causes de substitution de la responsabilité étatique à celle du juge.

Cette contradiction s'avère fâcheuse et source d'insécurité en ce qu'elle impose au juge saisi de se prononcer au cas par cas quant à savoir si la faute peut, ou non, être suffisamment

²⁵⁴ J-D. Sarcelet, « La responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement de la tutelle : vers une responsabilité "à finalité préventive" ? », avis sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 févr. 2013, n°11-17025, *Gaz. Pal.*, 11 avril 2013, n°101, p 5.

²⁵⁵ Ces deux cas sont respectivement prévus à l'article 421 C. civ. *in fine* (en cas de dol ou de faute lourde et hors curatelle renforcée) et à l'alinéa second de l'article 422 C. civ.

²⁵⁶ J. Massip, « Les incapacités, étude théorique et pratique », *Defrénois*, 2002, n°363.

²⁵⁷ Ces dispositions se trouvent à l'article L141-1 COJ.

importante pour engager la responsabilité étatique. L'inconvénient de la faute lourde serait que la responsabilité de l'Etat ne pourrait être reconnue que de manière restrictive et peu fréquente, les juges des tutelles se trouvant alors en première ligne et sa responsabilité engagée très fréquemment. La notion de faute lourde ne semble pas utilisée et les juges cherchent surtout si la faute – quelconque – a été commise dans le fonctionnement de la tutelle²⁵⁸.

90. Application extensive du « fonctionnement » de la mesure de protection. Antérieurement à la réforme du 5 mars 2007, les textes visaient exclusivement le fonctionnement de la tutelle et concernaient la minorité²⁵⁹. Mais l'article 422 C. civ. issu de la loi nouvelle parle de manière plus globale de « mesure de protection ». La question centrale est de savoir ce que sont les actes qui entrent dans le champ du fonctionnement de la mesure puisque durant de longues années la distinction était faite entre le fonctionnement et l'organisation de la mesure de protection. Ce découpage, simple sur le papier, s'est en réalité avéré délicat car, comme le précise M. Plazy, « *l'organisation de la mesure de protection retentit inévitablement sur son fonctionnement* »²⁶⁰. Les textes anciens prévoient la responsabilité de l'Etat seulement pour les actes relevant du fonctionnement de la mesure et excluaient donc ce qui touchait à l'organisation. Cette différenciation a été mise en place suite à un arrêt du tribunal des conflits de 1952 « Préfet de la Guyane », la finalité n'étant pas de définir le champ de la responsabilité de l'Etat mais plutôt la répartition des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Le fonctionnement des services est donc soumis au contrôle du juge judiciaire alors que l'organisation relève du juge administratif²⁶¹.

²⁵⁸ Sur la notion de faute de la part du juge des tutelles, voir par exemple : I. Maria, « Précisions sur la responsabilité des organes de protection », note sous CA Paris, ch. 5, 30 juin 2009 et sous CA Caen, 1^{ère} ch. civ., 10 févr. 2009, *Dr. Fam.*, n°1, 1^{er} janv. 2010, p 27 ; S. Guinchard, « Les responsabilités encourues pour dysfonctionnement du service public de la justice civile », *LPA*, n°139, 12 juill. 2007, p 12 ; J. Massip, « Responsabilité de l'Etat en cas de mauvais fonctionnement du service des tutelles », *LPA*, n°74, 22 juin 1994, p 27 ; en ce que le juge des tutelles et le juge des enfants ont des points communs voir aussi T. Fossier, « La responsabilité civile dans la protection de l'enfance : le cas du juge des enfants », *Gaz. Pal.* n°37, 6 févr. 2002, p 7.

²⁵⁹ L'alinéa 2 de l'article 473 anc. C. civ. énonçait en effet : « *L'Etat est seul responsable à l'égard du pupille, sauf son recours s'il y a lieu, du dommage résultant d'une faute quelconque qui aurait été commise dans le fonctionnement de la tutelle, soit par le juge des tutelles ou son greffier, soit par le greffier en chef du tribunal d'instance, soit par l'administrateur public chargé d'une tutelle vacante en vertu de l'article 433* ».

²⁶⁰ J.-M. Plazy, « L'indemnisation de l'incapable par l'Etat », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 juil. 2006, *JCP N*, n°1, 5 janv. 2007, 1003.

²⁶¹ La question a de nouveau été posée au Tribunal des conflits sur le point de savoir si le signalement des services départementaux au juge des tutelles relevait ou non de la compétence judiciaire ou administrative, chacun ayant décliné le litige. Dans son jugement du 6 juin 2011, n°3795, *Brugia c/ Essonne*, le tribunal des conflits a confié la charge de ces signalements aux juges judiciaires. Voir en ce sens le commentaire de J.

91. « *Cette summa divisio est ici hors sujet* »²⁶², pourtant les juges se sont très souvent basés sur cette analyse pour engager la responsabilité de l'Etat et pour délimiter le champ de cette responsabilité. L'arrêt de la Cour de cassation du 4 juillet 2006 illustre tout à fait cette position et étend l'application de la notion de fonctionnement en ce sens que les juges suprêmes affirment que « *la faute dans le fonctionnement de la tutelle doit être également appréciée au regard de l'adéquation des contrôles exercés en fonction de la mesure choisie pour la protection de l'incapable* »²⁶³. En l'espèce la question se posait de la forme à choisir pour la tutelle : il avait été mis en place par le juge des tutelles une mesure de tutelle simplifiée alors que le patrimoine aurait sans doute nécessité une tutelle avec conseil de famille. C'est pourquoi les juges ont estimé que la forme de la mesure ne relevait pas de l'organisation de la tutelle et que la responsabilité de l'Etat pouvait donc être engagée, contrairement « *au type de régime choisi ou au protecteur appelé* »²⁶⁴.

Cet exemple prouve que la frontière est de nouveau déplacée et que le flou entre le fonctionnement et l'organisation est nuisible, un commentateur parlant même de « *faute rattachée au fonctionnement* »²⁶⁵ et non plus de faute dans le fonctionnement. Ce constat est à l'origine de la rédaction nouvelle de l'article 422 C. civ. qui vise les fautes commises dans l'organisation et le fonctionnement des mesures de protection, ce qui élargit le domaine de la responsabilité de l'Etat. Indirectement la responsabilité des juges des tutelles est accrue puisque l'Etat dispose à leur égard d'une action récursoire.

2° L'action récursoire de l'Etat

92. *Conditions de mise en œuvre.* L'action récursoire offre à l'Etat la possibilité d'engager une action en responsabilité à l'encontre du juge fautif et pour lequel l'Etat a du indemniser un usager suite à une faute du juge lui ayant occasionné un dommage. Les justiciables ne disposent d'aucune action directe contre le juge des tutelles, leur action doit nécessairement être dirigée contre l'Etat considéré comme « *garant de l'activité des*

Hauser, « Signalement au juge des tutelles et responsabilité des services : quelle compétence ? », *RTD Civ.* 2012, p 92.

²⁶² T. Fossier, « Responsabilité de l'Etat pour le choix inadéquat d'une mesure de protection d'un incapable majeur », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, n°04-20269, *JCP G* n°28, 12 juill. 2006, II 10118.

²⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, n°04-20269.

²⁶⁴ J-M. Plazy, « L'indemnisation de l'incapable par l'Etat », art. préc.

²⁶⁵ J-M. Plazy, « L'indemnisation de l'incapable par l'Etat », art. préc.

juges »²⁶⁶. Il n'en demeure pas moins que les juges ne sont pas exempts de toute responsabilité en ce qui concerne leur activité professionnelle. Par le biais de leur statut, ils sont soumis à une ordonnance du 22 décembre 1958²⁶⁷ dont l'article 11-1²⁶⁸ concerne spécifiquement leur responsabilité. Il y est précisé que « *les magistrats de l'ordre judiciaire ne sont responsables que de leur faute personnelle* », principe repris à l'article 471-2 COJ.

L'action récursoire de l'Etat ne peut donc être mise en mouvement que si le juge des tutelles a commis une faute personnelle. Toutefois persiste le problème de l'absence de définition de ce type de faute, on sait qu'elle s'oppose à la faute de service mais aucune définition précise n'existe. Ce vide malencontreux rend la qualification de la faute difficile. Il explique aussi peut être pourquoi à l'heure actuelle nous n'avons connaissance d'aucune action récursoire diligentée par l'Etat à l'encontre d'un juge des tutelles. Cette absence de jurisprudence démontre le très faible risque, pour le juge des tutelles, d'assumer personnellement ses fautes dans la gestion tutélaire.

93. Critères de la faute personnelle. Il ressort toutefois de la doctrine et de la jurisprudence certains critères, principalement deux, qui caractérisent une faute personnelle. L'alinéa 2 de l'article 11-1 précédemment cité apporte à cet égard une précision en ce qu'il vise explicitement la « *faute personnelle se rattachant au service public* ». Sont donc exclues du champ de l'action récursoire les fautes personnelles relevant de la sphère privée. Le lien entre la faute et le service public constitue donc le premier élément à mettre en évidence par l'Etat lorsqu'il souhaite exercer son action récursoire.

Le second aspect de la faute personnelle est son caractère intentionnel, le juge doit avoir l'intention de nuire ; dans le cas contraire, le caractère personnel de la faute n'est pas reconnu et l'Etat demeure responsable sur la base du fonctionnement défectueux du service de la justice fondé sur une faute lourde. L'intention de nuire peut se caractériser dans le fait de placer de manière non justifiée des personnes sous protection : par exemple un juge des tutelles souhaitant limiter les pouvoirs d'action de sa belle-mère, avec laquelle l'entente n'est pas cordiale, et ouvrant ainsi à son encontre une mesure insuffisamment justifiée.

²⁶⁶ S. Guinchard, « Les responsabilités encourues pour dysfonctionnement du service public de la justice civile », *LPA*, 12 juillet 2007, n°139, p 12.

²⁶⁷ Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

²⁶⁸ Article ajouté par la loi n°79-43 du 18 janvier 1979 organique modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

94. Impact financier. En outre, le juge des tutelles ne dispose pas d'assurance responsabilité civile obligatoire, notamment « *en raison du coût que cela représenterait pour la collectivité publique* »²⁶⁹. L'aspect financier est en effet essentiel en ce qui concerne les juges puisqu'ils relèvent de l'Etat et ne sont pas indépendants comme peuvent l'être les avocats ou les notaires par exemple. Ce sont donc les juges qui supporteraient la charge complète de l'indemnisation éventuelle et ne pourraient se reposer sur leur assureur. Dans l'hypothèse d'une assurance de responsabilité civile, l'Etat serait peut être plus enclin à l'idée d'user de son action récursoire.

B. Tout au long de la mesure de protection

Le juge des tutelles a vu ses missions se diversifier et il est impliqué de manière plus fréquente dans les procédures de protection des majeurs. Or, chacun de ses actes est susceptible de faire l'objet d'une action en responsabilité si les conditions sont réunies. Les sollicitations régulières tout au long de la procédure et du fonctionnement de la mesure en font un acteur exposé à tout moment quand bien même l'Etat se substitue à lui quant à la responsabilité vis-à-vis de la victime. L'étude se fondera notamment sur la jurisprudence en la matière qui permet de distinguer deux moments importants relativement au choix de la mesure et à des événements ponctuels sources de risques, à savoir les autorisations du juge des tutelles, la transmission de dossier et l'obligation générale de surveillance.

1° Le choix de la mesure de protection

95. Vérifier la véritable consistance du patrimoine et adapter la mesure. Le choix de la mesure à mettre en œuvre à l'égard d'un majeur est essentiel en ce qu'il doit respecter les besoins de la personne et être adapté aux possibilités de cette dernière. Quand bien même la responsabilité du juge des tutelles ne peut être engagée du fait du choix de la mesure à proprement parler²⁷⁰, il n'en demeure pas moins qu'il doit l'adapter au mieux aux besoins de la personne et surtout à son patrimoine. Sur ce fondement, la responsabilité de l'Etat peut

²⁶⁹ F. Arbellot, « Responsabilité de l'Etat pour manquement du juge des tutelles à ses obligations d'organisation, de fonctionnement et de surveillance de la mesure de protection du mineur », art. préc.

²⁷⁰ Voir en ce sens le commentaire de J-M. Plazy relativement à l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, « L'indemnisation de l'incapable par l'Etat », *JCP N* n°1, 5 janv. 2007, 1003.

valablement être engagée lorsque le juge des tutelles avait prononcé l'ouverture d'une mesure de tutelle simplifiée alors que l'importance du patrimoine de la personne aurait commandé la mise en place d'une tutelle avec conseil de famille. C'est ce que les juges appellent « *l'adéquation des contrôles exercés en fonction de la mesure choisie pour la protection de l'incapable* »²⁷¹. En l'espèce ce n'est donc pas la mesure de la protection qui est directement critiquée par les juges de la Cour de cassation mais plutôt la forme de la tutelle qui a été choisie par le juge des tutelles. Le juge des tutelles est donc sanctionné pour son manque d'égard et de vérification quant à la véritable teneur du patrimoine du majeur protégé qui fait partie de ses obligations. Il transparait à travers cette obligation faite au juge des tutelles la volonté de faire régner au mieux le principe de nécessité dans la protection des majeurs. La contrepartie est qu'elle impose au juge des tutelles un examen approfondi des dossiers qui lui sont soumis afin d'adapter au mieux la mesure instaurée pour protéger la personne et son patrimoine.

96. Demandes abusives. En revanche le choix de la mesure de protection ouverte ne peut être remis en cause et faire l'objet d'une action en responsabilité contre l'Etat recevable, encore moins lorsque le reproche quant à la mesure permet « *de se dédouaner de ses propres fautes* »²⁷² comme l'affirme l'adage *nemo auditur turpitudinem allegans*. Les faits de l'espèce prouvaient que le curateur effectuait volontairement des actes malhonnêtes, notamment lorsqu'il a perçu le prix de vente d'un immeuble appartenant au majeur protégé et qu'il en a fait une utilisation personnelle. Le curateur avançait alors l'argument selon lequel il n'aurait pu effectuer de tels actes si le juge des tutelles avait ouvert une mesure de tutelle et pas une curatelle, les contraintes supplémentaires imposées par la tutelle n'auraient pas permis au protecteur de réaliser les actes en cause. Il souhaite alors caractériser la « faute grave » du juge afin de justifier son comportement, « *fort heureusement sa demande ne prospère pas* »²⁷³. Les juges de la Cour d'appel de Caen²⁷⁴ appliquent de manière stricte la loi puisque la vente d'un immeuble nécessite l'autorisation du juge des tutelles que ce soit en curatelle ou en tutelle. Le juge des tutelles était aussi montré du doigt en ce qu'il n'aurait pas rempli sa mission de contrôle du compte-rendu du curateur, laissant s'écouler un délai anormalement long et ouvrant ainsi la voie à des dérives. Cependant, ce retard « *ne constitue pas une faute*

²⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, n°04-20269.

²⁷² I. Maria, « Précisions sur la responsabilité des organes de protection », *Dr. Fam.*, n°1, janv.. 2010, comm. 9.

²⁷³ I. Maria, « Précisions sur la responsabilité des organes de protection », art. préc.

²⁷⁴ CA Caen, 1^{ère} ch. civ., 10 fév. 2009, n°08-00136.

lourde engageant la responsabilité de l'Etat dès lors que la réaction a existé »²⁷⁵. Le retard dans la réalisation de sa mission n'est pas un critère suffisant pour poursuivre le juge des tutelles et donc l'Etat.

97. *Autres causes de faute du juge des tutelles.* La plupart des actes susceptibles de déclencher une action en responsabilité contre l'Etat du fait d'une faute du juge des tutelles se rencontrent au cours de la mesure de protection. Les nombreuses sollicitations dont fait l'objet le juge des tutelles le font parfois sortir du champ juridique qui lui est reconnu, souvent par mégarde ou manque de temps pour étudier assez attentivement les dossiers qu'ils ont à traiter.

2° Les événements marquants durant la mesure

98. *Obligations relatives au conseil de famille.* Une fois la protection ouverte, le juge des tutelles est amené à donner des autorisations au protecteur afin que ce dernier puisse valablement conclure les actes les plus graves. Or, ces autorisations peuvent nécessiter un délai relativement long avant d'être données. Bien que cette attente soit préjudiciable à la personne protégée, elle n'est pas forcément l'élément déclencheur d'une action en responsabilité dès lors que c'est l'intérêt de l'individu qui est privilégié et nécessite une recherche plus attentive et soignée. C'est en tout cas ce qu'ont décidé les juges de la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 23 novembre 2007²⁷⁶. M. Arbellot, qui a commenté cet arrêt, a relevé que « *le retard d'une année dans la délivrance de l'autorisation du placement financier n'était pas imputable à un manque de diligence du juge, mais plutôt à la diversité des propositions bancaires soumises à son autorisation préalable, dont l'examen individuel a permis de réaliser un choix conforme à l'intérêt du mineur* »²⁷⁷. L'intérêt de la personne protégée peut donc justifier que l'autorisation soit obtenue tardivement, reflétant ainsi une véritable implication du juge des tutelles dans la démarche.

Lorsqu'est ordonnée une tutelle avec conseil de famille, le juge des tutelles en est le président ce qui l'oblige à une étude attentive des cas qui lui sont soumis et parfois à rechercher des documents justificatifs. La jurisprudence a déjà eu à se prononcer sur cet aspect du rôle du juge des tutelles notamment lorsqu'il doit gérer une succession. La Cour de

²⁷⁵ I. Maria, « Précisions sur la responsabilité des organes de protection », art. préc.

²⁷⁶ CA Paris, 1^{ère} ch. B, 23 nov. 2007, jurisdata n°2007-347701.

²⁷⁷ F. Arbellot, « Responsabilité de l'Etat pour manquement du juge des tutelles à ses obligations d'organisation, de fonctionnement et de surveillance de la mesure de protection du mineur », art. préc.

cassation a eu l'occasion de se prononcer sur le rôle du juge des tutelles dans cette situation, en ce qui concerne plus particulièrement une succession échue à un mineur. Les textes en vigueur à l'époque des faits imposaient au conseil de famille de vérifier que le passif ne dépassait l'actif, condition indispensable afin que l'autorisation soit délivrée au tuteur d'accepter la succession²⁷⁸. Le juge des tutelles doit, dans ce cas, apporter l'ensemble des documents permettant au conseil de famille de statuer de manière éclairée sous peine de voir sa responsabilité engagée comme cela a été le cas dans un arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1979²⁷⁹. En l'espèce, le juge des tutelles s'était abstenu d'une telle vérification ce qui avait conduit le conseil de famille à autoriser une succession qui en réalité était déficitaire.

99. Convocation du conseil de famille pour les actes lourds. En outre, dès lors que le conseil de famille existe, le juge des tutelles est tenu de le convoquer pour tous les actes nécessitant une autorisation auquel cas il s'expose à une procédure judiciaire. C'est par exemple le cas lorsqu'un capital important est en jeu. Le placement d'une grosse somme appartenant au majeur protégé nécessite, selon les juges de la Cour d'appel de Paris²⁸⁰, une décision du conseil de famille et pas seulement l'aval de son président le juge des tutelles. Ce manquement est source d'une procédure en responsabilité à l'encontre de l'Etat tout à fait justifiée puisque selon un commentateur de cet arrêt, « *il est inacceptable que des sommes élevées puissent être retirées sans justification des décisions du conseil, et sur une seule signature* »²⁸¹. Le juge des tutelles ne peut seul consentir à un acte qui nécessite en principe une autorisation du conseil de famille quand bien même il en serait président. Il s'agit d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat en ce qu'elle touche au fonctionnement de la mesure de protection.

100. Obligation générale de surveillance pesant sur le juge des tutelles. Une des principales missions qui incombe au juge des tutelles réside dans la surveillance de la bonne exécution de la mesure de protection. Or, cette obligation est souvent source de difficultés pour le juge car elle concerne sa propre activité mais aussi celle des personnes qu'il aurait désigné pour exercer des missions particulières. Tel est par exemple le cas des administrateurs

²⁷⁸ Il s'agissait de l'article 461 C. civ. en vigueur à l'époque.

²⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 1979, n°77-12023.

²⁸⁰ CA Paris, 1^{ère} ch. B, 21 janv. 1994, reproduit au D. 1994, p 530 et commenté par E.S de la Marnierre, « Responsabilité de l'Etat du dommage résultant du mauvais fonctionnement de la tutelle », D. 1994, p 530.

²⁸¹ E.S de la Marnierre, « Responsabilité de l'Etat du dommage résultant du mauvais fonctionnement de la tutelle », D. 1994, p 530.

ad hoc qui peuvent être nommés par le juge qui doit surveiller la bonne exécution de leur action. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 novembre 2007 précédemment cité rappelle ce principe tout en ne retenant pas le défaut de surveillance dans l'affaire parce que leur gestion ne démontre aucune faute flagrante et a été guidée dans le but de sauvegarder l'intérêt de l'individu.

Bien que le juge des tutelles se soit vu confier des missions nouvelles tandis qu'on souhaitait le décharger et qu'il soit donc fréquemment sollicité, il n'est pas déclaré responsable de tous les maux relatifs au fonctionnement des mesures de protection. Certes son champ de responsabilité est élargi mais sa responsabilité n'est qu'indirecte et elle nécessite, pour être mise en œuvre, des conditions précises. La déjudiciarisation de la protection qui semble exister n'est finalement qu'une apparence. Or, les apparences sont trompeuses et le cas du juge des tutelles ne fait pas exception parce qu'il est sollicité de manière croissante et joue même un rôle dans la protection "contractuelle" qui, par essence, écarte l'intervention judiciaire. Le juge des tutelles occupe une place centrale, en particulier pour satisfaire à la nécessité des mesures qui prône pour des mesures limitées dans le temps et donc un réexamen périodique des majeurs protégés. Ce principe est forcément bénéfique pour les majeurs protégés en ce qu'il leur permet d'éviter une protection définitive et leur fait envisager un retour vers une autonomie plus ou moins large en fonction de l'évolution de leurs facultés. Mais il n'en demeure pas moins qu'il vient apporter un nouveau poids sur les épaules du juge des tutelles quant à ses missions et corrélativement quant à sa responsabilité.

Conclusion du chapitre 1

101. *Prise en compte de la personne et restriction justifiée d'autonomie.* La réforme de la protection des majeurs du 5 mars 2007 démontre une approche nouvelle dans la façon d'imaginer les mesures et leur mise en œuvre. La législation précédente, celle du 3 janvier 1968, était centrée principalement sur le patrimoine du majeur ; désormais, la vision est nettement plus globale, la personne protégée étant considérée comme la somme d'un patrimoine et d'une personnalité. La prise en compte de la personne dans sa globalité découle de la dignité qui lui est reconnue et justifiant que l'intérêt du majeur protégé doit servir de fondement à toute décision le concernant. Ainsi, le majeur est directement impliqué dans les décisions qui lui sont les plus intimes et par le biais d'auditions pour les autres.

Cette vision nouvelle de la personne protégée justifie, encore plus qu'auparavant, que son autonomie ne puisse être restreinte qu'à bon escient et dans la limite du besoin de l'individu. Le principe de nécessité, véritablement consacré en 2007, va donner au juge des tutelles un rôle de garant de l'intérêt du majeur et va, par le biais de différents mécanismes, favoriser son retour à l'autonomie ou à une protection plus adaptée à ses besoins. Conscient de la lourdeur de la charge de travail des juges des tutelles, le législateur a souhaité le délester de certaines tâches, notamment en supprimant la possibilité qu'ils avaient de se saisir d'office, sachant que cette faculté représentait environ la moitié des mesures ouvertes. La procédure est donc recentrée sur la saisine par requête obligatoirement accompagnée d'un certificat médical circonstancié : autant de formalités qui assurent que la mesure envisagée est adaptée à l'état des facultés de la personne.

102. *Véritable soulagement du juge des tutelles ?* La volonté du législateur de décharger le juge des tutelles est louable : ce dernier disposerait de plus de temps pour traiter attentivement de ses nombreux dossiers et l'intérêt du majeur sera mieux préservé. C'est dans cet optique qu'a été instituée une protection "contractuelle" par le biais du mandat de protection future qui est organisé par le majeur lui-même avant que ses facultés ne soient trop altérées. Toutefois, il eut été judicieux de déplacer le contentieux relatif à ce mandat devant le juge du tribunal d'instance et de ne pas le laisser à la charge du juge des tutelles. Celui-ci voit finalement ses missions se multiplier et par conséquent les risques d'engager sa responsabilité grandir proportionnellement bien qu'elle ne soit qu'indirecte. L'Etat se substitue largement au

juge des tutelles en cas d'action en responsabilité mais dispose aussi d'une action récursoire qui s'avère très peu utilisée. Pour favoriser le recours à cette action récursoire, la solution de l'assurance de responsabilité civile à la charge du juge des tutelles pourrait être utile ; l'Etat ayant moins de remords à se retourner contre le magistrat dans cette hypothèse.

103. *Recours à une assurance responsabilité civile.* Le principe de nécessité réaffirmé dans la loi du 5 mars 2007 sert de guide au juge des tutelles dans l'ouverture d'une mesure de protection. Il est important que le juge s'intéresse au majeur dans sa globalité et surtout qu'il ne fasse pas table rase du passé et des apports de la loi de 1968 : il doit adapter les mesures à la personne même du majeur mais aussi à son patrimoine. La vision nouvelle de la personnalité du majeur à protéger doit s'accompagner d'un examen patrimonial soigné : le juge des tutelles est contraint à un examen approfondi de chacun des dossiers qui lui sont transmis. Cet examen est d'autant plus important que des enjeux économiques se mêlent naturellement aux autres conséquences découlant de la mise œuvre d'une mesure de protection. Cette position renforce l'idée d'un besoin de souscription à une assurance de responsabilité civile pour le juge des tutelles. Cependant, le législateur, en 2007, a souhaité, en théorie au moins, alléger la tâche des juges des tutelles en n'ayant recours à eux qu'en cas de besoin avéré et d'échec des mesures plus souples et moins attentatoires aux droits des personnes. C'est pourquoi ont été consacrés les principes de subsidiarité et de proportionnalité, qui, en complément du principe de nécessité, doivent aboutir à une protection individualisée et mouvante au gré de l'évolution des facultés du majeur protégé.

Chapitre 2 : Une mise en œuvre graduée et subsidiaire

104. Mise en place de la subsidiarité. La réforme du 5 mars 2007 replace le majeur au centre du dispositif et ne l'enferme plus définitivement dans la protection en le privant d'autonomie. Le principe de nécessité qui a fait l'objet d'un développement précédemment constitue un rouage essentiel dans l'articulation de la protection et de l'autonomie des majeurs. Ce principe a un corollaire essentiel qui est la subsidiarité²⁸² des mesures et qui signifie que « *la mesure judiciaire est prononcée en l'absence de solutions moins contraignantes et moins attentatoires aux droits de la personne* »²⁸³. La doctrine envisage différents termes, relevés par M. Cermolacce²⁸⁴, lorsqu'elle traite de ce principe : « prééminence », « prévalence », « prépondérance », « priorité » ou « primauté » des mesures moins contraignantes que la protection judiciaire. Il est à ce titre énoncé aussi à l'article 428 C. civ., rendant la protection judiciaire utile en dernier recours en ce qu'elle est restrictive, voire privative, de droits et de libertés. Ceci explique que la priorité soit notamment donnée aux régimes matrimoniaux et à une protection dévolue au conjoint. Le principe de subsidiarité, comme celui de nécessité, remonte à la loi du 3 janvier 1968²⁸⁵ avant d'être consacré en 2007 et de constituer désormais « *un pilier du droit des incapables majeurs* »²⁸⁶. La réaffirmation de ces principes par le législateur lors de la réforme de 2007 et leur application certaine par les différents acteurs de la protection ne peut être que bénéfique pour l'autonomie des majeurs protégés. L'application de ce principe de subsidiarité se fonde sur

²⁸² Au sens juridique du terme, l'adjectif « subsidiaire » signifie : « *qui a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolidation), pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut* », G. Cornu, Association Henri-Capitant, « Vocabulaire juridique », PUF, 8^{ème} éd., 2008, p 680.

Sur la notion de subsidiarité, voir par exemple : R. Méssa, « Les principes de nécessité et de subsidiarité en matière de protection des majeurs », *Lamy Dr/ civ.*, 1^{er} juill. 2012, n°95, p 37 ; J. Hauser, « Subsidiarité de la protection légale et régimes matrimoniaux », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} févr. 2012, n°11-11346, *RTD Civ.*, 1^{er} avr. 2012, n°2, p 289 ; « Principe de nécessité et de subsidiarité des mesures de protection », *JCP G*, 13 févr. 2012, n°7, p 298 ; T. Fossier, « Nécessité, subsidiarité et proportionnalité de la protection des majeurs », *JCP N*, 18 févr. 2005, n°7, p 296.

Pour comparer avec la vision publiciste de cette notion, se référer par exemple à : L. Guilloud, « Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », *LPA*, 19 avr. 2007, n°79, p 53 ; R. Fraisse, « Quelle est la portée du principe de subsidiarité ? », *Dr. Adm.*, 1^{er} août 2005, n°8, p 21.

²⁸³ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », *Defrénois*, 30 janv. 2009, n°2, p 185.

²⁸⁴ A. Cermolacce, « Présentation générale des mesures de protection des majeurs. Entre rupture et continuité », *JCP N* n°36, 5 sept. 2008, 1268.

²⁸⁵ Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

²⁸⁶ A. Cermolacce, « Présentation générale des mesures de protection des majeurs. Entre rupture et continuité », art. préc.

une hiérarchisation des mesures de protection à envisager à l'égard d'une personne dont les facultés sont altérées.

105. Apparition de la proportionnalité. La nécessité de la protection constitue le premier maillon de la chaîne en ce qu'il demande au juge de se prononcer sur l'opportunité d'ouvrir une mesure. La subsidiarité correspond au maillon suivant, à savoir une évaluation du réel besoin de protection pour ne pas restreindre de manière injustifiée l'autonomie de la personne. Le dispositif a encore été amélioré en 2007 lorsque le législateur énonce un nouveau principe, complémentaire à ceux de nécessité et de subsidiarité, censé orienter de manière plus précise encore le juge des tutelles. Ce troisième et dernier principe directeur de la protection des majeurs est celui de proportionnalité qui affirme que « *la mesure judiciaire doit être adaptée à la situation du majeur à protéger* »²⁸⁷. Ce dernier principe, décrit à l'article 428 C. civ.²⁸⁸, caractérise la volonté poursuivie par le législateur de préserver l'autonomie du majeur et de s'adapter à sa situation et à ses besoins ; M. Thouret parle de « *régime de protection sur mesure* »²⁸⁹, Mme Rebourg de « *stricte adéquation avec l'état et les besoins du majeur* »²⁹⁰. L'instauration de ce principe nouveau entraîne des obligations nouvelles pour le juge qui doit évaluer précisément les attentes du majeur et en tenir compte lors du prononcé de la mesure qui est donc individualisée (Section 1). En ce qu'elles sont attentatoires aux droits et libertés des handicapés mentaux, les décisions du juge des tutelles ne sont pas définitives puisque des recours sont ouverts à ces majeurs à protéger (Section 2).

Section 1 : L'adaptation de la protection

106. Deux types de protection avec des finalités différentes. Le juge des tutelles n'est toutefois pas isolé dans la recherche de la meilleure protection pour le majeur : il s'appuiera

²⁸⁷ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

²⁸⁸ L'alinéa second de cet article précise en effet que : « *La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé* ».

²⁸⁹ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

²⁹⁰ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. Fam.* n°5, mai 2007, étude 16.

sur des constatations médicales précises et son accès sera restreint par le filtre que constitue le procureur. Le volet médical occupe une part importante dans la protection des majeurs, surtout au moment de l'ouverture éventuelle d'une mesure puisque c'est sur ce fondement que sera choisi le type de mesure judiciaire. La conciliation des principes directeurs consacrés en 2007 a été source de nouvelles distinctions et de nouveaux clivages au sein des mesures de protection. « *Les finalités sociale et juridique s'étant confondues* » au cours des dernières années comme le souligne M. Delbano²⁹¹, l'application des grands principes directeurs a permis de scinder les protections en fonction de l'objectif qu'elles poursuivent. L'aspect social de la protection ne relevant pas du juge des tutelles, ce dernier se concentrera sur la protection judiciaire qui est mise en œuvre uniquement suite à un constat médical de l'altération des facultés du majeur. Or, puisqu'elles sont plus attentatoires à la liberté de la personne, les mesures judiciaires ne seront actionnées qu'en dernier recours (§2) et notamment lorsque le conjoint ne pourra valablement le représenter ou que d'autres mesures s'avèrent insuffisantes : « *est ainsi mise en œuvre une hiérarchie des mesures* »²⁹².

Cette hiérarchisation des mesures – sociales et judiciaires – (§1) couplée à une application stricte du principe de subsidiarité va impliquer un examen véritablement approfondi et soigné de chacun des dossiers qui lui sont soumis. Tout manquement sera source d'une éventuelle action en responsabilité contre le juge des tutelles, les restrictions occasionnées par les mesures judiciaires ne devant être mises en œuvre que de manière subsidiaire par rapport aux mesures sociales dont la finalité est le retour à une gestion financière autonome.

§1) La distinction nouvelle entre les aspects judiciaire et social de la protection

La protection des incapables a depuis toujours fait cohabiter les aspects judiciaire et social ; outre les mesures classiques de sauvegarde de justice, curatelle et tutelle pouvaient en effet être ouvertes une tutelle aux prestations sociales adultes²⁹³ (TPSA) ou encore une curatelle pour oisiveté, intempérance ou prodigalité dont la finalité différait des mesures de

²⁹¹ F. Delbano, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », *D.* 1999, p 408.

²⁹² A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, « *La réforme du droit des majeurs protégés. Loi n°2007-308 du 5 mars 2007* », *Pratique notariale*, Litec, n°98, p 33.

²⁹³ Cette mesure a été créée par la loi n°66-774 du 18 octobre 1966 instituant la tutelle aux prestations sociales adultes.

droit commun. Toutefois, les confusions sont apparues dans ce système et, par manque de temps, les juges des tutelles ont mis sous protection des personnes dont l'état ne le nécessitait pas forcément. Ce phénomène explique en partie l'accroissement important constaté dans le nombre de mesures ouvertes ces dernières années²⁹⁴.

La lutte contre cette hausse exponentielle de mesures de protection restrictives de droits et pas toujours respectueuses de la dignité et de l'autonomie des majeurs passe par une application stricte des conditions légales découlant des principes directeurs par les juges des tutelles et les autres acteurs de la protection. Or, la bonne application de ces dispositions passe en premier lieu par la distinction entre le caractère judiciaire de la protection et son caractère social.

A. La reconnaissance des mesures sociales comme une catégorie particulière

La protection des majeurs est majoritairement perçue comme la mise en place d'une des trois mesures judiciaires que sont la sauvegarde de justice, la curatelle ou la tutelle. Toutefois, elle ne se limite pas à ces seuls mécanismes : la prise en compte de la personne du majeur, la consécration des principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité et l'engorgement des juges des tutelles ont conduit à redistribuer les enjeux de la protection. La confusion de plus en plus fréquente entre les causes d'ouverture des mesures liées à une altération pathologique des facultés et celles liées à des comportements sociaux devenait très néfaste pour les majeurs. C'est pourquoi le législateur est intervenu et a privilégié la distinction entre les volets judiciaire et social de la protection. Bien que permettant d'accroître la lisibilité en la matière, la refonte effectuée en 2007 présente surtout l'avantage d'individualiser les mesures mises en place et de garantir au mieux l'autonomie du majeur à protéger.

1° Eviter la confusion et privilégier la distinction

107. *Protection judiciaire et origine médicale de l'altération des facultés.* L'article 425 C. civ. pose, dans son alinéa premier, cette distinction importante quant aux causes d'ouverture

²⁹⁴ Avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2007, environ 30000 nouvelles mesures de protection étaient ouvertes annuellement.

des mesures de protection juridique en ce qu'il précise explicitement que l'altération des facultés doit être « *médicalement constatée* » et « *de nature à empêcher l'expression de sa volonté* ». Le cumul de ces deux conditions restreint de manière certaine l'accès aux mesures de protection. Cette nouvelle formulation résultant de la loi du 5 mars 2007 est beaucoup plus large que la précédente, celle-ci visant spécifiquement « *une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge* »²⁹⁵ pour expliquer l'altération des facultés de la personne. Mais les nouvelles dispositions prévoient clairement que cette altération est susceptible d'entraîner la mise en œuvre d'une « *mesure de protection juridique* »²⁹⁶. En ciblant spécifiquement la protection juridique à l'article 425 C. civ., le législateur reconnaît l'existence d'un autre type de protection plus orientée sur l'aspect social. Il en termine donc avec le modèle unique de la protection juridique « *inspiré de la tutelle servant de modèle de référence* »²⁹⁷. La protection correspondra à l'avenir beaucoup plus aux besoins réels des personnes et les mesures ouvertes seront proportionnellement attentatoires à l'autonomie.

« *Désormais, seules les altérations d'origine pathologique peuvent être invoquées* »²⁹⁸ lors d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire. Cette approche de Mme Pécaut-Rivolier résume très bien la situation en ce qu'elle fait la différence entre les causes médicales qui aboutissent à une protection judiciaire et les autres causes susceptibles d'engendrer une protection sociale. Cette distinction permet une application plus rigoureuse du principe de l'adaptation et de l'individualisation des mesures de protection, l'éventail étant élargi et beaucoup plus respectueux des droits et libertés des personnes handicapées. Cette hypothèse caractérise l'application cumulée des principes de subsidiarité et de proportionnalité concernant la protection des majeurs.

108. Suppression de la curatelle pour oisiveté, prodigalité et intempérance. La principale différence qui existe entre la protection juridique et la protection sociale correspond à la restriction de capacité. La protection juridique est nettement plus attentatoire à l'autonomie

²⁹⁵ L'alinéa premier de l'article 490 C. civ. anc. énonçait que : « *Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants* ».

²⁹⁶ L'alinéa premier *in fine* de l'article 425 C. civ. qualifie expressément cette protection : « *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* ».

²⁹⁷ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

²⁹⁸ L. Pécaut-Rivolier, « Protéger un majeur vulnérable », éd. Delmas, 1^{ère} éd., 2010, p 81, n°403.

des majeurs en ce qu'elle peut être incapacitante alors que la protection sociale est plus ciblée et aboutit toujours à un retour vers l'autonomie.

En ce sens, le législateur ne considère plus l'oisiveté²⁹⁹, la prodigalité³⁰⁰ et l'intempérance³⁰¹ comme des causes valables d'ouverture d'une mesure de curatelle. Cette nouveauté constitue un moyen important pour limiter le nombre croissant de saisines des juges des tutelles. En outre, la curatelle pour oisiveté, prodigalité ou intempérance n'était pas une mesure forcément adaptée à l'état du majeur. Il était fréquent que les besoins de protection de la personne soient fondés sur des addictions aux jeux et à l'alcool et pas véritablement sur des raisons médicales empêchant le majeur de s'exprimer. La vision a même été totalement inversée puisque l'oisiveté, la prodigalité et l'intempérance sont devenues « *des libertés* »³⁰², comme les qualifie M. Thouret, alors qu'elles étaient initialement considérées comme des causes de restriction de liberté. Ainsi, les prodiges, tels qu'ils étaient nommés auparavant, ne peuvent plus bénéficier de protection judiciaire sur ce seul fondement car il n'est pas utile de priver une personne de sa capacité juridique pour ces raisons selon les principes de nécessité et de proportionnalité des mesures.

C'est pourquoi la réforme de la protection des majeurs de 2007 a instauré, à côté des mesures judiciaires, un véritable accompagnement social très peu attentatoire à l'autonomie et à la capacité des personnes.

²⁹⁹ L'oisiveté est entendue comme le « *fait de vivre sans travailler qui, pour un majeur, peut justifier l'ouverture d'une curatelle, lorsque cette situation l'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales* » (G. Cornu, Association Henri-Capitant, « *Vocabulaire juridique* », 8^{ème} éd., 2008, PUF, p 635).

³⁰⁰ La prodigalité est la « *tendance à dépenser exagérément, à dissiper ses revenus et à dilapider ses biens sans utilité ni raison, qui, chez un majeur, peut justifier l'ouverture d'une curatelle, lorsque le prodigue s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales* » (G. Cornu, Association Henri-Capitant, « *Vocabulaire juridique* », 8^{ème} éd., 2008, PUF, p 726).

³⁰¹ L'intempérance correspond à un « *manque de sobriété, vie désordonnée qui peut justifier l'ouverture d'une curatelle, lorsque le majeur qui s'y livre s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales* » (G. Cornu, Association Henri-Capitant, « *Vocabulaire juridique* », 8^{ème} éd., 2008, PUF, p 503).

³⁰² S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

Pour un approfondissement sur la notion de libertés publiques, voir par exemple : R. Cabrillac, M-A. Frison-Roche, T. Revet (sous la dir.), « *Libertés et droits fondamentaux* », Dalloz, 2011, 17^{ème} éd. ; F. Brenet, « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L521-2 CJA », *RDP*, 1^{er} nov. 2003, n°6, p 1536 ; L. Favoreu, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 7 juin 2001, n°22, p 1739.

2° Des changements terminologiques évocateurs

109. Causes du changement. Outre la suppression de la mesure de curatelle pour oisiveté, prodigalité ou intempérance, les dispositions nouvelles prévoient aussi un changement de terminologie qui aura une importance certaine quant à la lisibilité dans le droit des incapables. Cette modification concerne la tutelle aux prestations sociales adultes qui apparaît dans le paysage juridique en 1966 et qui devient un dispositif d'accompagnement social composé de deux mesures distinctes : la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) qui est contractuelle et implique le département et la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ). Dans les faits, la TPSA ressemble à la MAJ nouvellement instituée, la MASP correspondant à l'échelon nouveau et préalable à la mise en œuvre de mesures plus contraignantes. La TPSA, décidée par le juge des tutelles, avait principalement une visée éducative relativement à la gestion des prestations reçues. Mais surtout, « *l'intérêt de cette mesure adoptée en 1966, comparativement aux régimes civils, est qu'elle est provisoire et n'est pas privative des droits civils* » comme le rappellent à juste titre Mmes Kesteman et Daval³⁰³. Or, cette absence d'incapacité prévue lors de la mise en œuvre d'une TPSA ne transparaisait pas au vu du nom de la mesure (« tutelle »). L'inadaptation de son nom se cumulait à une prise en compte incomplète, non globale de la personne du majeur, c'est pourquoi il a été créé une mesure d'accompagnement fondée sur le contrat qui correspond mieux au nouvel état d'esprit affiché dans la loi en 2007.

110. Adaptation à une finalité particulière : l'autonomie dans la gestion des ressources. Ces mesures d'accompagnement ne concernent pas seulement les personnes dont les facultés sont altérées, mais toutes celles dont la mauvaise gestion financière est susceptible d'avoir des répercussions négatives sur la santé ou la sécurité de la personne au sens de l'article L271-1 CASF³⁰⁴. Le critère déterminant dans l'ouverture d'une telle mesure n'a donc rien d'une altération médicale des facultés, mais bien l'impossibilité de savoir gérer correctement ses ressources. La visée éducative relevée précédemment conserve donc son entière place dans le

³⁰³ N. Kesteman et M. Daval, « La tutelle aux prestations sociales adultes, aspects juridiques », *Informations sociales*, 2007/2, n°138, p 72.

³⁰⁴ L'alinéa premier de l'article L271-1 CASF prévoit explicitement que : « *Toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources peut bénéficier d'une mesure d'accompagnement social personnalisé qui comporte une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé* ».

nouveau dispositif, la finalité affichée par le législateur étant le retour à l'autonomie dans la gestion du budget de l'individu sans le priver de sa capacité juridique.

111. Objectif double. Désormais, l'accompagnement social comprend deux types de mesures : la MASP, contractuelle et non contraignante, et la MAJ effectuée par un mandataire judiciaire qui perçoit directement les prestations sociales visées par la mesure. Ce dispositif nouveau poursuit par conséquent un objectif double, à savoir le rétablissement de l'autonomie financière et la simplification de la réinsertion de l'individu dans la société. La poursuite de ce double objectif est en adéquation complète avec la volonté du législateur de ne priver la personne de sa capacité qu'en dernier recours et si son état le commande réellement. De plus, la contractualisation du volet social de la protection va, *a priori*, permettre une plus grande individualisation de la prise en charge.

La question qui s'est alors naturellement posée est celle de savoir comment articuler ce nouveau dispositif avec les mesures judiciaires existantes sous l'ancien régime et reprises par le législateur en 2007 qui y apporte une vision nouvelle, davantage centrée sur la personne et le respect de son autonomie.

B. L'incompatibilité entre les mesures sociales et les mesures judiciaires

La naissance d'un véritable dispositif d'accompagnement lors de la réforme de 2007 est bénéfique pour les majeurs et leur autonomie mais elle n'est pas sans soulever de problèmes. Bien que la finalité des deux types de mesures – MASP et MAJ – composant ce dispositif diffère de celle de la protection judiciaire, s'est longtemps posée la question du cumul des protections. Cette problématique a trouvé tout son sens récemment lorsque le législateur a consacré les principes directeurs de la protection, notamment celui de subsidiarité. L'un des enjeux de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs résidait dans l'articulation à donner aux volets judiciaire et social de la protection : lequel doit primer sur l'autre ? Sont-ils cumulables ? Des réponses très claires ont heureusement été apportées à cette occasion ce qui est bénéfique non seulement pour les personnes à protéger mais aussi pour le juge des tutelles qui sera ainsi confronté à des dispositions plus lisibles.

1° La fin du cumul autorisé par la jurisprudence

112. *Cumul favorisé par une jurisprudence constante.* Durant de nombreuses années, les dispositions légales étaient peu claires et les juges des tutelles ont progressivement mis de côté les principes de nécessité et de subsidiarité que la loi du 3 janvier 1968 avaient implicitement affirmés. Devant le manque de sanctions et la surcharge de travail à laquelle ils devaient faire face, les juges des tutelles avaient très souvent fait le choix de la facilité lors du prononcé de l'ouverture de mesures de protection. Ils n'ont que rarement adapté la protection au majeur qui était dans le besoin, celle-ci était devenue beaucoup plus systématique qu'individualisée. Toutefois, pour nuancer ce propos, il convient de signaler que les moyens mis à la disposition des juges des tutelles n'ont jamais été adaptés aux besoins réels qu'exigent le soin de leur profession.

Devant toutes ces zones d'ombre, la jurisprudence a dû se prononcer et se positionner. De manière constante³⁰⁵, la Cour de cassation a admis ce cumul entre l'ouverture d'une mesure judiciaire – curatelle ou tutelle – et une mesure visant à rétablir une meilleure gestion des prestations sociales. Les juges de la Cour de cassation acceptaient de manière large ce cumul, certainement dans un souci de protection plus complète de la personne. La démarche de la Cour de cassation est dans toutes les espèces la même à savoir que s'il est ouvert une mesure civile (curatelle ou tutelle) au sens de l'article 512 C. civ. anc.³⁰⁶, c'est que le majeur ne garantit pas son intérêt dans la gestion de ses ressources. Les juges énoncent à ce sujet que « *l'institution d'une tutelle de droit civil ou d'une curatelle de l'article 512 du Code civil qui peuvent coexister avec une tutelle aux prestations sociales implique que le majeur protégé est dans l'incapacité d'utiliser ses revenus d'une manière conforme à ses intérêts et se trouve, dès lors, dans la situation prévue par la première des conditions alternatives mises à l'ouverture d'une tutelle aux prestations sociales par l'article L. 167-1 du Code de la sécurité sociale* ». Il ressort clairement de cette formule l'acceptation du cumul des mesures et les juges allaient même plus loin en ce qu'ils mêlaient les conditions d'ouverture de chacune des mesures envisagées.

³⁰⁵ Voir par exemple Cass., civ. 1^{ère} 18 avr. 1989, n°87-14563 ; Cass. civ. 1^{ère} 27 janv. 1993, n°91-15852 ; Cass. civ. 1^{ère} 6 avr. 1994, n°92-10629 ; Cass. civ. 1^{ère} 3 juin 1998, n°96-17526, 96-17527 et 96-17529.

³⁰⁶ Cet article concernait les conditions de mise en place d'une curatelle et précisait que les problèmes dans la gestion des ressources constituaient un élément important dans l'ouverture de la mesure : « *En nommant le curateur, le juge peut ordonner qu'il percevra seul les revenus de la personne en curatelle, assurera lui-même, à l'égard des tiers, le règlement des dépenses et versera l'excédent, s'il y a lieu, à un compte ouvert chez un dépositaire agréé* ».

113. *Empiètement des mesures et fin du cumul.* Bien que la jurisprudence de la Cour de cassation soit claire et constante quant au cumul des mesures civiles et sociales, M. Massip a raison en disant que « *le cumul ainsi admis [...] aboutit à un système inutilement compliqué* »³⁰⁷. Cette difficulté résidait dans l'ouverture de deux mesures distinctes, relevant en outre de deux codes différents³⁰⁸, dont les points de connexion sont nombreux. Ne serait-il pas plus lisible pour l'ensemble des acteurs de la protection d'éviter ce genre de cumul ? La question mérite d'autant plus d'être posée que, souvent, les deux mesures sont exercées par un tuteur unique, à savoir une association tutélaire.

En outre, les mesures civiles avaient un champ d'application plus large que la TPSA qui se cantonnait à la gestion des ressources de l'individu. Or, cette faculté de s'immiscer dans l'autonomie financière de la personne existe aussi en matière de curatelle et *a fortiori* de tutelle. Il semble que le champ de la TPSA soit en majorité couvert par celui des mesures civiles quand bien même ces dernières sont plus attentatoires à l'autonomie de la personne. M. Massip avait été précurseur en la matière et avait déjà, en 1999, dénoncé ce cumul peu judicieux et préconisé « *que la tutelle aux prestations sociales se fusionne, s'intègre dans la tutelle (ou la curatelle)* »³⁰⁹. Il avait anticipé la situation actuelle qui ne permet plus un tel cumul mais la fusion dont il parlait n'a jamais eu lieu ; au contraire la scission a été plus marquée entre la protection judiciaire et la protection sociale. Cette séparation des aspects de la protection a pris toute son importance récemment parallèlement à la prise en compte de la personne du majeur dans la protection. Or, cette prise en compte n'en était qu'à ses prémices à l'époque où M. Massip souhaitait l'absorption de la TPSA par les mesures civiles.

Le centrage récent de la protection sur le pan extrapatrimonial a précipité le changement inspiré par M. Massip dès la fin des années 90. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, les mesures sociales et les mesures judiciaires ne peuvent plus se cumuler. La situation de chaque individu sera examinée de manière précise avant que ne soit prise la décision d'ouvrir une mesure sociale ou judiciaire convenant au mieux à la personne.

³⁰⁷ J. Massip, « Le cumul de la tutelle aux prestations sociales et de la tutelle ou de la curatelle de droit civil », note sous Cass. civ. 1^{ère} 3 juin 1998, *Defrénois*, 15 mars 1999, n°5, p 313.

³⁰⁸ La curatelle et la tutelle sont régies par les dispositions du Code civil alors que la TPSA relevait des articles L167-1 et s. CASF.

³⁰⁹ J. Massip, « Le cumul de la tutelle aux prestations sociales et de la tutelle ou de la curatelle de droit civil », art. préc.

2° La subsidiarité et les mesures sociales

114. *Subsidiarité entre protection judiciaire et protection sociale.* La jurisprudence qui consistait à autoriser le cumul de la TPSA avec une mesure de protection judiciaire n'a pas survécu à la réforme de la protection des majeurs qui a, en outre, substitué la MAJ à la TPSA et crée la MASP, mesure contractuelle de soutien à la gestion des ressources. Le principe de subsidiarité implique désormais une hiérarchisation des mesures à mettre en place en fonction de l'état du majeur. Concernant les mesures de protection judiciaires, la hiérarchie est basée sur la plus ou moins grande privation de droits et libertés qu'engendre la mise en œuvre de la mesure. En tant que mesure non privative de la capacité juridique, la sauvegarde de justice est privilégiée par rapport à la curatelle, elle-même préférée autant que possible à la tutelle. Cette hiérarchisation dans la mise en place des mesures de protection judiciaire est clairement prévue et organisée à l'article 440 C. civ.³¹⁰. Cette obligation légale d'adapter la mesure pour ne priver le majeur de sa capacité est en outre souvent rappelée par la jurisprudence ; ainsi, très récemment³¹¹, la Cour de cassation rejette la demande de mainlevée d'une femme placée sous curatelle en précisant que « *le tribunal a caractérisé la nécessité d'une protection continue et par là même l'insuffisance d'une mesure de sauvegarde nécessairement temporaire ; qu'il a ainsi satisfait aux conditions de l'article 440 du code civil* ».

115. *Application globale du principe de subsidiarité.* Si la subsidiarité est bien connue en matière de protection judiciaire, elle est nettement plus récente en matière de protection sociale. Le nouveau dispositif social composé de l'accompagnement social personnalisé et de l'accompagnement judiciaire est lui aussi soumis à ce principe d'adaptation de la mesure aux besoins et aux attentes de la personne à protéger. Si J. Massip avait indiqué qu'il fallait « *prévoir la disparition de la tutelle sociale en cas d'institution ultérieure d'une mesure civile de protection* »³¹², sa position a été suivie par le législateur en 2007, « *ce qui est une*

³¹⁰ A cet égard, les alinéas 2 et 4 de cet article sont les plus intéressants et les plus parlants puisqu'ils énoncent respectivement : « *La curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante.*

[...]

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 ».

³¹¹ Cass. civ. 1^{ère} 9 févr. 2011, n°10-10193 ; pour un commentaire critique, cf. G. Raoul-Cormeil, « Adapter la mesure de protection juridique à l'état du majeur vulnérable », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 20 nov. 2011, n°4, p 3.

³¹² J. Massip, « Le cumul de la tutelle aux prestations sociales et de la tutelle ou de la curatelle de droit civil », art. préc.

nouveauté totale »³¹³. Il existe donc une hiérarchie entre les différentes mesures, les mesures sociales étant beaucoup moins restrictives quant aux droits et aux libertés de la personne protégée. Ainsi, le principe de subsidiarité s'applique pleinement à la protection des majeurs et invite le juge des tutelles à rechercher si une mesure sociale ne pourrait pas être ouverte prioritairement à une mesure judiciaire.

En outre, l'ouverture d'une mesure judiciaire entraîne nécessairement la fin de la mesure sociale qui aurait éventuellement été ouverte précédemment, les mesures sont exclusives les unes des autres. Il n'y a donc plus aucun cumul possible, ce qui s'explique par l'obligation faite au juge des tutelles d'adapter, dès le prononcé, la mesure au majeur. La subsidiarité et l'interdiction du cumul des mesures rendent « *incompatibles les mesures de protection juridique avec les nouvelles mesures d'accompagnement judiciaire* »³¹⁴. Cette exclusivité des mesures est désormais prévue, en ce qui concerne la MAJ, des dispositions de l'article 495-1 C. civ.³¹⁵. Mais le principe de subsidiarité ne concerne pas seulement la protection judiciaire par rapport à la protection sociale mais il s'applique aussi au sein de chacune de ces deux catégories.

116. Subsidiarité MASP/MAJ. L'application du principe de subsidiarité est largement connue en ce qui concerne les mesures judiciaires³¹⁶, mais il ne faut pas oublier que le dispositif social nouveau est aussi soumis à ce principe. Cela se traduit particulièrement par l'instauration d'une hiérarchie entre la MASP et la MAJ qui ont une seule et même finalité : le retour du majeur protégé à une autonomie dans la gestion de ses ressources. Par conséquent, lorsque la mauvaise utilisation de ses ressources par la personne n'est source que de dangers limités pour la santé ou la sécurité, il conviendra de mettre en œuvre de préférence un accompagnement social personnalisé qui se caractérise par la conclusion d'un contrat avec le département représenté par le président du Conseil général. C'est par exemple le cas d'un majeur qui perçoit une aide au logement – aide personnalisée au logement ou allocation de

³¹³ T. Fossier, « Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux », *JCP N* n°36, 5 sept. 2008, 1277.

³¹⁴ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », art. préc.

³¹⁵ L'article 495-1 C. civ. précise que : « *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* ».

³¹⁶ Les mesures judiciaires sont de trois ordres, avec de la moins contraignante à la plus contraignante : la sauvegarde de justice (conservation de la capacité juridique), la curatelle (régime d'assistance) et la tutelle (régime de représentation). L'application du principe de subsidiarité implique que soit prioritairement mise en œuvre la mesure la moins restrictive de droits et de libertés.

logement sociale – et qui aurait des difficultés à payer son loyer chaque mois. La protection instituée par la MASP peut alors concerner ce problème particulier, le président du Conseil général pouvant même décider que le versement de l'aide au logement sera directement effectué au bailleur. Cette possibilité n'est toutefois déclenchée qu'après le non paiement d'au moins 2 loyers. Le but clairement recherché est la protection et la conservation du logement de la personne.

Le contrat conclu entre l'intéressé et le département peut aussi porter sur d'autres prestations sociales qui ne sont pas forcément en lien avec un quelconque handicap³¹⁷, il peut en effet s'agir du revenu de solidarité active ou de l'allocation de parent isolé. A travers ces exemples, il ressort clairement que l'accompagnement social personnalisé s'adresse aux personnes ayant des difficultés sociales et pas forcément une altération médicalement constatée des facultés.

117. *Echec de l'accompagnement.* Ce n'est qu'en cas d'échec de cette mesure et si les difficultés de gestion budgétaire persistent que sera envisagée l'ouverture de l'accompagnement judiciaire, l'article 495 C. civ.³¹⁸ prévoit explicitement cette application subsidiaire de la MAJ par rapport à la MASP. Il existe donc, du fait de la consécration légale des principes directeurs de la protection des majeurs, une échelle à respecter dans la mise en place des mesures sociales, entre elles, mais aussi avec les mesures judiciaires. L'important étant de préserver au mieux l'autonomie des majeurs protégés, les acteurs de la protection ont l'obligation de respecter cette subsidiarité et d'ouvrir d'abord les mesures les moins contraignantes.

³¹⁷ Les prestations pouvant faire l'objet d'un accompagnement social personnalisé du fait d'un handicap peuvent être notamment la prestation de compensation du handicap (somme destinée à financer les aides humaines, animalières et matérielles qui sont nécessaires pour compenser la perte d'autonomie) ou l'allocation personnalisée d'autonomie.

³¹⁸ Aux termes de cet article 495 C. civ., il est affirmé que : « *Lorsque les mesures mises en œuvre en application des articles L. 271-1 à L. 271-5 du code de l'action sociale et des familles au profit d'une personne majeure n'ont pas permis une gestion satisfaisante par celle-ci de ses prestations sociales et que sa santé ou sa sécurité en est compromise, le juge des tutelles peut ordonner une mesure d'accompagnement judiciaire destinée à rétablir l'autonomie de l'intéressé dans la gestion de ses ressources* ».

§2) Le recours repoussé à la protection judiciaire

118. *Multitude de choix pour le juge.* Le premier échelon de la protection des majeurs est le dispositif d'accompagnement qui est moins contraignant pour la personne et qui permet un retour à l'autonomie dans la gestion du budget. Cette protection sociale n'impose pas que soit constatée médicalement une altération des facultés de la personne, il suffit que la mauvaise gestion des prestations sociales engendre des risques pour la santé et la sécurité comme cela peut être le cas avec le paiement du loyer dont nous avons parlé précédemment. Cette protection sociale constitue un palliatif intéressant au recours à la protection judiciaire qui était trop systématique ces dernières années. Désormais, il repose sur le juge des tutelles une charge supplémentaire puisqu'il lui revient « *de savoir comment reconnaître ce qui est maladie devant entraîner une protection civile et ce qui ne l'est pas* »³¹⁹. C'est pourquoi le législateur est intervenu pour rappeler ou instituer que des mesures plus rassurantes pour le majeur et le privant moins de ses droits doivent être mises en place de manière prioritaire par le juge des tutelles saisi d'une demande de protection. Au sens de l'article 428 C. civ., « *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* ».

Il doit donc notamment rechercher si une protection familiale ou maritale ne serait pas suffisante pour pourvoir aux intérêts du majeur. Toutefois, la protection par le conjoint et le régime matrimonial, bien que voulue prioritaire par la loi, peut être suppléée par d'autres mesures telles que la représentation ou encore le mandat.

³¹⁹ A. Bateur, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection des majeurs », *Droit et Patrimoine*, 2009, n°180.

A. Priorité au conjoint et au régime matrimonial

119. *Recadrage autour de la famille.* La place de la famille³²⁰ et des proches est essentielle dans la mise en place de la protection des majeurs dont les facultés sont altérées en ce qu'elle permet de conserver certains repères qui, psychologiquement, peuvent avoir une importance dans l'évolution de l'état de la personne. La nouvelle législation a insisté sur l'influence de la famille dans la protection, l'article 415 C. civ. rappelant à cet effet dans son quatrième alinéa que « *Elle [la protection] est un devoir des familles et de la collectivité publique* ». La famille, parmi laquelle se trouve naturellement le conjoint³²¹, occupe donc une place centrale, c'est en priorité à elle que le juge devrait avoir recours pour protéger l'un des siens. En outre, l'article 428 C. civ. précédemment cité fait plus précisément référence au rôle du conjoint et du régime matrimonial dans la prise en charge de l'altération des facultés de l'autre membre du couple. La réforme de 2007 est essentielle sur ce point et est allée plus loin en établissant « *une hiérarchie légale des personnes qui ont vocation à exercer les fonctions de tuteur et de curateur* »³²². L'intervention de personnes extérieures – mandataires judiciaires – n'est que secondaire et la conséquence d'une carence de la famille et en premier lieu du conjoint même si ce postulat a « *un caractère moins impératif que l'on aurait pu le penser* »³²³. Les juges ont en effet la possibilité, pour des motifs suffisamment pertinents³²⁴, d'écarter la famille.

La loi du 5 mars 2007 consacre la subsidiarité et la nécessité des mesures de protection, notamment « *par rapport à l'application des règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux* »³²⁵. Il conviendra ensuite aux juges de les faire appliquer pleinement et de leur faire remplir leur rôle protecteur à l'égard du conjoint

³²⁰ Bien que définie comme « *l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien du sang, qui descendent d'un auteur commun* » ou comme « *l'ensemble des parents ou alliés* » (G. Cornu, Association Henri-Capitant, « *Vocabulaire juridique* », 8^{ème} éd., 2008, PUF, p 401), la famille ne connaît aucune définition juridique plus précise. La notion de famille est donc difficile à cerner, d'autant que les évolutions sociétales provoquent des changements dans la façon de percevoir la famille et des incertitudes autour du partenaire de PACS, du concubin ou du « beau-père » et de la « belle-mère ».

³²¹ Le mariage est une union qui donne naissance à la famille, qui crée une famille. Il a même pendant longtemps été considéré comme la seule façon de fonder une famille ; désormais il est admis que la naissance d'un enfant entraîne les mêmes conséquences.

³²² J. Massip, « Le principe de préférence familiale en matière de protection des majeurs et le contrôle exercé par la Cour de cassation », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 et 19 déc. 2012, *LPA*, 29 mars 2013, n°64, p 12.

³²³ J. Massip, « Le principe de préférence familiale en matière de protection des majeurs et le contrôle exercé par la Cour de cassation », art. préc.

³²⁴ Voir en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2012, n°11-26268 : les motifs retenus sont, entre autres, l'absence de visite à sa mère, l'opposition au placement en tutelle et en maison de retraite.

³²⁵ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », art. préc.

défaillant. Cependant, ce système comporte des failles sources de potentielles dérives et de dangers pour le majeur dont les facultés sont altérées.

1° Des droits et des devoirs des époux : application dans la protection

120. Principe de cette protection. La protection doit relever, autant que possible, du conjoint et du régime matrimonial qui est nettement moins contraignant qu'une mesure judiciaire comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} février 2012³²⁶ qui précisait que « *Mme D était depuis 2004 substituée à son époux dans l'exercice des pouvoirs résultant de ce régime [communauté universelle] et que les actes qui lui étaient reprochés n'établissaient pas un risque de dilapidation des biens communs, a pu déduire qu'il n'y avait pas lieu de placer son époux sous un régime de protection* ». Cette subsidiarité aménagée par la loi nouvelle entre le régime matrimonial et la protection judiciaire permet, en l'espèce, « *de ne pas placer le mari dépendant sous tutelle* »³²⁷. Cependant, afin que le conjoint exerce de manière juste la mesure qui lui est confiée, il doit remplir plusieurs conditions quand bien même il serait possible d'envisager cette mission comme pleinement incluse dans son devoir d'assistance.

Outre la conservation des repères familiaux du majeur, le principal avantage de la mise en œuvre de cette protection par le conjoint est d'éviter le recours à une personne tierce³²⁸ au couple dans la gestion de ses intérêts. Bien que susceptible de générer des conflits d'intérêts ou des abus, la protection par le conjoint écarte l'application d'une mesure civile qui, très souvent, « *modifie la vie quotidienne de l'autre* », comme le souligne Mme Batteur³²⁹, et impacte négativement le relationnel dans le couple.

121. Divergence des intérêts et abus de faiblesse. Toutefois, il convient de nuancer l'aspect positif de la prise en charge par le conjoint pour deux raisons principales que sont les risques de conflits d'intérêts et la possibilité qu'a le conjoint de manipuler le majeur faible. Il est possible d'imaginer qu'un conjoint mal intentionné exerce une influence néfaste sur la

³²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} févr.. 2012, n°11-11346.

³²⁷ « Subsidiarité d'une mesure de tutelle », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} févr.. 2012, n°11-11346, *Lamy Dr. civ.* 2012, p 91.

³²⁸ Plusieurs auteurs soulignent ce point : A. Batteur parle de « *ne pas introduire un tiers dans le couple* », art. préc. ; tandis que M. Rebourg souhaiterait « *éviter une intrusion de tiers dans la gestion du patrimoine du couple* », art. préc.

³²⁹ A. Batteur, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection des majeurs », art. préc.

personne handicapée mentale et le pousse à réaliser ou accepter des actes – de vente par exemple – qui seraient contraires à son intérêt. La manipulation par le conjoint fort est favorisée dans un couple, le majeur à protéger voyant très souvent dans son conjoint un repère sûr et familial. Cette position dominante de l'un des conjoints peut s'avérer être un obstacle important à l'autonomie du majeur protégé : ses intérêts pourraient être tronqués et faussés par l'influence du conjoint.

Le Code pénal, par le biais de son article 223-15-2³³⁰, sanctionne le délit d'abus de faiblesse qui peut être caractérisé entre conjoints, l'un profitant clairement de l'état de faiblesse de l'autre. La caractérisation de ce délit peut découler d'un conflit d'intérêts entre les époux, l'un exerçant des pressions afin que l'autre effectue un acte dicté par les intérêts du conjoint fort. Bien que des cas de délit d'abus de faiblesse aient été jugés à l'encontre d'une dame de compagnie³³¹, il est tout à fait envisageable d'imaginer une telle hypothèse entre conjoints³³².

122. Devoir d'assistance ? Suite au mariage, les époux ont une obligation légale de « *respect, fidélité, secours, assistance* » prévue à l'article 212 C. civ. Or, cette obligation d'assistance pourrait tout à fait englober la situation dans laquelle l'un des conjoints se trouve hors d'état d'exprimer sa volonté et de garantir les intérêts du couple. Faut-il pour autant entendre le terme « assistance » dans le même sens que lorsqu'il est appliqué à la curatelle ? Il semble que non et qu'il ne faille pas lui donner une valeur aussi importante que dans le rapport curateur/curatelaire. L'assistance dans le mariage concerne plus la notion de soins, Mme Bateur précisant que dans ce cas, l'assistance, « *c'est prendre soin de sa personne en cas de problème de santé, lui prodiguer les soins personnels que nécessite son état en raison de son âge ou de sa santé* »³³³. L'assistance entre époux, en ce qu'elle touche plus particulièrement l'aspect médical, a donc un domaine plus restreint que celle qui existe lors de

³³⁰ L'article 223-15-2 C. pén. précise que : « *Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 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* ».

³³¹ Voir en ce sens Cass. crim. 15 févr. 2006, n°05-84320.

³³² La situation s'est déjà présentée entre ex-conjoints, l'ex-conjointe profitant de l'état de faiblesse de son ex-mari, atteint de tuberculose, pour l'abuser : voir Cass. crim., 14 décembre 2010, n°09-88333. Mais il existe d'autres exemples d'abus de l'état de faiblesse entre conjoints : voir par exemple Cass. crim., 26 sept. 2012, n°11-20544 et Cass. crim., 22 mars 2011, n°09-88333.

³³³ A. Bateur, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection des majeurs », art. préc.

l'exercice d'une mesure de curatelle. Toutefois, ce devoir d'assistance constitue un point de départ très intéressant dans la protection d'une personne dont les facultés sont altérées par son conjoint. Il convient d'élargir la protection à d'autres actes et de ne pas la limiter aux actes personnels, notamment médicaux.

123. Application des régimes matrimoniaux. La mise en œuvre des régimes matrimoniaux constitue très souvent une étape essentielle dans la protection d'un conjoint devenu incapable. Cette protection découle de l'application des articles 217 et 219 C. civ. permettant au conjoint respectivement d'obtenir une autorisation judiciaire afin de « *passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire* » et de « *se faire représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial* ». Il est donc nécessaire, dans un but protecteur du conjoint inapte à s'exprimer valablement, d'obtenir une autorisation ou une habilitation de la part du juge des tutelles. Ce dernier, depuis un décret du 29 octobre 2004³³⁴, est en effet nouvellement compétent pour toutes les questions relatives à l'application de ces deux articles. C'est donc lui qui va autoriser ou habilitier le conjoint à représenter le majeur vulnérable relativement à l'acte ciblé par le conjoint. Le juge des tutelles ainsi saisi ne se prononce que sur l'acte présenté par le conjoint souhaitant obtenir une autorisation « *sans pouvoir pratiquer un examen complet des intérêts de la personne à protéger* »³³⁵.

124. Problème autour de la dualité de compétence. Le juge des tutelles devient alors le juge de la suffisance du régime matrimonial pour protéger le conjoint défaillant. Ce n'est qu'en cas de constat d'un risque certain d'insuffisance dans la protection découlant du régime matrimonial que le juge décidera d'ouvrir une mesure plus contraignante, à savoir une curatelle ou une tutelle. Le problème qui se pose et qui mériterait une uniformisation des dispositions du Code civil concerne la compétence pleine et entière qu'il conviendrait de reconnaître au juge des tutelles en la matière. L'article 428 C. civ. affirmant les principes de nécessité et de subsidiarité vise plus particulièrement quatre articles du Code civil relatifs aux régimes matrimoniaux. Outre les articles 217 et 219 C. civ. précédemment cités traitant du régime primaire, il est aussi question des articles 1426 et 1429 du même code relatifs à la gestion des biens propres du conjoint en difficulté et au régime de la communauté légale. Or,

³³⁴ Décret n°2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale, JO 31 oct. 2004.

³³⁵ A. Batteur, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection des majeurs », art. préc.

le juge des tutelles n'est plus compétent dans le champ d'application de ces articles contrairement au juge aux affaires familiales. Cette dualité de compétences est nuisible pour la protection parce que les pouvoirs se retrouvent éclatés dans plusieurs mains. Et le fait que « *le juge des tutelles n'a pas une compétence générale en matière de régimes matrimoniaux* »³³⁶ limite sa capacité d'action et sa possibilité de recherche de la meilleure protection pour le majeur vulnérable.

Cependant, la question se pose de savoir à quel juge accorder de préférence la plénitude des pouvoirs en matière de protection et de régime matrimonial. Mme Bateur apporte un élément de réponse lorsqu'elle se demande si un juge des tutelles saisi au titre de l'article 430 C. civ. d'une demande d'ouverture d'une mesure judiciaire « *invitera automatiquement le requérant à le saisir d'une demande d'habilitation ou d'autorisation judiciaire d'accomplir certains actes* »³³⁷ s'il estime que le régime matrimonial apportera une réponse suffisante aux difficultés du conjoint. De ce point de vue, il semble difficile de définir le juge des tutelles comme celui qui sera exclusivement compétent en la matière, il pourrait trop facilement tomber dans l'excès de se cantonner à prononcer des mesures judiciaires qu'il connaît mieux et pour lesquelles il est seul saisi.

125. Insuffisance possible du régime matrimonial. Bien que limitant la protection à des actes ponctuels ce qui préserve de manière large l'autonomie de la personne dont les facultés sont altérées, la décision de donner la protection des intérêts du couple au conjoint est parfois délicate et source de critiques fondées expliquant le recours plus systématique à des mesures judiciaires contraignantes. Même si elle paraît attrayante et simple à mettre en œuvre, la protection par le biais du conjoint et du régime matrimonial peut faire l'objet de critiques fondées sur certains points et méritant d'être relevées.

2° Des failles et des critiques

126. Protection insuffisante : compétence du conjoint et champ d'action. Pour que le principe de subsidiarité s'applique, la protection offerte par le conjoint doit être suffisante et conforme à l'intérêt du majeur à protéger et du couple. Or, le caractère suffisant de la protection peut être évalué à deux niveaux : quant à la faculté du conjoint d'être un bon

³³⁶ A. Bateur, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection des majeurs », art. préc

³³⁷ A. Bateur, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection des majeurs », art. préc

protecteur tout au long de la période de représentation et quant au domaine d'application de la protection. Or, le juge évalue la capacité du conjoint protecteur seulement au moment de se prononcer, mais comme l'a justement dit M. Delbano, « *c'est souvent avec le temps que les difficultés apparaissent* »³³⁸. Le manque de contrôle des facultés du conjoint peut poser problème et la gestion des biens du couple peut s'en ressentir en aboutissant à des comportements laxistes de la part du protecteur. Le juge des tutelles doit vérifier lorsqu'il est saisi « *son aptitude à s'occuper correctement des affaires du ménage* »³³⁹, mais pas forcément au cours de l'exécution de la représentation. Or, la vérification de l'aptitude du conjoint à gérer les intérêts de l'autre peut être longue et fastidieuse, ce qui peut conduire le juge des tutelles à la découverte de malveillances qui obligerait à une nouvelle saisine de ce juge afin de mettre en œuvre une mesure plus contraignante excluant l'intervention du conjoint.

127. Mise à l'écart du pan personnel. Le second obstacle concernant la protection par le biais du régime matrimonial est qu'elle ne concerne principalement que les actes patrimoniaux, délaissant beaucoup trop l'aspect personnel de la protection. Par conséquent, le régime matrimonial était nettement plus adapté à la protection des majeurs avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 qui impose aux acteurs de la protection une prise en compte de la personne même du majeur, plus seulement de son patrimoine. Or, le régime matrimonial ne prend que très (trop ?) peu en compte le volet personnel de la protection ; Mme Bateur qualifiant même les règles relatives aux régimes matrimoniaux de « *droit des biens des époux* »³⁴⁰ ce qui traduit la complète mise à l'écart des aspects personnels de la protection. Ainsi, le régime matrimonial pourrait être considéré comme un bon complément de certaines mesures ou alors n'être utilisé que lorsque les facultés de la personne ne sont que peu atteintes. Quand bien même le majeur, même protégé, dispose d'une sphère de capacité naturelle à laquelle il ne peut être porté atteinte, la protection par le conjoint ne serait certainement pas la plus sécuritaire, notamment en matière intime et personnelle.

128. Risque d'incapacité de principe. La difficulté majeure réside dans l'absence d'incapacité qu'entraîne la mise en œuvre des règles du régime matrimonial à l'égard du conjoint qui ne peut plus s'exprimer. L'intention est louable concernant les majeurs les moins

³³⁸ F. Delbano, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », *D.* 1999, p 408.

³³⁹ F. Delbano, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », art. préc.

³⁴⁰ A. Bateur, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection des majeurs », art. préc.

touchés puisqu'elle ne les prive pas de leur capacité, mais elle est plus problématique lorsque le majeur affaibli conclut des actes non visés dans la mission de représentation. Ces actes ne seront donc pas nuls de droit, contrairement à ceux qui seraient passés par un majeur à l'encontre duquel serait ouverte une mesure judiciaire. L'acte conclu de manière illicite par le conjoint protégé peut faire l'objet d'une action en nullité de la part de l'autre conjoint dans les deux années qui suivent la connaissance de l'acte aux termes de l'article 1427 C. civ. Or, en matière de protection judiciaire, il s'agit d'un délai quinquennal qui court depuis le jugement d'ouverture de la mesure. Le délai plus long est bénéfique pour le majeur protégé en ce qu'il lui offre une protection plus longue vis-à-vis d'actes qui pourraient lui porter préjudice.

129. Période suspecte et protection judiciaire. L'ouverture d'une mesure judiciaire de protection présente un autre avantage non négligeable : l'instauration d'une période suspecte qui englobe les deux années antérieures au jugement d'ouverture. Les actes conclus par le majeur, postérieurement protégé, au cours de cette période seront plus facilement remis en cause, notamment par les mécanismes de réduction pour excès et de rescision pour lésion³⁴¹. L'existence de cette période, à l'image de celle qui existe en matière de procédures collectives, a pour finalité d'éviter que le majeur ne dilapide son patrimoine alors que la cause qui a provoqué l'ouverture de la mesure existe éventuellement. Cela démontre une certaine méfiance autour des actes que le majeur a effectués alors qu'il n'était pas encore protégé et donc beaucoup plus vulnérable. Cette méfiance peut aussi « *conduire les juges des tutelles à opter plus facilement pour les régimes de protection* »³⁴² dont le champ d'application est largement plus global et plus complet. Ils devront toutefois éviter de tomber dans la solution de facilité qui consisterait à ne pas suffisamment prendre en compte l'état de la personne pour individualiser au mieux la protection et préserver l'autonomie de la personne.

³⁴¹ Sur ces notions, voir par exemple : J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux (sous la dir.), « *Droit civil. Les obligations. I° L'acte juridique* », 14^{ème} éd., 2010, Sirey Université, p 222, n°241 et s. ; P. Voirin et G. Goubeaux (sous la dir.), « *Droit civil. Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés* », Tome 1, 31^{ème} éd., 2007, p 449, n°984 et s. ; S. Piedelièvre, « Vente et action en rescision », note sous Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n°08-13813, *JCP N*, 8 janv. 2010, n°1, p 30 ; Y. Dagorne-Labbé, « Vileté du prix et rescision pour lésion, deux actions distinctes », note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 juill. 2001, n°99-17496, *LPA*, 4 juin 2002, n°111, p 17 ; T. Fossier, « Une initiative particulière : les actions en nullité, rescision ou réduction », *Annales des loyers*, 1^{er} avr. 2003, n°4, p 641.

³⁴² F. Delbano, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », art. préc.

B. D'autres mesures envisageables avant la protection

Le régime matrimonial permet de protéger le patrimoine du couple sans priver le conjoint affaibli de l'ensemble de ses droits. Néanmoins, ce type de protection est perfectible et il est possible de lui préférer d'autres mesures. Le principe de subsidiarité, impliquant une limitation justifiée et adaptée dans l'exercice des droits du majeur à protéger, peut se fonder sur le droit commun de la représentation ou sur l'utilisation de mandats, qu'ils soient classiques ou de protection future.

1° Le droit commun de la représentation : la gestion d'affaires

130. Conditions de la gestion d'affaires. L'application du droit commun de la représentation³⁴³ passe essentiellement par la gestion d'affaires qui s'avère utile surtout pour les actes matériels. Pour être caractérisée, la gestion d'affaires implique l'immixtion³⁴⁴ d'une personne, le gérant d'affaires, dans la gestion et la défense des intérêts d'autrui. Il s'agit par exemple d'un voisin qui fait faire des travaux urgents en l'absence du propriétaire des lieux ou encore d'un petit fils qui ouvre le courrier de sa grand-mère hospitalisée ou qui gère ses comptes. En outre, cette immixtion doit répondre à certaines conditions afin d'être licite et de se voir appliquer les règles relatives à la gestion d'affaires. Elle doit tout d'abord être utile dans son intention, peu importe le résultat engendré. L'immixtion ne doit ensuite pas se faire à l'encontre de la volonté de la personne du géré ; si celle-ci s'y oppose légitimement la gestion d'affaires ne sera pas reconnue. La dernière condition est relative à l'élément moral de l'immixtion dans les affaires d'autrui : elle doit être faite avec l'intention de rendre service.

La gestion d'affaires peut donc constituer un outil dans la protection d'une personne dont les facultés seraient altérées et l'empêcheraient de conclure un acte utile pour son intérêt.

³⁴³ Par représentation, on entend « l'action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel, d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre – incapable ou empêchée – un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté » (G. Cornu, Association Henri-Capitant, « *Vocabulaire juridique* », 8^{ème} éd., 2008, PUF, p 809).

Pour un exam approfondi de la représentation, voir : T. Fossier, « La représentation légale des incapables, une théorie à construire », *Dr. Fam.*, 1^{er} mai 2005, n°5, p 6 ; J. Massip, « *Les incapacités* », Defrénois, 2003, n°536, p 429 ; B. Teyssié, « *Droit civil. Les personnes* », LexisNexis, 11^{ème} éd., 2010, n°761 s., p 361 s. ; T. Fossier (sous la dir.), « *Curatelle. Tutelle. Accompagnements. Protection des mineurs et des majeurs vulnérables* », Litec, coll. Litec professionnels, 2009, n°400 s., p 170 et s.

³⁴⁴ L'immixtion doit s'entendre, selon le Professeur Goubeaux, par l'intervention d'une personne qui « n'en avait reçu ni la mission ni le pouvoir », voir G. Goubeaux et P. Voirin, « *Droit civil : Tome 1 : Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés* », 33^{ème} éd., LGDJ, 2011, n°1028.

Mais, le géré, quand bien même il serait handicapé mental, a l'obligation de rembourser les frais engagés par le gérant d'affaires et éventuellement de l'indemniser si ce dernier a subi un préjudice du fait de la gestion d'affaires. A l'inverse, le gérant d'affaires, une fois qu'il a entamé la procédure doit aller au bout et ne pas renoncer en cours d'exécution. De plus, en s'engageant dans les affaires d'autrui, le législateur impose au gérant « *d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille* » aux termes de l'article 1374 C. civ.

131. *Application de la gestion d'affaires au majeur protégé.* En matière de protection des majeurs, la gestion d'affaires est mentionnée dans les dispositions de l'article 436 C. civ.³⁴⁵. relatif à la sauvegarde de justice. L'alinéa 2 de cet article prévoit expressément que si aucun mandat n'est donné pour la sauvegarde de justice, les règles relatives à la gestion d'affaires peuvent trouver à s'appliquer. Bien que ceci constitue un moyen de protection subsidiaire, il demeure intéressant pour pallier l'attentisme de la personne. Elle devient ainsi un second rempart permettant « *de protéger le majeur sous sauvegarde de justice contre son inaction* »³⁴⁶. L'analyse de la jurisprudence démontre qu'il est des affaires dans lesquelles « *il ne pouvait y avoir davantage de gestion d'affaires* »³⁴⁷. C'est par exemple le cas du paiement des honoraires d'un avocat par une mère qui était désignée mandataire pour la sauvegarde de justice de son fils handicapé suite à un accident de la route³⁴⁸.

Mais la gestion d'affaires doit conserver un effet restreint et ne pas sortir de son strict champ d'application qui permettrait d'outrepasser les règles des mesures de protection. Il s'agit une nouvelle fois d'une marque du principe de subsidiarité. La gestion d'affaires ne pourra s'appliquer à l'encontre des règles découlant des mesures judiciaires, ce qui signifie, selon M. Plazy, qu' « *elle ne doit pas permettre la validation d'actes qui ne respecteraient pas les règles de la représentation ou de l'assistance* »³⁴⁹. Utilisée en tant que complément, la gestion d'affaires présente un intérêt certain quant à la protection du majeur en difficulté mais elle doit être strictement encadrée afin de ne pas brouiller l'éventuelle mesure en place. Elle

³⁴⁵ Cet article énonce en effet : « *Le mandat par lequel la personne protégée a chargé une autre personne de l'administration de ses biens continue à produire ses effets pendant la sauvegarde de justice à moins qu'il ne soit révoqué ou suspendu par le juge des tutelles, le mandataire étant entendu ou appelé.* En l'absence de mandat, les règles de la gestion d'affaires sont applicables ».

³⁴⁶ J.-M. Plazy, « La curatelle et la gestion d'affaires », *JCP N*, n°51-52, 19 déc. 2003, p 1891.

³⁴⁷ T. Fossier, « Nullité d'un acte de disposition en l'absence de mandat spécial », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, n°03-19188, *Dr. Fam.*, n°5, mai 2006, comm. 115.

³⁴⁸ Voir en ce sens : T. Fossier, « Nullité d'un acte de disposition en l'absence de mandat spécial », art. préc.

³⁴⁹ J.-M. Plazy, « La curatelle et la gestion d'affaires », art. préc.

peut par exemple trouver toute son utilité dans la réalisation d'actes courants et urgents que la personne sous tutelle ne peut faire seule et particulièrement si le tuteur n'est pas très réactif ou indisponible au moment de l'acte.

2° L'utilisation de mandats de droit commun

132. Insuffisances possibles du mandat de droit commun. L'utilisation des mandats³⁵⁰ peut constituer un moyen intéressant pour engager une protection à l'égard d'un majeur dont les facultés seraient altérées et dont la situation ne nécessite pas obligatoirement une privation de la capacité juridique. Le mandat permet au mandataire de représenter le mandant relativement aux actes qui sont visés dans le contrat de mandat. La représentation découlant de la conclusion d'un mandat n'est donc jamais totale, elle ne vise que des actes particuliers et limitativement énumérés dans le contrat. Son domaine de protection est nécessairement plus restreint qu'une mesure judiciaire, c'est pourquoi le recours au mandat doit être privilégié dès lors qu'il suffit à pourvoir aux intérêts du majeur. L'objectif de préservation de l'autonomie du majeur et de subsidiarité dans la mise en place des mesures préconise cette solution et cette hiérarchie ; celle qui affirme, comme le rappelle Mme Rebourg, « *que les mesures les moins contraignantes doivent primer sur les plus lourdes* »³⁵¹.

Bien que le mandat soit l'émanation de la volonté de la personne, il ne peut s'imposer dans n'importe quelle situation et doit parfois céder le pas à une mesure de protection plus contraignante mais nécessitée par le degré d'altération des facultés du majeur. Ce problème de classification des mesures vaut aussi pour le nouveau mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs et qui fera l'objet d'une étude plus détaillée dans une autre partie de ce travail³⁵². Que le mandat soit un mandat classique ou un mandat de protection future, il doit céder le pas devant une mesure de protection judiciaire bien qu'il existe une divergence en fonction du type de mandat. Le droit commun du mandat

³⁵⁰ Selon le vocabulaire juridique de l'Association Henri-Capitant, le mandat est un « *acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom* », G. Cornu, Association Henri-Capitant, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 2008, p 571.

Pour de plus amples renseignements sur le mandat, voir par exemple : M-A. Le Page Jasim, « *Le mandat et ses formes modernes* », thèse soutenue en 1992, Rennes 1 ; J-P. Remery, « *Délégation de pouvoirs et mandat* », *JCP G*, 1999, I, 113 ; D. Mouralis, « *Qualification de mandat d'intérêt commun et révocation légitime du mandat* », *JCP G*, 22 nov. 2006, n°47, p 2171 ; J-L. Respaud, « *Qu'est-ce qu'un mandat d'intérêt commun ?* », note sous Cass. com. 20 févr. 2007, n°05-18444, *JCP E*, 15 mai 2008, n°20, p 26.

³⁵¹ M. Rebourg, « *Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs* », art. préc.

³⁵² Cf. *infra*. n°227 s.

prévoit à ce sujet que la seule tutelle est susceptible de mettre fin au mandat³⁵³, tandis que le mandat de protection future prend automatiquement fin – « *sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure* » – dès lors que le mandataire est placé sous une mesure de curatelle ou de tutelle³⁵⁴. L'examen des causes d'extinction des mandats démontre l'impossibilité de les cumuler avec d'autres mesures judiciaires. Ainsi, « *par exception, le juge peut maintenir les deux régimes* »³⁵⁵, il dispose d'un pouvoir souverain en la matière, mais il n'a, à l'heure actuelle, pas eu l'occasion de se prononcer à ce sujet et s'est contenté d'appliquer la subsidiarité du mandat de protection future par rapport à la mesure judiciaire³⁵⁶.

133. Questionnements autour du mandat de protection future. Quand bien même le mandat de protection future « *apparaît comme un instrument essentiel pour l'application du principe de subsidiarité* »³⁵⁷, il n'en demeure pas moins qu'il est incompatible avec les mesures plus contraignantes que sont la tutelle et la curatelle comme cela est rappelé par la jurisprudence³⁵⁸. Il est un exemple frappant, récent et avec des retombées médiatiques très importantes qui illustre la mise en application d'un mandat de protection future et d'une mesure judiciaire : il s'agit de l'affaire « Bettencourt ». Cette affaire démontre clairement que, même si le juge doit au maximum favoriser la protection contractuelle, elle peut s'avérer insuffisante et donc mise à l'écart au profit d'une curatelle. Dans ce cas compliqué, le tribunal d'instance de Courbevoie s'est tourné vers la Cour de cassation³⁵⁹ afin de lui demander un avis sur deux points dont un nous intéresse plus particulièrement. Il est très bien résumé par M Hauser qui se demande : « *s'il y a conclusion d'un mandat de protection future au cours de*

³⁵³ L'article 2003 C. civ. précise que : « *Le mandat finit : [...] par la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire* ».

³⁵⁴ Ces causes d'extinction sont prévues à l'article 483 2° C. civ. : « *Le mandat mis à exécution prend fin par : 2° Le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure* ».

³⁵⁵ D. Noguéro, « Pollution du mandat de protection future pour le choix de l'organe protecteur », *D.* 2011, p 1204.

³⁵⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janv. 2011, Bull. civ. I, n°11, pourvoi n°09-16519.

³⁵⁷ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », art. préc.

³⁵⁸ Voir par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 12 janv. 2011, n°09-16519, dans lequel la Cour de cassation rejette un pourvoi en se fondant sur l'article 483 2° C. civ. précisant que le mandat prend fin dès lors qu'une mesure de curatelle est ouverte. Cette hypothèse vaut aussi pour les mandats classiques, voir en ce sens CA Montpellier, 2^{ème} ch. A, 26 juin 2007, JurisData n°2007-342052, note de F. Arbellot, « Application stricte du droit commun du mandat à la personne majeure en tutelle », *JCP N* n°13, 28 mars 2008, 1160. Dans cette espèce, une dame avait donné une procuration à un de ses fils quelques années avant d'être placée sous tutelle, le tuteur désigné étant un autre de ses fils. Or, en se prévalant de la procuration qui lui avait été donnée, le premier fils avait effectué un retrait bancaire contesté en ce qu'il a été fait alors que la tutelle était déjà ouverte. La cour d'appel a qualifié la procuration de caduque au sens de l'article 2003 C. civ.

³⁵⁹ Avis Cass., 20 juin 2011, n°11-00007.

la procédure d'instruction, le juge des tutelles peut-il écarter l'application du principe de subsidiarité alors que la personne à protéger présentait des signes justifiant une mesure judiciaire »³⁶⁰. En l'occurrence, la rédaction tardive du mandat de protection future s'explique par le souhait d'éviter l'ouverture de la mesure de curatelle en faisant valoir l'existence d'un tel mandat nécessairement plus respectueux de l'autonomie du majeur à protéger. Toutefois, ce montage est « *un échec programmé* »³⁶¹ selon les termes de M. Hauser, le mandat de protection future devant être conclu avant que les causes de l'ouverture de la mesure n'existent.

La création de cet outil qu'est le mandat de protection future oblige le juge des tutelles à rechercher s'il en existe un, rédigé par le majeur avant que ses facultés n'aient été altérées. Le problème qui peut alors se poser est celui de l'absence de publicité de ce mandat prévue par la loi, les recherches peuvent s'en trouver plus difficiles et fastidieuses alors que la volonté première était le désengorgement des juges des tutelles. Si certains auteurs, comme Mme Bateur³⁶², s'étonnent de la priorité accordée au MPF dans la protection, elle semble pourtant logique et inéluctable quant au respect et à la garantie de l'autonomie des majeurs à protéger.

Section 2 : Une protection non figée, les recours contre les décisions du juge des tutelles

134. Possibilité de demander un nouvel examen. Si la protection des majeurs dont les facultés sont altérées doit nécessairement être la plus adéquate et toujours justifiée afin de préserver les ilots d'autonomie dont bénéficie la personne, le juge des tutelles ne parvient pas toujours à adapter au mieux la mesure. C'est pourquoi sa décision n'est pas définitive et le majeur protégé ou son entourage ont la possibilité de demander à ce qu'une nouvelle évaluation soit effectuée. L'esprit de la loi de 2007 privilégie l'autonomie en individualisant la protection et les mesures qu'elles soient sociales ou judiciaires. Mais il ne s'agit pas de la seule avancée en la matière puisque le législateur a souhaité ne pas enfermer les majeurs et

³⁶⁰ J. Hauser, « La protection d'un majeur est-elle disponible ou d'ordre public ? La subsidiarité, le temps et le mandat tardif », note sous Cass. 20 juin 2011, n°11-00007, *RTD Civ.* 2011, p 512.

³⁶¹ J. Hauser, « La protection d'un majeur est-elle disponible ou d'ordre public ? La subsidiarité, le temps et le mandat tardif », art. préc.

³⁶² A. Bateur, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection des majeurs », *Droit et patrimoine*, 2009, n°180.

leur entourage dans la seule décision du juge des tutelles. La volonté clairement affichée était celle « *de favoriser un tel recours qui va dans le sens du maintien de la capacité de l'intéressé, en somme d'augmenter ses chances de ne pas subir de mesure de protection* »³⁶³. Ouvrir une voie de recours efficace et efficiente contre les décisions et les autorisations des juges des tutelles constitue un moyen pour le majeur de contester et de s'exprimer quand bien même il aurait fait l'objet d'une mesure. La faculté de contester une décision du juge des tutelles démontre une nouvelle fois la vision nouvelle de la protection des majeurs et la prise en compte de la personne dans sa globalité.

135. Nouveautés quant à la juridiction compétente. Pendant de longues années, ce recours se faisait devant le tribunal de grande instance, mais une loi du 12 mai 2009³⁶⁴ a modifié la juridiction compétente. Désormais, et comme cela a été préconisé par la commission Guinchard³⁶⁵, tout recours contre une décision du juge des tutelles est traitée par la Cour d'appel, notamment par un magistrat spécialisé, le délégué à la protection des majeurs, comme le prévoit l'article L312-6-1 COJ³⁶⁶. Cette modification est logique car un recours contre une décision rendue en première instance prend la forme d'un appel devant être tranché par une juridiction du second degré. Le délai pour exercer ce recours en appel est de quinze jours³⁶⁷ à compter de la notification de la décision ou de la date du jugement pour les personnes auxquelles il n'est pas notifié³⁶⁸.

La législation nouvelle institue donc un magistrat spécialisé dans le traitement des recours à l'encontre des décisions ou ordonnances émanant du juge des tutelles. Le fait de recourir à un juge spécifique est *a priori* un gage de sécurité pour le requérant et il convient de souligner que la distinction est maintenant claire entre la protection des mineurs et celle des majeurs, chacune étant l'affaire d'un magistrat particulier de la Cour d'appel. Malheureusement, le droit des incapacités est un droit de plus en plus spécifique, un droit qui a tendance à accroître

³⁶³ V. Norguin, « Formes du recours exercé contre le jugement d'ouverture de la tutelle : une lettre simple suffit ! », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 2008, n°07-11657, *D.* 2008, n°20, p 1378.

³⁶⁴ Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

³⁶⁵ Cette commission sur la répartition des contentieux, présidée par S. Guinchard, fut créée par R. Dati le 18 janvier 2008 et a rendu son rapport le 30 juin 2008 qui contient 65 propositions dont celle qui préconise que la Cour d'appel soit compétente à la place du tribunal de grande instance (point 28), voir S. Guinchard, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *D.* 2008, p 1748.

³⁶⁶ Cet article précise que : « *Un magistrat, qui prend le nom de délégué à la protection des majeurs, est désigné au sein de chaque cour d'appel par le premier président.*

Ce magistrat préside la formation de jugement qui statue en matière de protection juridique des majeurs sur les appels des décisions rendues par le juge des tutelles et le conseil de famille, ou y exerce les fonctions de rapporteur ».

³⁶⁷ L'alinéa 3 de l'article 1239 C. proc. civ. le précise explicitement : « *Le délai d'appel est de quinze jours* ».

³⁶⁸ Ces points de départ sont prévus à l'article 1241 C. proc. civ.

la différence entre les personnes. Cependant, l'intérêt du majeur à protéger est en permanence mis en avant et est particulièrement garanti par le biais des trois principes directeurs qui ont été réaffirmés en 2007 et qui s'imposent au juge des tutelles et aux autres acteurs de la protection.

136. Adaptation des modalités. La consécration de ces principes, comme nous l'avons étudiée précédemment, conduit à ne priver les majeurs en difficulté de leur capacité juridique et de leur autonomie que de manière subsidiaire et seulement lorsque cela s'avère nécessaire. Il a donc fallu adapter les modalités de fonctionnement des voies de recours et surtout les uniformiser sachant que « *les recours en matière de régime de protection n'ont cessé de se compliquer au cours de ces dernières années* »³⁶⁹. Le Code de procédure civile a subi plusieurs modifications afin que les modalités de recours soient plus lisibles et plus simples d'accès. Mais les principales évolutions ont concerné la liste, élargie, des requérants potentiels sous l'impulsion de la jurisprudence et des difficultés qu'elle a permis de soulever, mais aussi par le biais de différents décrets très importants en date du 5 décembre 2008³⁷⁰ et du 23 décembre 2009³⁷¹. La finalité recherchée est de faire du recours à l'encontre des décisions du juge des tutelles un véritable outil pour le majeur protégé dans la conservation de son autonomie et dans le respect de ses droits et libertés (§1) sachant que le cercle des requérants a été modifié dans un souci de simplification mais que des problèmes demeurent (§2).

§1) Les modalités des recours contre les décisions des juges des tutelles

L'expression « décision du juge des tutelles » est communément employée et regroupe en réalité plusieurs types d'actes contre lesquels il est possible d'engager un recours. Ce dernier, qui doit désormais être présenté devant la Cour d'appel (délégué à la protection des majeurs)

³⁶⁹ J-M. Plazy, « Panorama d'actualité relative aux majeurs protégés. Janvier 2008 – juillet 2009 », *D.* 2009, p 2183.

³⁷⁰ Décret n°2008-1276 du 5 déc. 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le code de procédure civile et pris pour l'application de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs.

³⁷¹ Décret n°2009-1628 du 23 déc. 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs.

constitue donc un véritable appel comme le rappellent M. Noguéro³⁷² et l'article 1239 CPC³⁷³ ; il s'agit de la fin d'une « *exception notable* »³⁷⁴ qui faisait traiter des « appels » par le tribunal de grande instance. Le processus de recours a du faire l'objet de quelques précisions touchant les différentes étapes de sa mise en œuvre. Tout recours contre une décision du juge des tutelles fait l'objet d'une audience devant la Cour d'appel, tandis que lors du déroulé de cette audience, la sécurité du majeur protégé sera garantie par l'intervention de divers acteurs. Or, l'ensemble de la procédure de recours a été soumise à un processus de simplification et une tentative d'harmonisation salutaire. Cette étape permet de privilégier l'intérêt du majeur protégé et son autonomie. Ainsi, l'étude des conditions antérieures à l'audience et du rôle de chacun pendant celle-ci demeure un passage obligé pour comprendre en quoi cette procédure se veut protectrice du majeur et de son entourage. Le respect des règles procédurales encadrant la saisine de la cour d'appel est une garantie pour le majeur protégé.

A. Avant l'audience devant la Cour d'appel

Tout recours contre une décision du juge des tutelles fait l'objet d'un examen par un magistrat spécialisé de la cour d'appel au cours d'une audience. Toutefois, avant le déclenchement de cette étape de la procédure, certaines précisions doivent être apportées, principalement en ce qui concerne les décisions du juge des tutelles susceptibles de faire l'objet d'un appel et la forme que ce recours doit revêtir pour être valablement examiné par la suite. Il découle en effet des analyses que la forme du recours diffère en fonction du type de décision qui est l'objet de l'appel. L'importance de cette démarche semble *a priori* dérisoire, mais l'étude approfondie des formes que peut prendre l'appel démontrera la volonté du législateur de favoriser l'exercice de cette voie de recours et de ne pas automatiquement se plier à la mesure initialement prononcée si la personne estime qu'elle n'est pas la plus appropriée. Nous allons étudier en quoi les modifications procédurales engagées récemment

³⁷² D. Noguéro, J-J. Lemouland, J-M. Plazy, « Majeurs protégés. Juillet 2009 – juillet 2010 », *D.* 2010, n°32, p 2115.

³⁷³ Les dispositions de cet article 1239 C. civ. utilisent explicitement le terme « appel » et non « recours » : « *Sauf disposition contraire, les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille sont susceptibles d'appel* ».

³⁷⁴ J. Hauser, « Formes des recours dans le contentieux de la tutelle : requête ou lettre », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 2008, n°07-11657, *RTD Civ.* 2008, p 454.

sont envisagées dans un but de protection des intérêts du majeur. En effet, la simplification du recours est caractérisée par les diverses formes que peut prendre l'appel dont l'exercice sera facilité.

1° Les décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours

137. Principe : la majorité des décisions. Le juge des tutelles dispose légalement de plusieurs missions et pour les mener à bien il est nécessairement amené à prendre des décisions. Or, ce terme est entendu de manière générique dans ce domaine particulier : outre de véritables décisions, le juge des tutelles délivre des autorisations en faveur du tuteur quant à la réalisation d'actes en principe prohibés. L'article 1239 CPC vise explicitement « *les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille* ». Il semble donc que l'ensemble des décisions émanant du juge des tutelles puisse valablement faire l'objet d'un appel.

Le vocable « *décisions du juge des tutelles* » couvre en réalité plusieurs types de décisions : il s'agit de celles qui concernent l'ouverture, la modification ou la levée de la mesure de protection, mais aussi les ordonnances autorisant ou refusant au tuteur la possibilité de réaliser certains actes en principe interdits. Pour les actes les plus graves, le tuteur peut en effet avoir besoin d'une autorisation du juge des tutelles, qui se veut protectrice des intérêts du majeur en évitant que le tuteur ne dispose d'une trop grande marge de manœuvre. La représentation d'une personne peut s'avérer dangereuse lorsque l'on n'est pas véritablement sûr des intentions du tuteur, c'est pourquoi, comme le souligne Mme Pierre-Maurice, « *la loi restreint l'efficacité du représentant du majeur protégé en exigeant une autorisation préalable du juge des tutelles* »³⁷⁵. Par le biais de cette autorisation prenant la forme d'une ordonnance, le juge des tutelles exerce sa fonction de garant de l'intérêt du majeur.

Il convient de préciser que les décisions du juge des tutelles visant à instituer une mesure d'accompagnement judiciaire suite à l'échec d'un accompagnement social personnalisé peuvent elles aussi faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel comme le prévoit l'article 1262-7 alinéa 2 CPC³⁷⁶. Ce texte exonère la personne de la présence obligatoire d'un avocat ce qui peut constituer une source d'économies non négligeables. Or, ces économies sont

³⁷⁵ S. Pierre-Maurice, « Nature d'une décision d'autorisation du juge des tutelles et voie de recours subséquente », *D.* 2008, n°17, p 1188.

³⁷⁶ L'alinéa 2 de l'article 1262-7 CPC précise : « *L'appel est formé, instruit et jugé selon la procédure sans représentation obligatoire* ».

salutaires dans le cadre des mesures d'accompagnement qui ont pour finalité la gestion des prestations sociales et qui sont ouvertes aux personnes en difficulté financière. Ainsi, les mesures judiciaires de protection ne sont plus les seules susceptibles de recours, celui-ci étant possible à l'encontre de la MAJ apparue en 2007 suite à la loi du 5 mars portant réforme de la protection des majeurs.

138. Quelques exceptions. Malgré ce que laissent transparaître les dispositions légales, notamment l'article 1239 C. proc. civ., il existe des exceptions quant au champ des décisions du juge des tutelles susceptibles de faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel. Ces exceptions sont au nombre de trois et concernent :

- les mesures d'administration judiciaire parmi lesquelles les plus fréquentes sont la demande d'accès à des pièces ou au dossier, ou encore la volonté du juge des tutelles de ne pas auditionner le majeur si son état ne le lui permet pas ;
- toute décision tendant à refuser l'ouverture d'une mesure de protection, cette exception doit pourtant être nuancée puisque le requérant initial conserve la possibilité de faire appel de cette décision ;
- la dernière catégorie de décisions du juge des tutelles ne pouvant faire l'objet de recours devant la cour d'appel est l'ordonnance d'ouverture d'une sauvegarde de justice. Cette mesure, lorsqu'elle n'est pas accompagnée de la désignation d'un mandataire spécial, n'est pas attentatoire aux droits du majeur protégé. Cela justifie qu'il n'est pas indispensable d'ouvrir une voie de recours quand est décidée une sauvegarde de justice. L'exercice par un mandataire est restrictif relativement à l'autonomie du majeur, c'est pourquoi il s'agit de l'unique hypothèse dans laquelle une mesure de sauvegarde de justice peut faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel. La Cour de cassation a rappelé cette absence de recours possible contre une ordonnance de sauvegarde de justice : « *le placement sous sauvegarde de justice n'étant susceptible d'aucun recours et ayant une fonction de protection du majeur concerné, il est exécutoire de plein droit* »³⁷⁷. La finalité protectrice justifierait la fermeture de l'accès aux recours contre une telle ordonnance quand bien même la jurisprudence autorisait un recours dans les hypothèses de sauvegarde de justice faisant suite à une déclaration médicale³⁷⁸. Cette position

³⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n°10-18960.

³⁷⁸ Voir en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1992, Bull. civ. I, n°295.

rend la situation actuelle d'autant plus curieuse puisque les mesures de protection doivent faire suite à la rédaction d'un certificat médical circonstancié.

139. *Rares exceptions.* La voie de recours contre les décisions des juges des tutelles est ouverte à l'encontre d'une grande majorité de décisions dès lors qu'elles influent sur les droits du majeur protégé. L'appel constituerait un second moyen de vérification de la garantie des intérêts de la personne à protéger ou protégée. Il sera donc utile et judicieux seulement lorsque la capacité du majeur est restreinte, c'est pourquoi il existe des exceptions, notamment la décision qui touche à l'ouverture d'une sauvegarde de justice sans qu'elle soit effectuée par un mandataire spécial. Dans cette hypothèse, les pouvoirs donnés au mandataire sont restrictifs pour l'autonomie et l'indépendance du majeur. C'est en ce sens qu'il a fallu organiser un recours contre ce genre de décision. Mais les décisions ne sont pas toutes traitées de la même manière et les recours varient dans leur forme en fonction de la décision attaquée.

2° La forme du recours en appel

140. *Catégorisation des décisions.* L'ensemble des décisions du juge des tutelles pouvant donner lieu à une procédure d'appel devant la Cour d'appel peut être divisé en deux grandes catégories, à savoir les décisions relatives à l'ouverture d'une mesure ou le refus de mainlevée et les décisions relatives à l'organisation et aux modalités de la mesure. Cette distinction a longtemps été la source d'une différence de forme quant à l'appel avant une harmonisation par le biais d'un décret du 23 décembre 2009³⁷⁹.

141. *Règles en vigueur antérieurement à ce décret.* Sous l'empire de la législation ancienne, la distinction entre les deux sortes de décisions du juge des tutelles prenait toute son importance et influait fortement sur la forme du recours à adresser au tribunal de grande instance, alors compétent pour connaître des appels contre les décisions du juge des tutelles. Concernant les décisions portant sur l'organisation de la tutelle, le recours ne pouvait se faire que par le biais d'une requête comme le prévoyait l'article 1216 CPC ancien³⁸⁰. Cette

³⁷⁹ Décret n°2009-1628 du 23 déc. 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs.

³⁸⁰ L'alinéa premier de cet article précisait en effet que « *Le recours est formé par une requête signée par un avocat et remise, ou adressée par lettre recommandée, au greffe du tribunal d'instance* ».

obligation légale constitue une formalité essentielle dans la mise en œuvre de l'appel, sachant que cette requête nécessite la signature d'un avocat ce qui alourdit encore la procédure. Cette formalité supplémentaire est peu judicieuse car ce type de décisions ne touche pas directement à la capacité du majeur protégé ; elles ne touchent en effet que les modalités de fonctionnement de la mesure.

A l'inverse, les recours effectués contre les décisions du juge des tutelles relatives à l'ouverture d'une mesure de tutelle ou du refus de mainlevée peuvent prendre deux formes différentes. Le recours peut tout d'abord se faire par le biais d'une requête telle qu'elle est prévue pour les décisions précédentes au sens de l'article 1216 CPC ancien. Mais dans un souci de simplification de l'accès au recours, une autre voie était permise : celle de la « lettre sommairement motivée et signée » découlant de l'article 1256 CPC ancien³⁸¹. L'alternative offerte aux majeurs protégés dans cette hypothèse d'ouverture de tutelle ou de refus de mainlevée permettait un allègement de la procédure et un accès plus simple au juge compétent pour la contestation. Il s'agissait d'un point bénéfique pour la personne protégée puisque la décision du juge des tutelles, qui était défavorable pour son autonomie, était susceptible d'être attaquée plus facilement que les autres.

142. Confirmations jurisprudentielles. Cette distinction est clairement reprise par la jurisprudence et elle fut toujours respectée. Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation en date du 25 mai 2004, une gérante de tutelle avait été écartée de sa fonction mais émit une contestation consignée dans une lettre recommandée. Ce recours fut dans un premier temps déclaré irrecevable par le tribunal en ce sens qu'il s'agissait d'une décision relevant de la simple organisation de la tutelle et que le recours ne pouvait que prendre la forme d'une requête. La mise à l'écart de la gérante n'influe aucunement sur la capacité du majeur protégé ce qui justifie que la requête soit le seul moyen susceptible d'instaurer un recours devant le tribunal, « *c'est l'article 1216 CPC qui s'appliquait* » comme l'a avancé M. Hauser dans sa note relative à cet arrêt³⁸².

³⁸¹ Il était prévu dans cet article les deux possibilités de recours contre les décisions des juges des tutelles : « *Le recours contre la décision qui ouvre la tutelle ou refuse d'en donner mainlevée est formé, soit conformément aux dispositions de l'article 1216, soit par lettre sommairement motivée et signée par l'une des personnes ayant qualité pour agir en vertu de l'article 493 du code civil [...]* ».

³⁸² J. Hauser, « Les formes de recours contre les décisions du juge des tutelles », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, *RTD Civ.* 2004, p 486.

Nous retrouvons aussi un exemple de l'application de cette distinction de façon plus récente dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 2 avril 2008³⁸³. Les faits ne sont pas les mêmes que précédemment : un majeur est placé sous tutelle et le tuteur désigné était une association tutélaire. Un recours a été formé par lettre simple destinée au greffe du tribunal d'instance afin de contester l'ouverture d'une telle mesure. Or, le tribunal rejette ce recours sur le fondement de l'article 1216 CPC qui impose une requête pour contester les décisions relatives à l'organisation de la tutelle. La Cour de cassation estime à juste titre que le jugement du tribunal constituait « *une erreur manifeste* »³⁸⁴ et que le fondement justifiant le rejet de ce recours était en réalité l'article 1256 CPC permettant un recours sous forme de lettre ou de requête relativement aux décisions d'ouverture de la mesure ou de refus de mainlevée, « *parce que la décision est grave* » d'après les termes employés par M. Hauser³⁸⁵.

143. *Apports du décret du 23 décembre 2009.* Concernant la forme des recours contre les décisions des juges des tutelles, il existait un corpus de règles. Mais elles n'étaient pas forcément évidentes à appliquer et manquaient de lisibilité. C'est pourquoi le décret du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs était attendu pour simplifier la forme des recours contre les décisions du juge des tutelles. Désormais, il n'existe plus qu'une forme de recours prévue à l'article 1242 CPC, c'est-à-dire une « *déclaration faite ou adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* ». Cette nouvelle réglementation n'est toutefois applicable que pour les recours déposés après le 1^{er} janvier 2010, date à laquelle le décret précédemment cité entre en vigueur. Avant l'entrée en vigueur de ce décret, l'exigence d'une lettre recommandée avec accusé de réception n'était que facultative mais est devenue ensuite obligatoire en ce qu'elle permet une preuve certaine quant à la date du document.

La simplification et l'uniformisation de l'appel à l'encontre d'une décision du juge des tutelles est salubre, il n'existe plus qu'une seule forme de recours : la lettre recommandée avec accusé de réception. Cet effort de simplification permet aux majeurs protégés ou à protéger de saisir plus facilement la juridiction d'appel pour contester les décisions susceptibles d'être attentatoires à leur capacité et parfois ouvertes ou gérées de manière

³⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 2008, n°07-11657.

³⁸⁴ « La forme des recours contre les décisions des juges des tutelles », *Gaz. Pal.*, 18 nov. 2008, n°323, p 28.

³⁸⁵ J. Hauser, « Formes des recours dans le contentieux de la tutelle : requête ou lettre », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 2008, n°07-11657, *RTD Civ.* 2008, p 454.

injustifiée. Une fois ce recours remis à la Cour d'appel, il est examiné par le magistrat spécialisé avant que ne soit ouverte une audience au cours de laquelle la décision initiale du juge des tutelles sera contrôlée. Ces nouveautés s'inscrivent dans une démarche plus vaste de simplification qui touche de nombreux domaines du droit tels que l'inscription du nom du partenaire de PACS sur le certificat de décès, l'augmentation des pouvoirs du juge aux affaires familiales, la souplesse des règles lors du partage du patrimoine suite à un divorce, la simplification de la déclaration de décès survenus dans les établissements sanitaires et médico-sociaux accueillant des personnes âgées ou encore de la délivrance du permis de chasse et des autorisations de chasse accompagnée.

B. Lors de l'audience

L'appel, dont la forme varie en fonction du type de la décision contestée, est examiné par le magistrat délégué à la protection des majeurs. Outre ce magistrat spécialisé, d'autres acteurs interviennent dans la procédure pour contrôler si les droits du majeur protégé sont garantis et pour éventuellement agir dans l'urgence si la situation de la personne le commande. Quel que soit l'organe qui est sollicité, chacun a un champ d'application déterminé et encadré visant à garantir au mieux l'intérêt du majeur protégé.

1° Le rôle du juge délégué à la protection des majeurs

144. *Recours obligatoire à des auditions.* Comme cela a déjà été expliqué, la compétence en matière de recours contre les décisions du juge des tutelles a été transférée récemment vers la Cour d'appel où est désigné un magistrat spécialisé : le délégué à la protection des majeurs³⁸⁶. Nous verrons que, s'il constitue le maillon central de la procédure, il n'est pas le seul intervenant et que son action demeure contrôlée dans l'intérêt du majeur protégé.

³⁸⁶ L'intervention de ce magistrat nouveau est prévue à l'article L312-6-1 COJ qui dispose : « *Un magistrat, qui prend le nom de délégué à la protection des majeurs, est désigné au sein de chaque cour d'appel par le premier président.*

Ce magistrat préside la formation de jugement qui statue en matière de protection juridique des majeurs sur les appels des décisions rendues par le juge des tutelles et le conseil de famille, ou y exerce les fonctions de rapporteur ».

La procédure d'appel contre une décision du juge des tutelles est une procédure orale au cours de laquelle chaque partie va exposer son point de vue. Cela a plusieurs incidences dont une audition obligatoire des parties, c'est-à-dire celle du requérant mais aussi celle du majeur protégé ou à protéger. Cette audition démontre la prise en compte de la personne même du majeur dont les facultés sont altérées. Elle est en principe obligatoire dans la mesure où l'état du majeur le permet et où elle ne fait encourir aucun risque pour la santé du majeur comme le prévoit l'alinéa second de l'article 432 C. civ.³⁸⁷. La personne à protéger fait donc partie intégrante de la procédure d'appel ; son audition, lorsqu'elle est effectuée, permet d'orienter éventuellement la décision à venir du délégué à la protection des majeurs qui a instruit la demande. Les difficultés subies par la personne protégée peuvent parfois amener le délégué à la protection des majeurs à se déplacer dans le ressort de la Cour d'appel dans laquelle il a été nommé afin de procéder à l'audition du majeur. C'est le cas par exemple lorsque la personne est accueillie en EHPAD ou est hospitalisée.

Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire concernant cette voie de recours contre les décisions du juge des tutelles. Toutefois, dès lors qu'un avocat a été choisi, il doit être entendu lors de la procédure par le magistrat spécialisé. L'article 1245 CPC précise que peut aussi être entendu, durant les débats, le ministère public dès lors que celui-ci a été impliqué dans le recours.

Cette procédure est calquée sur l'appel classique ce qui signifie que les effets suspensifs et dévolutifs s'appliquent. Si l'effet suspensif écarte l'application immédiate de la décision contestée, l'effet dévolutif oblige le magistrat saisi du recours de reprendre l'ensemble de la procédure sans tenir compte de ce qui a pu être précédemment décidé. C'est en ce sens que les auditions des différents intervenants au recours prennent toute leur importance et que le majeur protégé doit de nouveau être placé au centre du dispositif.

145. Prononcé de différents types de décisions. Une fois les différentes auditions réalisées, le délégué à la protection des majeurs, au nom de la cour, peut prononcer plusieurs sortes de décisions : « *la cour confirme, réforme ou infirme la décision frappée d'appel* » comme le résume parfaitement M. Verheyde³⁸⁸. Le magistrat peut donc orienter sa décision dans trois

³⁸⁷ Cet alinéa énonce, à propos de l'absence d'audition du majeur protégé, que : « *Le juge peut toutefois, par décision spécialement motivée et sur avis du médecin mentionné à l'article 431, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté* ».

³⁸⁸ T. Verheyde, « Appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille. A propos du décret du 23 décembre 2009 », *JCP G*, 18 janv. 2010, n°3, p 6.

sens : celui de la décision du juge des tutelles en confirmant ce qui a été prononcé initialement, celui d'aller à l'encontre de la précédente décision et l'annuler, ou alors celui de modifier la décision prise par le juge des tutelles. En outre, les pouvoirs de ce magistrat ont été élargis et il dispose d'une certaine autonomie quant à sa décision car il peut, « *même d'office, substituer une décision nouvelle* »³⁸⁹. Cette faculté de décider, en toute indépendance, impose la possession de certaines connaissances et compétences du juge quant au monde des incapacités. Ceci explique en partie la création d'un poste particulier et spécialisé qui incombe à un magistrat disposant de connaissances solides en matière de protection des majeurs et qui, par exemple, peuvent être d'anciens juges des tutelles.

2° Des acteurs complémentaires pour la sécurité du majeur

146. Urgence : intervention du juge des tutelles. Le délégué à la protection des majeurs désigné au sein de chaque Cour d'appel n'est pas le seul acteur de la voie de recours contre les décisions du juge des tutelles. Le juge des tutelles, même si sa décision initiale ferait l'objet d'une procédure d'appel, conserve un rôle. C'est en effet à lui que revient de prendre toute décision guidée par l'urgence au cours de l'appel. En tant que garant de l'intérêt du majeur protégé, il se doit de rester vigilant alors qu'un recours a été ouvert contre une de ses décisions. Si l'état du majeur le nécessite ou qu'un acte doit être autorisé pour préserver le patrimoine ou la personne, le juge des tutelles peut de nouveau être sollicité. L'appel ne délie pas le juge des tutelles des actes urgents et essentiels de la protection des majeurs.

147. Contrôle de la Cour de cassation. Bien que le délégué à la protection des majeurs dispose d'une certaine indépendance – l'indépendance des juges du siège est un principe constitutionnel – dans le rendu de sa décision, il n'en demeure pas moins soumis à un contrôle et une vérification dans la réalisation de sa mission. Son rôle dépasse celui des autres juridictions en ce que « *la Cour de cassation veille à garantir les droits essentiels des droits protégés* »³⁹⁰, elle est donc le gardien final des droits et libertés du majeur protégé ou à protéger. Elle constitue donc un élément supplémentaire dans la vérification de la garantie de l'intérêt du majeur dans la protection qui est ouverte à son égard. La Cour de cassation est

³⁸⁹ T. Verheyde, « Appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille. A propos du décret du 23 décembre 2009 », art. préc.

³⁹⁰ V. Norguin, « Formes du recours exercé contre le jugement d'ouverture de la tutelle : une lettre simple suffit ! », *D.* 2008, n°20, p 1378.

l'échelon final dans la préservation de l'autonomie du majeur et constitue une garantie contre les éventuelles erreurs de droit des juges des tutelles dans leurs choix puisque les parties ont la possibilité de former un pourvoi. Cette procédure s'explique par le fait que l'ouverture d'une protection, qu'elle soit sociale ou judiciaire, est restrictive de droits et que le majeur protégé, comme toute autre personne, bénéficie d'une procédure régulée que les juges doivent respecter en permanence.

148. Cas ambigu de la notification : rôle du greffe. Le greffe dispose d'un rôle très important à l'issue de l'audience d'appel puisque c'est à lui que revient la charge de notifier la décision prise par le délégué à la protection des majeurs comme le précise l'article 1246-1 CPC³⁹¹. La notification de la décision doit se faire parallèlement au renvoi du dossier complet au juge des tutelles dont la décision initiale a été contestée. Aucune forme particulière n'est exigée par la loi relativement à la notification, M. Verheyde³⁹² préconise toutefois, et nous le soutenons dans cette démarche, que le greffe fasse la notification « *par parallélisme des formes avec les convocations* ». L'application de ce principe conduit donc le greffe à faire connaître la décision de la Cour d'appel par le biais d'une lettre recommandée avec accusé de réception. Cette forme particulière exigée en matière de notification permet en outre une harmonisation avec les notifications des décisions émanant du juge des tutelles dont l'article 1231 CPC prévoit qu'elles se feront sous la forme principale de LRAR³⁹³. En instaurant la notification par le biais de la LRAR, et de manière subsidiaire par un acte d'huissier, deux avantages en ressortent nettement : d'abord quant à la preuve de la date de la notification et ensuite quant à l'uniformisation des formes des notifications et des modes de convocation à l'audience. De plus, ce choix procède d'un coût moindre par rapport à la notification par acte d'huissier : la LRAR coûte entre quatre et sept euros en fonction du poids et de la destination alors que l'acte d'huissier coûte en moyenne dix fois plus cher.

³⁹¹ L'alinéa premier de l'article 1246-1 affirme que : « *La décision de la cour est notifiée à la diligence de son greffe* ».

³⁹² T. Verheyde, « Appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille. A propos du décret du 23 décembre 2009 », art. préc.

³⁹³ L'alinéa premier de cet article 1231 prévoit que la forme principale pour notifier une décision du juge des tutelles est la LRAR mais que dans des cas exceptionnels, le juge peut décider de faire une notification par acte d'huissier : « *Les notifications qui doivent être faites à la diligence du greffe le sont par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ; le juge peut, toutefois, décider qu'elles seront faites par acte d'huissier de justice* ».

La notification de la décision prise par le magistrat spécialisé revient donc au greffe et sera faite à des personnes différentes en fonction de l'identité des requérants à l'origine de la procédure d'appel.

§2) Les évolutions quant aux requérants potentiels : une simplification essentielle mais imparfaite

149. *Simplification quant aux demandeurs.* Les modalités et la mise en œuvre de la procédure d'appel ont donc été simplifiées, mais il existait encore des points noirs, notamment en ce qui concerne les personnes ayant la faculté de former une requête contre une décision du juge des tutelles. La liste des requérants n'était pas clairement fixée et changeait en fonction de la décision qui était contestée. Sachant que le manque de lisibilité est toujours néfaste aux personnes protégées ou à protéger, il était donc nécessaire de proposer une harmonisation des règles concernant les requérants potentiels en matière d'appel contre les décisions des juges des tutelles. S'il est certain que la simplification de l'accès au recours devant la Cour d'appel est essentielle pour préserver l'autonomie et la capacité de la personne, celle-ci passe par une ouverture dans la liste des requérants. Bien que le majeur protégé doive être le centre de la procédure et qu'il puisse naturellement demander à ce que la décision soit de nouveau examinée en appel, il ne peut être le seul requérant. Sa protection passe nécessairement par l'ouverture de cette voie de recours à d'autres personnes dont le décret du 5 décembre 2008³⁹⁴ a permis d'établir une liste précise mais source de critiques. Il convient de noter que, parfois, l'ouverture d'un recours peut aller à l'encontre de l'autonomie de la personne lorsqu'il est fait par un requérant non content de la décision initiale et souhaitant, par exemple, une mesure plus contraignante.

150. *Fin de la tierce opposition.* La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs a mis fin à la possibilité pour les tiers directement affectés dans leurs droits par l'ordonnance du juge des tutelles d'avoir recours à la tierce opposition ou en a tout du moins largement limité l'accès. Cette pratique longtemps admise ne concerne désormais plus qu'un

³⁹⁴ Décret n°2008-1276 du 5 déc. 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le code de procédure civile.

seul et unique cas recensé au troisième alinéa de l'article 499 C. civ.³⁹⁵. relatif aux créanciers de la personne protégée. Outre le fait d'être créancier du majeur protégé, une seconde condition est exigée par la loi afin que la tierce opposition puisse valablement être demandée : la modification des droits du créancier doit découler d'une fraude. L'accès à cette voie de recours est donc extrêmement restreint avec ces nouvelles dispositions découlant de la réforme de 2007.

A. Les ambiguïtés longtemps dommageables

Pendant de longues années, la liste des requérants était difficile à cerner précisément car de nombreux critères entraient en ligne de compte, le principal étant celui de la modification des droits et des charges. Ce critère large et non clairement défini par les dispositions législatives faisait cohabiter deux interprétations opposées ; la sécurité juridique n'était alors pas assurée et de nombreuses ambiguïtés subsistaient. De plus, l'évolution de la philosophie de la protection et l'apparition dans l'esprit des textes d'une protection centrée sur la personne du majeur ont rendu la liste ancienne des requérants encore moins judicieuse. L'étude de ce qu'était le paysage des requérants pouvant contester une décision du juge des tutelles peut être réalisée de manière chronologique en pointant tout d'abord les aspects négatifs qu'il convenait de modifier. Le critère premier des droits et charges longtemps utilisé a montré des limites avec les évolutions du régime des incapacités et de la protection qui couvre désormais le patrimoine du majeur mais aussi sa propre personne.

1° Le principe de la modification des droits et des charges

151. *Deux interprétations possibles mais une est principalement reconnue.* Le principal critère utilisé pour définir les éventuels requérants était celui de la modification des droits et des charges : les personnes subissant une telle modification avaient la possibilité d'exercer un recours contre la décision du juge des tutelles. Deux interprétations contradictoires ont longtemps cohabité à propos de la notion de droits et charges et leur modification suite à une

³⁹⁵ L'alinéa 3 de l'article 499 C. civ. prévoit ce seul cas de recours à la tierce opposition : « *La tierce opposition contre les autorisations du conseil de famille ou du juge ne peut être exercée que par les créanciers de la personne protégée et en cas de fraude à leurs droits* ».

décision du juge des tutelles. Le principe veut que seuls peuvent être requérants et engager une procédure en appel contre une décision du juge des tutelles ceux qui sont directement impliqués dans la protection du majeur.

Le caractère strict de cette interprétation implique au sens des juges de la Cour de cassation que « *les droits et charges visés par l'article 1214 NCPC s'entendent exclusivement de ceux qui résultent de l'organisation de la tutelle* »³⁹⁶. Les droits et charges qui ouvrent le droit au recours sont donc exclusivement ceux qui découlent de l'organisation de la tutelle ou de la curatelle comme cela vient d'être signalé et qui a été repris de manière constante dans la jurisprudence³⁹⁷. Par conséquent, l'accès à l'appel et au magistrat délégué à la protection des majeurs est perçu de façon stricte par la jurisprudence ; « *la participation à l'organisation de la tutelle de l'incapable est ainsi une condition de recevabilité des actions contre les décisions du juge des tutelles* » comme le remarque très justement Mme Courtois-Champenois³⁹⁸.

Cette notion de modification des droits et des charges entendue comme ce qui découle de l'organisation de la mesure a été reprise par la jurisprudence dans des espèces très variées : c'est ainsi « *qu'une vocation à hériter [...] ne suffit pas* »³⁹⁹, le neveu ne jouant aucun rôle dans la tutelle ; il doit exister une vie en communauté entre les protagonistes, « *tel n'est pas le cas du conjoint qui vit séparé de la personne protégée* »⁴⁰⁰ ; une femme qui partageait toujours la vie de son mari mais « *qui n'a joué aucun rôle dans la tutelle de son mari* »⁴⁰¹ ne peut se retourner, après le décès de ce dernier, contre le testament établi par le conjoint protégé. Cette dernière espèce est révélatrice des manques engendrés par la restriction de l'accès à la procédure d'appel. En appliquant ce principe de l'acceptation stricte de la notion de droits et de charges, de nombreux membres de la famille et proches du majeur étaient exclus de la voie de recours.

³⁹⁶ Ce sont les termes utilisés par les juges dans l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 24 févr. 1993, Bull. civ. I, n°84 ; D. 1994, p 21, note J. Massip ; RTD Civ. 1994, p 79, J. Hauser, *Defrénois* 1993, 1002, J. Massip.

³⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 15 juil. 1993, Bull. civ. I, n°258, p 178 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1994.

³⁹⁸ E. Courtois-Champenois, « L'épouse ne jouant aucun rôle dans l'organisation de la tutelle de son mari est sans qualité pour former un recours contre la décision du juge des tutelles autorisant son époux à tester », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, n°99-15776, JCP G n°46, 13 nov. 2002, p 2017.

³⁹⁹ J. Hauser, « Qui peut critiquer une décision du juge des tutelles ou une délibération du conseil de famille ? », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 févr. 1993, Bull. civ. I, n°84, RTD Civ. 1994, n°1, p 79.

⁴⁰⁰ J. Massip, « Majeur protégé. Procédure. Décision du juge des tutelles. Recours. Personnes dont la décision du juge des tutelles modifie les droits et charges », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, *Defrénois*, 30 nov. 1995, n°22, p 1391.

⁴⁰¹ E. Courtois-Champenois, « L'épouse ne jouant aucun rôle dans l'organisation de la tutelle de son mari est sans qualité pour former un recours contre la décision du juge des tutelles autorisant son époux à tester », art. préc.

152. Position critiquable. A trop restreindre l'accès à la procédure d'appel contre les décisions des juges des tutelles, la loi et la jurisprudence ont adopté une position constante mais critiquable. Il nous semble beaucoup trop restrictif et peu judicieux de ne s'intéresser qu'au « *lien qui existe entre la participation à la tutelle et la possibilité offerte d'agir contre les décisions du juge des tutelles* »⁴⁰². La justification de cette critique est parfaitement illustrée par l'affaire issue de l'arrêt du 31 janvier 1995 précédemment cité dans laquelle une femme souhaitait contester l'autorisation judiciaire délivrée à son mari handicapé mental, avant son décès, pour valider son testament. Le critère principal étant celui de participation à l'organisation de la tutelle ou de la curatelle et non celui de l'impact réel de l'acte en cause sur les droits de la personne, la veuve ne disposait alors d'aucun recours contre l'ordonnance du juge des tutelles autorisant le majeur à tester. Les obstacles opposés à l'épouse se justifient par la mise en avant de l'autonomie du majeur protégé et la prise en compte de ses souhaits et de sa volonté. Ce pouvoir donné à la personne handicapée mentale passe outre les effets du testament sur les droits de la conjointe.

Le recours à une vision si stricte de la notion de charges et de droits ne tient pas compte de la personne du majeur comme quelqu'un qui est entouré d'une famille ou de proches. Le majeur tendrait donc à se retrouver isolé et les conséquences des actes qu'il conclut sont prises en compte seulement lorsqu'elles impliquent une personne ayant une fonction dans l'organisation de la tutelle ou de la curatelle. Or, nous rejoignons la position de M. Casey⁴⁰³ qui estime que « *cette approche est destructive de lien social, et surtout de lien familial* ». A partir de ce constat, il était nécessaire d'apporter des atténuations dans l'application du caractère strict de la notion de droits et de charges ouvrant droit au recours contre les décisions du juge des tutelles.

2° Des atténuations du fait de la prise en compte de la personne

153. Cas de jurisprudence isolés : l'ouverture du recours selon la qualité de la personne. Nous avons vu précédemment que le principe était une acception restrictive de la notion de

⁴⁰² E. Courtois-Champenois, « L'épouse ne jouant aucun rôle dans l'organisation de la tutelle de son mari est sans qualité pour former un recours contre la décision du juge des tutelles autorisant son époux à tester », art. préc.

⁴⁰³ J. Casey, « Recours contre les décisions modifiant la mesure de protection : entre passé et avenir », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 déc. 2008, n°06-20810, *RJPF*, 2009, n°4.

droits et de charges ; mais une autre interprétation, plus large avait parfois été mise en avant sans être privilégiée.

La jurisprudence a parfois – rarement – admis une interprétation plus large de la notion de droits et de charges en ne se limitant pas aux seules personnes directement impliquées dans l'organisation de la mesure. Deux affaires méritent à ce titre d'être mises en avant et expliquées. La première d'entre elles date de 1997⁴⁰⁴ et concerne une jeune femme placée sous tutelle confiée à l'UDAF du Var ce qui lui permettait, comme elle le souhaitait, d'être domiciliée près de son père. Mais sa mère, après avoir alerté le juge « *par des multiples courriers alarmants* »⁴⁰⁵ parvient à changer l'association gérante de tutelle et à faire revenir sa fille en Essonne tandis que cette dernière continuait à afficher sa volonté de rester près de son père. Ce dernier a contesté cette décision et obtenu gain de cause devant le tribunal mais son ex femme saisit la Cour de cassation en avançant que le recours n'était pas recevable puisque les droits et charges de son ex mari n'étaient pas modifiés au sens de la jurisprudence et qu'il n'avait donc le droit de former un recours.

La Cour de cassation avait admis le recours du père ce qui démontre « *un infléchissement important par rapport à la doctrine [...] qu'invoquait la demanderesse au pourvoi* » mis en avant par M. Massip⁴⁰⁶. Cet auteur explique et justifie cet infléchissement en avançant que « *la décision du juge des tutelles concerne le gouvernement de la personne d'un majeur protégé* » et qu'à ce titre, « *il serait peu admissible que les père et mère de celui-ci, ses descendants, ses frères et sœurs, ne soient pas admis à former un recours* ».

154. Extension par la Cour de cassation. De manière plus récente⁴⁰⁷, la Cour de cassation a eu de nouveau une vision plus large des personnes susceptibles de pouvoir exercer un recours contre les décisions du juge des tutelles. Une dame âgée fut placée sous tutelle, sa fille fut désignée administratrice légale. Mais elle fut déchargée de cette fonction par une décision du juge des tutelles, décision contestée par le gendre de la majeure protégée. La Cour de cassation, de manière surprenante, casse la décision du juge des tutelles et admet donc que le gendre d'une personne protégée peut valablement exercer un recours alors qu'il ne voyait pas ses droits et charges modifiés et qu'il n'était nullement impliqué dans l'organisation de la

⁴⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 1997, note T. Fossier, *JCP G*, 1997, II, n°22882.

⁴⁰⁵ J. Massip, « Des recours contre les décisions des juges des tutelles et des principes applicables à la protection de la personne des majeurs incapables », *D.* 1998, p 333.

⁴⁰⁶ J. Massip, « Des recours contre les décisions des juges des tutelles et des principes applicables à la protection de la personne des majeurs incapables », art. préc.

⁴⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2008, n°05-20068.

tutelle. Dans cette espèce, « *la Cour de cassation paraît très clairement décidée à élargir le recours [...] à tous les membres de la famille* »⁴⁰⁸. L'élargissement proposé ici découle de la simple qualité de la personne demanderesse : en l'occurrence, en tant que gendre, il est nécessairement touché par les conséquences de la mesure, *a fortiori* si son épouse joue un rôle direct dans la protection. Toutefois, la famille est une notion qui ne fait l'objet d'aucune définition sur le plan juridique comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel au moment de se prononcer sur l'inceste : « *en ne définissant pas les liens familiaux qui conduisent à ce que des viols et agressions sexuels soient qualifiés d'incestueux* »⁴⁰⁹, il est compliqué de délimiter précisément l'inceste.

155. Fondement nouveau et distinction nouvelle : les décisions relatives à la personne et la famille. Ces arrêts de la Cour de cassation, bien qu'isolés et ne reflétant malheureusement pas la doctrine majoritaire, démontrent une brèche dans l'application trop stricte de la notion de droits et charges relatives à la mesure. Ils apportent chacun des nouveaux éléments permettant d'ouvrir à une population plus importante le recours contre les décisions des juges des tutelles. Sans qu'il ne s'agisse d'une remise en cause du pouvoir décisionnel reconnu à ces magistrats, ces deux cas présentent une importance certaine en ce qu'ils impliquent de manière plus forte la famille.

La protection concerne non seulement le patrimoine du majeur mais aussi sa personne, c'est pourquoi les décisions du juge des tutelles peuvent concerner l'un et/ou l'autre de ces volets. L'interprétation stricte de la notion de droits et de charges qui existait jusque là convenait nettement mieux aux décisions patrimoniales, mais il fallait tenter un élargissement de l'accès au recours pour les décisions plus personnelles afin de se rapprocher d'une uniformisation avec les personnes capables de demander la mise en œuvre d'une mesure de protection. La distinction nouvelle entre les décisions qui concernent le patrimoine et la personne devrait apporter une nuance importante dans les requérants potentiels. En outre, les évolutions récentes semblent replacer la famille au cœur du processus protecteur en lui redonnant un rôle prioritaire. « *La famille a une vocation naturelle à assurer la protection de ses membres* »⁴¹⁰, il est donc essentiel de la solliciter avant toute autre personne et l'écarter de

⁴⁰⁸ L. Pécaut-Rivolier, « Le gendre d'une personne protégée est recevable à agir contre la décision déclarant la tutelle vacante », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2008, n°05-20068, *AJ Fam.* 2008, p 124.

⁴⁰⁹ Décision n°2011-163 QPC, 16 sept. 2011 sur la définition des délits et crimes incestueux.

⁴¹⁰ M. Douchy-Oudot, « Majeur protégé : personnes pouvant exercer un recours contre la décision déclarant la tutelle vacante et déférant la tutelle de l'Etat », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2008, n°05-20068, *Procédures*, n°3, 2008, p 20.

la mesure constitue donc une décision contestable. La famille constituant le premier protecteur du majeur, il serait logique « *que les membres de la famille se voient reconnaître le droit de former un recours contre les décisions qui écartent les parents des charges tutélaires* »⁴¹¹.

Même si ces décisions de jurisprudence n'ont pas été suivies et sont restées isolées, elles ont mis en avant les faiblesses du système, dont le législateur dut tenir compte pour adapter les normes et favoriser l'accès au recours source de respect de l'autonomie du majeur.

B. Les effets du décret du 5 décembre 2008

Les dispositions nouvelles découlant du décret du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs, modifiant le code de procédure civile et écartant l'application stricte de la notion de droits et de charges ont eu un effet bénéfique quant à l'identité des personnes ayant la possibilité d'exercer un recours devant la Cour d'appel contre les décisions du juge des tutelles. Il était nécessaire de passer par cette étape de simplification et d'accroissement de lisibilité pour que l'accès au magistrat délégué à la protection des majeurs soit meilleur et ouvert de manière plus large. Cependant, les apports de ce décret relativement aux requérants potentiels n'a pas que des points positifs puisque le mécanisme de notification n'est pas forcément bien adapté et que cela soulève quelques interrogations.

1° Une liste de requérants plus large et limitative...

156. Impact de la suppression de la saisine d'office du juge des tutelles. La réforme du 5 mars 2007 a supprimé la faculté dont disposait le juge des tutelles de se saisir d'office. Or, cette nouveauté a répondu à quelques interrogations dont avait eu à traiter la Cour de cassation⁴¹². Les dispositions du CPC ouvraient le recours contre les décisions de refus d'ouverture des mesures aux requérants, à ceux qui sont à l'origine de la demande de

⁴¹¹ « Recevabilité du recours formé par un membre de la famille contre une décision ouvrant la tutelle d'Etat d'un majeur », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2008, n°05-20068, *Gaz. Pal.*, 26 juil. 2008, n°208, p 24.

⁴¹² Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, n°02-10739, note J. Hauser, « Ouverture de la tutelle : recours contre le refus », *RTD Civ.* 2005, p 365 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, n°07-17094, note J. Hauser, « Recours contre un refus d'ouverture : quid novi ? », *RTD Civ.* 2009, p 97.

protection. Or, le juge des tutelles, lorsqu'il se saisissait d'office ne remplissait pas les conditions du requérant au sens du CPC ; « *il n'y a pas de recours possible* » dans cette hypothèse comme le souligne M. Hauser⁴¹³. La suppression de cette faculté pour le juge des tutelles met donc fin à cette ambiguïté et à la restriction de l'accès à la voie de recours si le juge des tutelles s'était saisi. C'est pourquoi, comme l'affirme M. Hauser, « *notre hypothèse ne se produira donc plus* »⁴¹⁴.

L'impossibilité désormais faite au juge des tutelles de se saisir d'office doit être compensée par l'importance grandissante accordée au procureur de la République. Son rôle de filtre entre les personnes signalant le besoin de protection et le juge des tutelles le conduit naturellement à devenir un requérant apte à contester les décisions comme l'énonce l'article 1240 CPC⁴¹⁵.

157. Tentative d'harmonisation et modification de la liste. Il convient de préciser de manière liminaire, comme cela a déjà été abordé⁴¹⁶, que les tiers n'ont plus la possibilité d'exercer un recours contre les décisions du juge des tutelles sauf s'ils sont créanciers et qu'une fraude est caractérisée.

Depuis le 1^{er} janvier 2009 et l'entrée en vigueur du décret du 5 décembre 2008, il est prévu que le recours contre une décision du juge des tutelles soit ouvert par les « *personnes énumérées à l'article 430 C. civ.* » aux termes de l'article 1239 CPC. Cet article précise en outre que peut intenter un recours une personne qui n'est pas intervenue à l'instance ce qui élargit le cercle des intervenants et écarte définitivement la notion de droits et de charges utilisée antérieurement. Cette liste regroupe la famille entendue au sens large et actuel, c'est-à-dire incluant non seulement le conjoint mais aussi le concubin et le partenaire du PACS, mais aussi les personnes ayant des liens étroits et stables avec le majeur et le protecteur qui constituent l'entourage de fait. Ces modifications présentent l'avantage de se rapprocher de la vision du législateur souhaitant donner la priorité à la famille en ce qui concerne la protection, comme cela est rappelé à l'alinéa 4 de l'article 415 C. civ.⁴¹⁷.

⁴¹³ J. Hauser, « Recours contre un refus d'ouverture : quid novi ? », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, n°07-17094, *RTD Civ.* 2009, p 97.

⁴¹⁴ J. Hauser, « Recours contre un refus d'ouverture : quid novi ? », art. préc.

⁴¹⁵ Sur le rôle civil du ministère public en général, cf. *infra*. n°190 s.

⁴¹⁶ Cf. *supra*. sur la tierce opposition n°150.

⁴¹⁷ Cet alinéa précise que « *Elle [la protection] est un devoir des familles et de la collectivité publique* »

Les requérants potentiels sont donc plus nombreux mais subsiste un problème : celui de l'usage d'une liste limitative ce qui exclut toute modification. M. Hauser⁴¹⁸ avait fait une proposition qui, nous semble-t-il, aurait dû être préférée : il préconisait que « *les proches* » aient tous la possibilité d'exercer un recours. Il semblerait effectivement judicieux d'utiliser un vocable de ce type du fait de son caractère non figé et plus large. Les listes, lorsqu'elles se veulent exhaustives, « *peinent à décrire toutes les situations rencontrées en pratique* »⁴¹⁹. C'est pourquoi il est préférable de choisir une expression plus souple permettant de s'adapter aux évolutions et donc de faire éventuellement entrer de nouvelles personnes dans cette catégorie des requérants ayant la possibilité de contester les décisions du juge des tutelles.

2° Pas forcément en adéquation avec l'obligation de notification des décisions du juge des tutelles

158. Problèmes procéduraux. S'il est bénéfique pour l'autonomie du majeur protégé, le changement dans la catégorie des personnes aptes à déclencher un recours contre les décisions des juges des tutelles se heurte à des problèmes procéduraux qui concernent plus particulièrement la notification. Cette dernière demeure relativement restreinte, tout du moins inadaptée, en ce qui concerne les décisions du juge des tutelles. La notification des décisions du juge des tutelles est prévue à l'article 1230 CPC dont les dispositions ne sont pas satisfaisantes si on les confronte à celles de l'article 1239 CPC ciblant les personnes pouvant faire appel de telles décisions. L'article 1230 CPC oblige le greffé à notifier la décision au protecteur mais aussi à toute autre personne dont les droits et les obligations sont modifiées du fait de la mesure. Il s'agit d'un résidu de la notion de droits et de charges qui étaient auparavant utilisée pour déterminer qui avait une possibilité de recours contre les décisions du juge des tutelles. Par conséquent, la décision du juge des tutelles n'est pas forcément notifiée aux personnes qui auraient la possibilité de la contester.

159. Cas de la notification. Le problème qui se pose est que « *s'il n'y a pas de notification, il n'y a pas de recours* »⁴²⁰ puisque la personne n'est pas au courant de la décision et que le délai d'appel est relativement court (quinze jours aux termes de l'alinéa 4 de l'article 1239

⁴¹⁸ J. Hauser, « Toujours la définition des droits et des charges de l'article 1215 du nouveau code de procédure civile », note sous TGI Sables d'Olonne, 9 juin 2006, *RTD Civ.* 2007, p 754.

⁴¹⁹ J. Casey, « Recours contre les décisions modifiant la mesure de protection : entre passé et avenir », art. préc.

⁴²⁰ J. Casey, « Recours contre les décisions modifiant la mesure de protection : entre passé et avenir », art. préc.

CPC). Ainsi, les dispositions de ces deux articles ne sont pas concordantes et ne coïncident pas ce qui est source d'une certaine ambiguïté. Comment est-ce possible d'exercer un recours contre une décision dont on n'a pas connaissance ? M. Casey⁴²¹ a une formule très significative à cet égard puisqu'il affirme qu'« *en somme, on ouvre un droit de critique, mais sans en informer ceux qui sont désormais admis à l'exercer* ». Il devient alors nécessaire que les champs d'application de la notification de la décision initiale et du recours se juxtaposent et que soient visées les mêmes personnes.

Se précise alors de nouveau l'intérêt de recourir à une terminologie plus globalisante, par exemple « *les proches* », comme cela avait été avancé par M. Hauser, et parmi lesquels certains feront l'objet d'une notification de la décision. Il faut, dans l'intérêt du majeur protégé et de la simplification de l'accès à la voie de recours, procéder à une uniformisation des termes et donc des personnes à la fois cibles de la notification et détentrices de la faculté d'exercer un appel contre la décision qui leur serait notifiée. La seule chose à faire alors pour harmoniser ces dispositions serait « *que les juges des tutelles notifient les décisions qu'ils prennent le plus largement possible* » comme le souffle Mme Pécaut-Rivolier⁴²². Ils seraient soutenus dans cette démarche par le greffe qui déciderait des personnes à prévenir, la sélection se faisant « *en cercles concentriques* »⁴²³ afin de viser les personnes censées subir l'impact et l'influence de la décision et donc leur ouvrir le droit à recours. La notification ne peut être trop générale du fait du coût et de la masse de travail que cela engendrerait mais, à l'inverse, elle ne doit pas être trop restrictive non plus afin que chacun puisse correctement exercer son droit de recours.

⁴²¹ J. Casey, « Recours contre les décisions modifiant la mesure de protection : entre passé et avenir », art. préc.

⁴²² L. Pécaut-Rivolier, « Le gendre d'une personne protégée est recevable à agir contre la décision déclarant la tutelle vacante », art. préc.

⁴²³ J. Casey, « Recours contre les décisions modifiant la mesure de protection : entre passé et avenir », art. préc.

Conclusion Chapitre 2

160. *Individualisation de la protection.* La consécration des grands principes directeurs – nécessité, proportionnalité et subsidiarité – permet d’apporter une certaine souplesse et une individualisation dans la mise en œuvre de la protection. Si la temporalité est un élément important comme cela a été démontré dans le chapitre précédent, la gradation nouvelle et l’efficacité, au moins apparente, des recours en sont des compléments essentiels. Cette souplesse permet aux personnes dont les facultés sont altérées de continuer de bénéficier d’un maximum d’autonomie malgré la mise en place d’une protection.

161. *Distinction protection sociale et protection judiciaire.* La réforme du 5 mars 2007 distingue clairement les aspects judiciaire et social de la protection en mettant fin aux curatelles pour oisiveté, intempérance et prodigalité ; ces dernières sont remplacées par des mesures d’accompagnement : les MASP et les MAJ. Destinées à rétablir l’autonomie financière du majeur, ces mesures sont moins restrictives de droits que les mesures judiciaires et doivent donc être privilégiées. En outre, la loi nouvelle a mis fin à l’autorisation jurisprudentielle de cumul entre ces différentes mesures. L’application stricte du principe de subsidiarité implique désormais une incompatibilité entre les mesures sociales et les mesures judiciaires et, de manière plus précise, une gradation dans la mise en œuvre des mesures quelle que soit leur nature. La protection judiciaire étant plus contraignante, il convient de l’ouvrir après constat de l’insuffisance de moyens plus légers, notamment par le biais du conjoint qui semble le protecteur le plus naturel au même titre que la famille qui, malheureusement, n’est pas clairement définie en droit. Si le régime matrimonial doit être prioritaire par rapport à la protection judiciaire, il ne faut pas oublier que l’utilisation de mandats ou la gestion d’affaires peuvent être suffisantes pour éviter le recours à la protection judiciaire qui éteindrait de nouvelles zones d’autonomie de la personne. Toutefois, la protection par le conjoint trouve des limites dans le manque de contrôle des facultés de celui-ci et dans son application visant surtout l’aspect patrimonial.

162. *Recours contre les décisions du juge des tutelles.* Si le juge des tutelles, en tant que garant de l’intérêt du majeur protégé, prend les décisions relatives à la mise en place de la protection, il n’en demeure pas moins que des recours sont ouverts contre la majorité de ses

décisions et impliquant l'intervention d'un juge délégué à la protection des majeurs siégeant à la Cour d'appel. Un décret du 23 décembre 2009 a apporté des simplifications en la matière puisqu'il ne retient qu'une seule et unique forme de recours : la lettre recommandée avec accusé de réception et qui écarte la nécessité d'avoir recours à un avocat ce qui permet un coût moindre de la procédure. Cette baisse des coûts concerne aussi la notification qui se fera principalement et prioritairement par LRAR, les actes d'huissier, nettement plus onéreux, ne seront que secondaires. Le fait de privilégier cette forme est salubre puisque la notification est importante en ce qu'elle est le point de départ de la procédure de recours et qu'elle doit ainsi être faite de manière suffisamment large afin que chacun puisse exercer son droit de recours. Un décret du 5 décembre 2008 a limitativement visé les requérants parmi lesquels le procureur de la République en tant que filtre entre les demandeurs et le juge des tutelles. De plus la liste, qui comprenait initialement les requérants – dans la demande d'ouverture d'une mesure de protection – visés à l'article 430 C. civ. a été élargie à l'entourage de fait ce qui impose une notification plus vaste. L'étape suivante qu'il faudra atteindre est celle de faire coïncider les champs d'application des notifications de la décision initiale et du recours éventuel, notamment pour que les mêmes personnes soient visées dans les deux hypothèses.

CONCLUSION TITRE 1

163. *Approche nouvelle de la protection de la personne handicapée.* L'année 2007 marque un revirement dans la façon d'aborder la protection des majeurs présentant un handicap mental. Si certains principes – nécessité et subsidiarité – avaient déjà été affirmés par le doyen Carbonnier dans la loi du 3 janvier 1968, leur consécration dans la réforme du 5 mars 2007 démontre la volonté de considérer le majeur protégé comme une personne pouvant disposer d'un patrimoine et plus seulement sous ce seul aspect patrimonial. Ces deux principes ont été complétés par celui de proportionnalité et cet ensemble doit guider les acteurs de la protection vers une individualisation de la prise en charge afin de prévoir éventuellement un retour progressif à l'autonomie ou à des îlots d'autonomie. L'articulation entre les différents acteurs est modifiée : le juge des tutelles est, en théorie, déchargé de certaines tâches afin de jouer pleinement son rôle de garant de l'intérêt du majeur. C'est dans cet optique qu'il ne peut plus se saisir d'office et qu'a été instituée la protection contractuelle par le biais du mandat de protection future. Actuellement, « *la contestation est adressée au juge des tutelles* »⁴²⁴, mais il serait préférable de déplacer le contentieux du juge des tutelles au juge du tribunal d'instance. Vus les enjeux humains et économiques liés à la protection des majeurs, nous proposons que les juges des tutelles souscrivent une assurance responsabilité civile.

164. *Autonomie, individualisation, incompatibilités.* L'objectif d'individualisation de la protection impose la mise en place graduée de différents types de mesures et une distinction essentielle entre la protection judiciaire et la protection sociale, non incapacitante, visant à un retour à l'autonomie budgétaire et impliquant largement le département. Ces deux types de protection sont clairement et légalement incompatibles alors que la jurisprudence antérieure l'autorisait. Il ressort clairement de l'esprit du texte de loi qu'il faut privilégier les mesures plus souples que notamment le régime matrimonial même si le conjoint n'a pas les moyens de suivre l'évolution des facultés mentales ou encore la gestion d'affaires.

165. *Contestation des décisions du juge des tutelles.* Par ailleurs, les décisions du juge des tutelles sont susceptibles de recours afin que les requérants ne soient pas définitivement liés et

⁴²⁴ L. Fricotté, « *Droit des personnes handicapées* », Guide Néret, Groupe Liaison, 2012, p 276.

que l'autonomie des personnes en situation de handicap soit au mieux préservée. Ce recours fait intervenir un acteur spécifique : le juge délégué à la protection des majeurs qui siège à la Cour d'appel. De nombreux points de la procédure étaient confus et complexes mais des évolutions successives⁴²⁵ ont permis d'éclaircir la situation. Désormais, une seule forme de recours est prévue : la lettre recommandée avec accusé de réception qui permet de limiter le coût de la procédure. Cette forme a aussi été retenue de manière prioritaire en ce qui concerne la notification de la décision. En outre, la liste des requérants potentiels pour un recours contre la décision initiale du juge des tutelles a été étendue à l'entourage de fait du majeur. Cette extension implique nécessairement un changement parallèle dans le domaine de la notification qui doit être suffisamment large pour que chacun puisse éventuellement exercer son droit de recours. La notion d'entourage de fait est intéressante en ce qu'elle permet d'inclure des personnes ne faisant pas partie du cercle familial mais qui ont des liens avec le majeur. Il peut en effet s'agir de connaissances mais aussi du procureur de la République qui est devenu un maillon central dans la protection des majeurs avec la loi du 5 mars 2007.

Le procureur, comme le médecin inscrit sur sa liste et habilité à rédiger un certificat médical circonstancié indispensable pour l'ouverture d'une mesure, sont des pièces maîtresses dans la protection judiciaire pour épauler le juge des tutelles. D'autres tiers sont désormais engagés dans le processus de protection : c'est le cas des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, groupe uniforme et professionnel assurant les mesures de protection lorsque la famille est absente ou qu'elle n'est pas à même de remplir ce rôle. L'intervention de ces tiers dans la mise en place de la protection a pour objectif de favoriser l'exercice des droits de la personne dont les facultés sont altérées et de préserver les compétences dont elle dispose encore.

⁴²⁵ Décret n°2008-1276 du 5 déc. 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le code de procédure civile, JORF 7 déc. 2008, p 18646 ; décret n°2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs, JORF 26 déc. 2009, p 22311.

TITRE 2 : LE RÔLE DES TIERS DANS LA PROTECTION

166. *Tiers et intérêt de la personne protégée.* La vision de la protection des majeurs s'est recentrée sur la personne et ne concerne plus seulement le patrimoine. La philosophie du législateur a été de favoriser l'indépendance des personnes handicapées mentales dans la réalisation de certains actes en faisant de la protection un moyen de l'autonomie. Que la protection soit judiciaire ou contractuelle, elle fait nécessairement intervenir des tiers dont le rôle est bénéfique au majeur à protéger et au respect de son autonomie. Même si les effets recherchés ne sont pas forcément directs, la volonté profonde du législateur est de préserver l'intérêt de la personne handicapée mentale en adaptant les mesures dont elle bénéficie et en privilégiant ses aptitudes, même si elles sont maigres. Le changement de philosophie découlant de la réforme de 2007 impose des nouveautés dans les procédures judiciaires existantes (Chapitre 1), mais aussi la création de mesures nouvelles, contractuelles, moins attentatoires aux droits et libertés du majeur (Chapitre 2). Le fait de "contractualiser" la protection prouve que la personne à protéger occupe une place plus centrale dans le système et qu'elle peut devenir acteur de sa protection dès lors que son état le lui permet. Si la protection judiciaire existe depuis de nombreuses années à travers trois mesures principales – sauvegarde de justice, curatelle et tutelle –, la réforme de 2007 a adapté leur mise en œuvre aux besoins de la population. En revanche, la protection contractuelle, qui se résume au mandat de protection future, est une nouveauté qui n'est pas encore bien connue puisqu'à l'heure actuelle environ 500 mandats ont été conclus depuis le 1^{er} janvier 2009⁴²⁶.

⁴²⁶ Chiffre avancé par Mme Caron-Dégliose lors de son intervention « Autonomie et protection des personnes souffrant d'un handicap psychique : quel équilibre et quels droits ? » lors du colloque intitulé « Santé mentale, société, cognition. Le handicap psychique, de nouveaux droits ? » du 10 janvier 2013.

Chapitre 1 : La protection judiciaire

167. *Caractère essentiel du certificat médical.* La protection juridique des majeurs dont les facultés sont altérées est la base du mécanisme protecteur quand bien même elle est perçue comme attentatoire à l'indépendance et à l'autonomie des personnes. Si les règles classiques découlent plus particulièrement de la loi du 3 janvier 1968, les grands principes directeurs ont été réaffirmés en 2007 et des modifications ont été apportées afin d'encadrer au mieux le recours à la protection judiciaire et de préserver au mieux l'autonomie des majeurs à protéger. En outre, la distinction claire entre le volet social de la protection et le volet judiciaire redonne une importance toute particulière au certificat médical : seules les constatations médicales peuvent servir d'élément déclencheur pour l'ouverture d'une mesure judiciaire. C'est pourquoi le certificat médical, qui doit désormais être circonstancié, revêt un caractère essentiel.

168. *Filtrage par le Parquet.* Mais ce n'est pas le seul élément sur lequel le législateur a souhaité mettre le doigt en 2007 : il a intégré à la protection des majeurs le Parquet qui va servir de filtre, de relais entre les demandeurs à l'ouverture d'une mesure et le juge des tutelles. Partant, ces deux nouveautés vont renforcer le cadre juridique des mesures et accentuer l'importance des trois principes directeurs – nécessité, proportionnalité et subsidiarité – réaffirmés dans le texte de la réforme (section 1). Cependant, le corollaire de cet encadrement plus strict de l'ouverture des mesures de protection réside dans la responsabilité des nouveaux acteurs que sont le médecin auteur du certificat circonstancié et le Parquet civil (section 2).

Section 1 : Le respect de la lettre du texte ou la volonté d'éviter les ouvertures abusives

169. *Nouveau système de protection.* La loi du 5 mars 2007 constitue un changement important dans la vision de la protection des majeurs en recentrant les mesures sur la personne même du majeur et plus seulement sur le patrimoine. C'est en ce sens qu'ont été réaffirmés les grands principes directeurs de nécessité, subsidiarité et proportionnalité. L'application de

ces principes au droit des incapacités a conduit le législateur à écarter l'oisiveté, la prodigalité et l'intempérance en tant que causes d'ouverture d'une mesure de protection. Toutefois, les mesures judiciaires ne sont plus les seules dans le paysage juridique français, le législateur ayant instauré un dispositif social d'accompagnement – MASP et MAJ – qui concerne les personnes dont la mauvaise gestion des prestations sociales entraîne des risque pour la santé ou la sécurité du majeur.

A côté de ces mesures nouvelles moins contraignantes, subsistent les mesures judiciaires qui comprennent désormais aussi un volet contractuel laissant une place importante à la volonté du majeur et se caractérisant par le mandat de protection future. Si cet outil nouveau fera l'objet d'un développement ultérieur⁴²⁷, les mesures judiciaires classiques ont elles aussi connu quelques modifications, notamment relativement à leur mise en œuvre et à l'importance de certains acteurs. Le recadrage et la redéfinition du rôle de chacun au moment de décider de l'ouverture éventuelle d'une mesure à l'encontre d'une personne semblait nécessaire afin de limiter les ouvertures non justifiées et abusives qui, non seulement encombraient les bureaux des juges des tutelles, mais privaient certains majeurs parfois à tort de leurs droits et de leur capacité juridique.

170. Place centrale du volet médical. Si la place et le rôle de la famille ont été remis en avant grâce au principe de subsidiarité qui impose de ne mettre en œuvre une protection judiciaire seulement en cas d'insuffisance d'une protection par le conjoint notamment, d'autres éléments ont été apportés par la législation nouvelle afin de s'assurer de l'utilité de la protection. Les mesures de protection judiciaires ne sont désormais ouvertes qu'en cas de constat médical des altérations des facultés des personnes et, comme le souligne M. Jonas, « *la loi du 5 mars 2007 maintient l'idée d'une collaboration entre la médecine et le monde judiciaire pour une application adéquate et efficace du texte* »⁴²⁸. Cette collaboration sera nécessaire pour caractériser médicalement l'atteinte aux facultés de la personne et l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts. Ce travail collectif entre le médecin et le juge se traduira par la rédaction d'un certificat médical circonstancié comme le prévoit l'article 431 C. civ.⁴²⁹. Les exigences relatives à la rédaction de ce type de certificat ont été quelque

⁴²⁷ Concernant le mandat de protection future, cf. *infra*. n°227 s.

⁴²⁸ C. Jonas, « Les aspects médicaux de la protection des majeurs », *Dr. Fam.* n°5, mai 2007, étude 15.

⁴²⁹ L'alinéa premier de cet article précise que « *La demande est accompagnée, à peine d'irrecevabilité, d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République* ».

peu modifiées pour que l'accès aux mesures de protection soit plus sécurisé et « *permettre au juge de prendre une décision réfléchie* »⁴³⁰.

171. Articulation du rôle de chacun des acteurs. En outre, la suppression de la saisine d'office par le juge des tutelles a provoqué un changement dans l'implication des acteurs de la protection : le procureur de la République a ainsi pris de l'importance et est même devenu un maillon essentiel. Il constitue un filtre entre les personnes souhaitant la mise en place d'une mesure de protection et le juge des tutelles qui, par conséquent, ne sera plus saisi de demandes incomplètes ou mal fondées. Il bénéficie dès lors « *d'une qualité de partie principale* »⁴³¹ dans la procédure car il a la possibilité de saisir éventuellement le juge des tutelles lorsque la famille du majeur à protéger ne le ferait pas. Le procureur est donc devenu depuis l'entrée en vigueur de la réforme du 5 mars 2007 un acteur incontournable de la protection des majeurs et un assistant de choix pour le juge des tutelles dans l'application des grands principes directeurs. Il correspond à une alternative pour les familles ou les proches qui ne disposeraient pas forcément d'un certificat médical mais qui feraient connaître le besoin de faire protéger une personne, mais aussi pour les membres des professions de santé ou sociales qui seraient témoins de la dégradation de l'état des facultés de la personne.

172. Atténuations des apports de la réforme. L'intérêt de ce développement est de voir si la législation nouvelle de 2007 répond de manière satisfaisante aux objectifs qu'elle s'est fixée, notamment celui « *de mieux coordonner les interventions des différents acteurs, dont le juge* »⁴³². Si en apparence les apports de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs semblent positifs, les développements suivants démontreront que des améliorations restent à faire quant au respect de l'esprit du texte et à l'efficacité et l'efficience des pouvoirs reconnus au ministère public. Il faut garder à l'esprit que l'ensemble de ces modifications est censé profiter aux majeurs à protéger et à leur entourage afin que les mesures deviennent les plus adéquates possibles en fonction des besoins de chacun en se

⁴³⁰ C. Jonas, « Les aspects médicaux de la protection des majeurs », art. préc.

⁴³¹ C'est la qualification que retient J. Hauser, « Retour sur l'avis du 20 juin 2011 », note sous avis Cass., 20 juin 2011, n°11-00007, *RTD Civ.* 2011, p 747. L'avis de la Cour de cassation concerne le rôle du ministère public lorsque la famille se désiste dans la procédure. Si le premier avocat général estime que le désistement est le fait du requérant, M. Hauser critique cette position en accordant au procureur la qualité de partie en ce qu'il dispose du pouvoir de saisir le juge des tutelles s'il l'estime utile. Il n'est donc plus seulement « *une partie jointe* » comme il l'était auparavant.

⁴³² A. Caron-Deglise, « L'ouverture d'une mesure de protection : les principaux aménagements de la loi », *Droit et Patrimoine*, 2008, p 169.

limitant à des constats médicaux (§1). Toutefois la réalité du terrain constitue sans doute un obstacle qui n'a pas forcément été pris en compte, principalement en ce qui concerne la saisine par le biais du procureur (§2).

§1) La nouvelle importance du certificat médical

173. *Etroite collaboration entre le juge et le médecin.* La législation a toujours imposé la présentation d'un certificat médical à l'appui d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection. Toutefois, il prend une importance nouvelle sous l'empire de la nouvelle loi et doit émaner de médecins inscrits sur une liste établie par le procureur comme le prévoient les dispositions de l'article 431 C. civ. Cet impact du certificat médical dans la procédure d'ouverture est notamment mis en avant par M. de Richemont, auteur d'un rapport au Sénat et qui va qualifier la rédaction d'un tel certificat de « *formalité substantielle* »⁴³³. La rédaction de certificat médical circonstancié constitue la première pierre de la collaboration nécessaire entre le juge et le corps médical qui est le plus à même de déterminer à quel point l'altération des facultés de la personne doit la conduire à une mesure de protection. Outre le fait qu'il s'agisse du principal moyen de collaboration entre les secteurs judiciaire et médical, M. Souleau avait défini parfaitement et précocement le second rôle du certificat en tant que « *rempart salutaire contre des demandes fantaisistes, mal intentionnées et purement vexatoires qui mettraient en péril la vie des familles* »⁴³⁴.

174. *Certificat et secret.* S'il apparaît clairement comme l'élément clé de la mise en œuvre de la protection, le certificat médical continue de susciter quelques interrogations. Se posent notamment le problème du respect du secret professionnel lorsque le médecin transmet le sésame au juge des tutelles, mais aussi le problème, illustré récemment dans l'affaire Bettencourt, du refus par la personne protégée ou à protéger de se faire examiner. Ce refus, puisqu'il émane de la personne elle-même et qu'il reflète sa volonté, peut-il bloquer la procédure de protection ? Que devient dans cette hypothèse l'intérêt du majeur dont le juge

⁴³³ H. de Richemont, rapport n°212 Sénat, 7 fév. 2007, p130.

⁴³⁴ H. Souleau, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois*, 1975, art. 31030, n°47, p 1527.

des tutelles doit être le garant ? Autant de questions qu'il nous faudra tenter d'éclairer au cours de ces développements.

A. La collaboration médico-judiciaire pour une meilleure adaptation de la mesure

La finalité de la loi du 5 mars 2007 est de faire de la protection une mesure adaptée et individualisée, cette dernière tenant compte désormais non seulement du patrimoine mais aussi et surtout de la personne du majeur à protéger. Sauf avis médical contraire, le majeur est entendu par le juge des tutelles afin de faire connaître ses besoins et ses attentes. La collaboration entre le médecin et le juge des tutelles occupe donc une part prépondérante en amont de la mise en place de la mesure de protection : en fonction du constat médical et du certificat qui en découle, le juge pourra, de façon éclairée, décider de la mesure la plus appropriée. Cette étape est d'une importance telle que plusieurs médecins peuvent y être associés : le médecin traitant, le médecin habilité dont le rôle principal sera la rédaction du certificat circonstancié et éventuellement un médecin expert. En faisant intervenir différents professionnels se dressera alors l'écueil du secret professionnel et de son respect.

1° L'implication de plusieurs catégories de médecins

175. *Intervenant principal : le médecin habilité.* L'importance du volet médical dans la mise en place d'une mesure de protection se traduit par la production d'un certificat devant désormais être circonstancié aux termes de l'article 431 C. civ. Puisqu'il est l'élément déclencheur de la protection, le certificat médical ne doit pas être négligé et doit être rédigé de manière très précise afin que le juge dispose de l'ensemble des éléments pour choisir la meilleure mesure. C'est pourquoi il est parfois nécessaire que plusieurs professionnels de santé interviennent et apportent chacun un éclairage.

Le procureur de la République doit établir une liste de médecins qui seront les seuls habilités à établir le certificat médical circonstancié nécessaire pour ouvrir une mesure de protection. Cette manière de procéder par liste du procureur n'est pas nouvelle puisqu'elle

existait déjà sous l'empire de la législation de 1968⁴³⁵. Cependant, des modifications sont intervenues sous la plume du législateur en 2007. Les termes de l'article 493-1 anc. C. civ. laissaient penser que ce certificat n'était obligatoire que pour l'ouverture d'une tutelle et que seul un médecin spécialiste pouvait figurer sur la liste du procureur. Si ce système de liste subsiste, il est désormais plus large : l'article 431 C. civ. ne précise plus explicitement que le certificat doit être rédigé par un médecin spécialiste comme cela était le cas. L'accès à cette liste est maintenant plus largement ouvert, les médecins généralistes ayant la possibilité de postuler auprès du procureur, sachant que « *le législateur a laissé le procureur de la République seul juge de l'inscription* »⁴³⁶ après examen du dossier déposé par le médecin « candidat » au greffe du TGI du lieu où il exerce.

En outre, l'exigence d'un certificat circonstancié qui semblait ne concerner que la tutelle sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968 a été étendue à l'ensemble des mesures de protection, « *aucune mesure de protection juridique ne peut être décidée sans que l'altération des facultés mentales ne soit médicalement constatée* »⁴³⁷. L'article 431 C. civ se trouve dans une section 2 intitulée « Des dispositions communes aux mesures judiciaires », ce qui laisse penser que cette obligation constitue le préalable à toutes les mesures, non plus uniquement la plus contraignante, la tutelle.

176. Second maillon : le médecin traitant. Grâce à sa situation et à sa proche relation avec le majeur à protéger, le médecin traitant a longtemps eu une place privilégiée dans le mécanisme de protection à tel point que « *le droit ancien associait très étroitement le médecin traitant à toutes les évolutions de la situation du majeur* »⁴³⁸. Il était donc amené à se prononcer et à donner un avis sur de nombreux actes de la vie du majeur, que ce soit au niveau de la mise en place de la protection mais aussi pendant la mesure⁴³⁹. Mais les dispositions nouvelles ont mis fin à cette importance toute particulière dont bénéficiait le médecin traitant et ne lui accordent plus qu'un rôle secondaire. L'article 431-1 C. civ. traduit ce changement en ce qu'il indique que « [...] *le médecin inscrit sur la liste mentionnée à*

⁴³⁵ L'article 493-1 anc. C. civ. indiquait que « *le juge ne peut prononcer l'ouverture d'une tutelle que si l'altération des facultés mentales ou corporelles du malade a été constatée par un médecin spécialiste choisi sur une liste établie par le procureur de la République* ».

⁴³⁶ F. Fresnel, « Le certificat médical dans la protection juridique des majeurs », *RJPF*, 2008, 06-2008, n°6.

⁴³⁷ C. Jonas, « Dispositions communes à toutes les protections : rôle du médecin », *JCI Civil*, fasc. 20 : Majeurs protégés, janvier 2009.

⁴³⁸ M. Couturier, « Secret médical et protection des personnes atteintes de troubles psychiques », *RDSS*, 2009, p 277.

⁴³⁹ C'était notamment le cas lors du mariage ou du divorce du majeur protégé et dans les décisions relatives à son logement

l'article 431 peut solliciter l'avis du médecin traitant de la personne qu'il y a lieu de protéger ». L'acteur principal devient donc le médecin habilité, agréé, tandis que le médecin traitant n'est plus que le second rôle dans la protection des majeurs.

M. Couturier⁴⁴⁰ a avancé deux raisons principales à ce déclin du médecin traitant : d'abord un problème d'identification pas toujours évidente comme cela avait été le cas dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 1999⁴⁴¹. La procédure en cours avait alors été annulée par les juges de la Cour de cassation estimant qu'il y avait « erreur sur la personne », le médecin contacté par le médecin expert n'étant en réalité pas le médecin traitant du majeur à protéger. Ensuite, le médecin traitant ne disposait que de trop peu de connaissances en matière de protection par rapport à son impact dans le processus décisionnel. Mais il est alors possible de se demander pourquoi, en 2007, le législateur a élargi l'accès à la liste établie par le procureur à des médecins non spécialistes puisque le manque de compétences pourrait resurgir. Par conséquent, le Parquet aura un rôle décisif au moment du choix qu'il fera d'inscrire les médecins sur sa liste.

Ainsi, le médecin traitant n'est plus qu'un simple collaborateur du médecin habilité qui pourra éventuellement lui demander un avis lors de la rédaction du certificat médical qui servira de support à la décision du juge des tutelles.

177. Eventuelle intervention du médecin expert. Le médecin expert peut être désigné par le juge des tutelles de sa propre initiative ou à la demande d'une partie afin de donner des précisions supplémentaires et plus pointues sur la situation du majeur et son besoin de protection. Sa mission est fléchée par le juge qui, au moment où il le nomme, lui demande de répondre à des questions précises relatives à la personne à protéger et à ses facultés à l'image de la procédure de droit commun de l'expertise. Le médecin doit, pour être valablement désigné en tant qu'expert, être inscrit sur une liste relevant du premier président de la cour d'appel et il sera choisi en fonction de son domaine de compétence. La finalité du recours à cet expert est, pour le juge des tutelles, d'obtenir des éclairages plus fins et plus approfondis pour s'assurer d'une mesure de protection véritablement individualisée. Il n'intervient pas dans la rédaction du certificat circonstancié mais se cantonne à répondre aux diverses questions incluses dans sa mission ; le but est de déterminer le degré d'altération des facultés de la personne. L'expertise psychiatrique, par exemple, consiste en un questionnaire destiné à

⁴⁴⁰ M. Couturier, « Secret médical et protection des personnes atteintes de troubles psychiques », art. préc.

⁴⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, n°97-21363 ; cf. note « L'avis du médecin traitant est nécessaire pour ouvrir une mesure de protection juridique », *RJPF*, 2000, p 2.

identifier la maladie psychiatrique dont est atteinte la personne, à évaluer l'abolition ou l'altération du discernement au moment des faits et la dangerosité de l'individu. Les questions sont orientées en ce sens et répondent à des critères permettant une telle démarche.

Tout porte donc à croire qu'un juge des tutelles qui décide de faire appel à un médecin expert se posera réellement la question de savoir si la protection est nécessaire et cherchera à l'adapter au mieux à la personne. Sans toutefois être obligatoire, l'intervention d'un expert apparaît parfois vivement conseillée lorsque le médecin qui a établi le certificat n'est pas un spécialiste en matière de handicap mental.

2° La problématique du secret professionnel

178. Respecter le secret : une obligation relative. L'implication des médecins dans la procédure de mise en œuvre de la protection des majeurs pose nécessairement le problème du secret professionnel et de son respect par les professionnels qui y sont soumis. En effet, le secret ne s'applique pas seulement au monde médical, mais, comme le précise M. Py⁴⁴², « *le législateur et la jurisprudence ont toujours fait du secret l'apanage des professionnels qui supposent de connaître la vie intime du client* ». Le champ d'action du secret professionnel⁴⁴³ est vaste et couvre de nombreuses activités et professions telles que les avocats, les notaires, les métiers de la banque ou encore les jurés de Cour d'assises.

Il convient alors d'examiner si le parcours du secret entre les secteurs médical et judiciaire est imperméable, un peu à l'image du secret partagé qui existe, sous certaines conditions⁴⁴⁴, dans le milieu médical depuis la loi du 4 mars 2002 dite Kouchner⁴⁴⁵. Ce partage est essentiel en matière de protection des majeurs puisque l'étanchéité absolue dans les rapports entre le juge des tutelles et le médecin serait particulièrement néfaste dans la mise en place d'une mesure de protection. La collaboration entre le monde judiciaire et le monde médical impose des entorses au principe du secret puisque le juge des tutelles doit bénéficier d'informations

⁴⁴² B. Py, « *Le secret professionnel* », L'Harmattan, 25 mai 2005, p 11.

⁴⁴³ Cette expression doit être privilégiée par rapport à celle de « secret médical » car, comme le démontre le Professeur B. Py, elle est « *doublement erronée* ». Voir en ce sens : B. Py, op. cit., p 15 et B. Py, « Réquisitoire contre l'expression de secret médical : plaidoyer pour l'expression de secret professionnel », à paraître.

⁴⁴⁴ A la lecture de l'alinéa 3 de l'article L1110-4 C. santé publ., trois conditions essentielles se dégagent pour que le partage du secret soit possible : il faut tout d'abord qu'il concerne au moins deux professionnels de santé, l'information partageable est ensuite seulement celle qui permet la continuité ou l'amélioration de la prise en charge et le patient ne doit pas s'y être opposé.

⁴⁴⁵ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF 5 mars 2002.

en principe couvertes par le secret. Il faut nécessairement que certaines informations filtrent, mais seulement « *les informations qu'il [le juge des tutelles] a besoin de connaître pour prendre une décision assurant la meilleure prise en charge du majeur* »⁴⁴⁶. Le médecin doit donc faire le tri dans les informations qu'il transmettra sans être inquiet ; l'obligation de respect du secret, selon M. Beignier, doit être considérée comme « *une obligation fonctionnelle* »⁴⁴⁷, et pas forcément comme une obligation générale et absolue comme cela ressortait d'un arrêt de la Cour de cassation ancien⁴⁴⁸. Cette qualification sert de fondement à la démarche de M. Couturier qui considère que la protection des majeurs constitue une fonction à part entière et donc un champ d'action du secret professionnel au sein duquel les échanges d'information seraient possibles voire nécessaires lorsque l'intérêt de la personne à protéger le commande.

179. Critère prioritaire : l'intérêt du majeur à protéger. La mise en œuvre d'une mesure de protection à l'égard d'un majeur dont les facultés sont altérées nécessite un travail conjoint : le juge des tutelles doit disposer de certaines informations médicales. *A priori*, le secret professionnel, qui englobe le secret médical, pourrait constituer un frein à l'exercice efficace des principes directeurs de la protection devant guider le juge sur la piste de l'individualisation des mesures. Sous l'empire de la loi ancienne, le médecin traitant devait être consulté et émettre un avis avant la mise en œuvre d'une éventuelle mesure de protection et la jurisprudence est venue confirmer que « *le professionnel est déchargé de son obligation au secret* »⁴⁴⁹ dès lors qu'il collabore avec le juge des tutelles relativement à la protection d'un majeur. L'intérêt du majeur, qui a besoin de l'instauration d'une mesure à son égard, commande alors de lever le secret de la part du médecin envers le juge des tutelles, « *la révélation est ainsi justifiée par un intérêt supérieur* » comme le précise M. Pansier⁴⁵⁰. La levée du secret dans cette situation se limite, pour le médecin, à se prononcer sur l'utilité d'ouvrir une mesure de protection, notamment pour les personnes non impliquées dans la mise en œuvre de la mesure.

⁴⁴⁶ M. Couturier, « Secret médical et protection des personnes atteintes de troubles psychiques », art. préc.

⁴⁴⁷ B. Beignier, « Secret médical et assurance de personnes », *D.* 1999, p 469.

⁴⁴⁸ Cass. crim. 8 mai 1947, Bull. civ. n°128.

⁴⁴⁹ F. Bicheron, « L'avis du médecin traitant sur l'opportunité d'une mesure de protection n'entraîne pas violation du secret professionnel », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 janv. 2004, n°01-16823, *AJ Fam.* 2004, p 187 ; voir aussi en ce sens F.-J. Pansier, « Le fait pour un médecin traitant de délivrer au juge des tutelles un certificat analysant l'état de santé de son patient ne constitue pas une violation du secret médical », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 janv. 2004, n°01-16823, *RJPF*, 2004, n°4.

⁴⁵⁰ F.-J. Pansier, « Le fait pour un médecin traitant de délivrer au juge des tutelles un certificat analysant l'état de santé de son patient ne constitue pas une violation du secret médical », art. préc.

180. *Signalement et justification de la révélation par la permission de la loi.* La loi nouvelle, en donnant une place prépondérante au procureur, instaure un échelon supplémentaire dans l'éventuel partage des informations. C'est principalement le cas lorsque celui-ci est saisi de signalements de la part de médecins, normalement soumis au secret professionnel, concernant des personnes dont l'état pourrait nécessiter une protection. L'article L3211-6 C. santé publ.⁴⁵¹ est le fondement de cette articulation entre le signalement et le respect du secret : il vise le médecin qui exerce en cabinet et celui qui prend en charge un patient en établissement de santé. Selon le mode d'exercice, la justification de la révélation par la permission de la loi est une faculté ou une obligation lorsqu'il s'agit de faire un signalement au procureur de la République. Le médecin qui exerce en établissement de santé a l'obligation de faire le signalement au procureur dès lors qu'il constate que l'état du malade nécessite l'ouverture d'une mesure de protection ; ce signalement place d'office le malade sous sauvegarde de justice. La révélation d'informations secrètes ne devient qu'une faculté pour le médecin qui n'exerce pas son art au sein d'un établissement. Le médecin est donc amené à pouvoir lever le secret professionnel si l'intérêt de la personne qu'il prend en charge l'exige, il peut alors alerter le procureur de la République qui se fera le relais de l'état des facultés du majeur à protéger. Le secret professionnel n'est pas absolu et la loi justifie la révélation dès lors que l'intérêt du majeur le commande, nous sommes donc dans un contexte dans lequel « *les réformes sont toutes orientées vers l'élargissement des cas de révélation autorisée* »⁴⁵². Dans le cadre de la protection des majeurs, ces failles dans le principe de respect du secret professionnel doivent n'être justifiées que par l'intérêt du majeur et la volonté d'adapter au mieux la mesure mise en place. Les professionnels soumis au secret ont majoritairement le choix entre révéler – et lever le secret – ou se taire – et respecter le secret – : il s'agit d'une option de conscience⁴⁵³.

⁴⁵¹ Cet article traite des deux hypothèses de l'exercice médical dans chacun de ses deux alinéas : « *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, 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'Etat dans le département doit être informé par le procureur de la mise sous sauvegarde ».

⁴⁵² B. Py, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ Pén.*, 2004, p 133.

⁴⁵³ Sur l'option de conscience, voir par exemple : A. Lepage, « Droit pénal et conscience », *Dr. pén.*, 1999, chron. 1 ; F. Alt-Maes, « Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *Rev. science crim.*, 1998, p 301.

181. Cheminement du certificat médical circonstancié. Le procureur, même lorsqu'il est le destinataire d'un signalement, doit se procurer un certificat médical circonstancié. Toutefois, des interrogations existent autour du certificat médical et de son cheminement entre le médecin habilité et le juge des tutelles puisqu'il est essentiel de tenter « *la conciliation de deux obligations : le secret médical et l'obligation de remettre le certificat circonstancié à l'appui de la requête* »⁴⁵⁴. Après sa rédaction, le certificat peut être directement envoyé au juge des tutelles mais il peut être remis au requérant. C'est certainement à ce niveau que les risques de violation du secret sont les plus grands : le pli cacheté ne doit pas être ouvert par le requérant qui devra le remettre au juge des tutelles et l'inclure dans le dossier de requête. Le secret n'est en effet applicable qu'entre le médecin, le juge des tutelles et l'éventuel avocat, la Cour de cassation avait relevé⁴⁵⁵, comme le souligne M. Couturier⁴⁵⁶, qu'« *il n'y a qu'au juge que le secret est inopposable* ». Le secret ne s'oppose pas au juge, l'opposabilité peut en outre être levée face à des principes plus importants tels que le respect des droits de la défense⁴⁵⁷. L'opposabilité n'est pas absolue et souffre donc d'exceptions. La lecture du certificat circonstancié par une personne qui n'y serait pas autorisée pourrait être sanctionnée d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 45000 euros comme le prévoit l'article 226-15 C. pén.⁴⁵⁸ relatif au secret des correspondances.

182. Limiter la transmission du certificat aux tiers. Peut-être serait-il alors préférable d'éviter le passage par une personne extérieure en ce qui concerne le transfert du certificat médical. Le flou juridique autour des personnes destinataires du certificat est nuisible et le législateur devrait imposer au médecin habilité de remettre le document directement au juge des tutelles et seulement à cet acteur de la protection afin d'éviter d'éventuelles fuites qui pourraient être nuisibles pour le majeur à protéger. Dans le cas d'un accident de travail, le médecin qui rédige le certificat médical le remet, aux termes de l'article L441-6 CSS, à la fois à la victime et à la caisse primaire. Ce texte précise que le professionnel « *adresse directement* » le certificat à l'organisme de sécurité sociale ce qui démontre la volonté

⁴⁵⁴ F. Fresnel, « Le certificat médical dans la protection juridique des majeurs », *RJPF*, 2008, 06-2008, n°6.

⁴⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 25 avr. 1989, n°87-19253, Bull. 1989, n°169, p 111.

⁴⁵⁶ M. Couturier, « Secret médical et protection des personnes atteintes de troubles psychiques », art. préc.

⁴⁵⁷ Voir en ce sens : Cass. crim., 16 févr. 2010, n°09-86363.

⁴⁵⁸ L'alinéa premier de cet article 226-15 C. pén. précise que : « *Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende* ».

d'éviter les intermédiaires : « *tel est le certificat initial* » comme le présente M. Tauran⁴⁵⁹. Il semble que l'employeur ne soit pas le destinataire direct du certificat médical constatant l'état de santé du salarié suite à l'accident et les conséquences envisagées. Des hypothèses exceptionnelles existent dans lesquels le certificat est remis à la victime et en parallèle au directeur de l'établissement d'accueil comme c'est notamment le cas pour les jeunes qui « *relèvent de services éducatifs publics ou privés rattachés au ministère de la Justice* »⁴⁶⁰ et placés dans une entreprise.

B. Le déplacement de la barrière liée à la production du certificat

Le certificat médical était, déjà avec la loi du 3 janvier 1968, un élément devant figurer dans le dossier de requête mais il n'avait pas autant d'importance qu'à l'heure actuelle. Si son importance grandissante est bénéfique pour les majeurs à protéger, « *elle est à la fois légitime et difficile à mettre en œuvre* » pour les familles comme cela est précisé dans le rapport du Sénat⁴⁶¹. Outre le coût du certificat⁴⁶², il doit nécessairement être établi par un médecin inscrit sur la liste du procureur ce qui alourdit la procédure pour les familles. De même la contestation des termes n'est possible que par l'établissement d'un second certificat par un médecin différent. Il est donc relativement difficile de remettre en cause l'examen du médecin agréé. Toutefois, la quasi-impossibilité de contester le certificat circonstancié n'est pas la principale avancée en la matière : s'il est désormais prévu une sanction, ce qui est louable, celle-ci va poser des problèmes notamment lorsque le majeur à protéger va refuser de se faire examiner par un médecin inscrit sur la liste du procureur.

1° La sanction de l'absence de certificat

183. Importance du contenu du certificat médical circonstancié. Si la loi ancienne exigeait déjà un certificat médical à l'appui d'une demande de protection, elle ne prévoyait pas de

⁴⁵⁹ T. Tauran, « Les certificats médicaux en droit de la sécurité sociale », *RDSS*, 2011, p 1122.

⁴⁶⁰ T. Tauran, « Les certificats médicaux en droit de la sécurité sociale », art. préc.

⁴⁶¹ H. de Richemont, rapport n°212 Sénat, 7 fév. 2007.

⁴⁶² Le coût de ce certificat a été fixé à 160 euros par le biais du décret n°2008-1485 du 22 déc. 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs. A noter que le certificat de carence qui est délivré lorsque le majeur ne s'est pas rendu aux rendez-vous fixés par le médecin aura un coût forfaitaire de 30 euros.

sanction en cas d'absence de cette pièce dans le dossier. La seule précision dans le texte de loi concernait l'obligation de faire établir un certificat par un médecin spécialiste inscrit sur la liste du procureur. La loi du 5 mars 2007 a été plus loquace quant à l'absence de certificat médical dans le dossier, la sanction prévue est l'irrecevabilité de la demande. Cette sanction est grave et impose au médecin d'être très attentif quant au contenu du certificat comme cela est prévu à l'article 1219 C. proc. civ. Le médecin sollicité pour établir le constat médical du besoin de protection doit se prononcer sur l'altération précise des facultés de la personne et son évolution possible, sur la mise en place éventuelle d'une assistance ou d'une représentation et sur la possibilité d'auditionner le majeur sans que cette formalité ne porte atteinte à son état de santé. Puisqu'il est le fondement de la décision du juge des tutelles, ce certificat doit être précis et répondre à toutes les questions que le juge peut se poser concernant les points précédents. Quand bien même Mme Fresnel pense que « *le juge des tutelles n'est lié [...] que par l'obligation d'avoir au dossier un certificat médical circonstancié mais non pas son contenu* »⁴⁶³, il nous semble que le médecin, de par son inscription sur la liste du procureur, se doit d'éclairer au mieux le juge. Le médecin est agréé en fonction de ses compétences donc il est logique que le majeur à protéger et le juge des tutelles attendent de lui des résultats satisfaisants et précis. L'examen de la personne à protéger est indispensable et doit être fait conformément aux règles de l'art en ce qu'il « *donne force probante au certificat* » selon les termes de M. Plazy⁴⁶⁴.

184. Sanction : plus de saisine possible du juge des tutelles. Un requérant qui ne disposerait pas de certificat médical circonstancié ne peut donc valablement saisir le juge des tutelles à des fins d'ouverture d'une protection, sa demande serait alors déclarée irrecevable. L'instauration d'une telle sanction insiste sur le caractère primordial du certificat dans l'ouverture d'une mesure de protection. En outre, cette obligation de présenter un tel document à l'appui de sa demande est applicable quelle que soit la personne qui saisit le juge des tutelles. La question s'était notamment posée du cas du procureur qui est destinataire de signalements par des personnes qui ne possèdent pas le fameux certificat circonstancié. Il était, antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme de 2007, la cible d'une exception

⁴⁶³ F. Fresnel, « Le certificat médical, une pièce maîtresse de la mesure de protection des majeurs », *D.* 2010, n°40, p 2656.

⁴⁶⁴ J-M. Plazy, « Majeurs protégés. Juin 2010 – juin 2011 », *D.* 2011, p 2501.

jurisprudentielle⁴⁶⁵ particulière et qui lui permettait de ne pas avoir à produire de certificat médical lorsqu'il saisissait le juge des tutelles.

Mais il a été clairement décidé que l'ensemble des requérants potentiels, listés à l'article 430 C. civ., doit fournir un tel document au juge des tutelles pour espérer voir sa demande instruite. Alors que la saisine du juge des tutelles demeurait possible même en l'absence de certificat sous l'empire de la loi de 1968 par le biais du Parquet notamment, il n'en est plus du tout de même actuellement. Le blocage de la procédure se fait beaucoup plus en amont du fait de l'existence de cette sanction, la saisine de la juridiction des tutelles n'étant plus possible. Le procureur, comme les autres requérants, doit transmettre un dossier complet, incluant donc le certificat circonstancié, au juge des tutelles ce qui correspond parfaitement à son rôle de filtre et ce qui fait très justement dire à Mme Maria⁴⁶⁶ que « *le revirement est donc très net par rapport à la jurisprudence antérieure* ».

185. Absence de certificat. L'irrecevabilité prévue en cas d'absence de certificat en fait un élément incontournable, qu'il soit circonstancié ou de carence. Il n'en demeure pas moins que frapper une demande d'irrecevabilité dès lors qu'elle n'est pas accompagnée d'un certificat circonstancié émanant d'un médecin inscrit sur la liste du procureur peut s'avérer problématique voire néfaste pour la personne à protéger. La nécessité du certificat démontre la réelle volonté du législateur de renforcer « *la coopération entre le médecin et le juge dans l'intérêt de la personne vulnérable* » comme l'affirme Mme Gatti⁴⁶⁷ en se fondant sur un arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1994 dont M. Massip, dans son commentaire⁴⁶⁸, a dit qu'en statuant ainsi les juges évitaient « *que le prononcé d'une incapacité soit le fait d'un homme seul* ». La concertation et la collaboration vont se dresser contre les atteintes injustifiées aux droits et à la liberté des personnes à protéger, mais le problème n'est finalement que déplacé.

⁴⁶⁵ Voir en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 18 déc. 1979, n°78-12422, Bull. civ. 1979, I, n°325 et Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1980, n°79-11879, Bull. civ. 1980, I, n°199.

⁴⁶⁶ I. Maria, « Le certificat médical circonstancié : une exigence incontournable ou l'impossibilité de mettre sous protection une personne contre sa volonté », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n°10-21879, *Dr. Fam.*, n°9, septembre 2011, comm. 133.

⁴⁶⁷ L. Gatti, « Etre vulnérable et ne pas être protégé, une application de l'adage *idem est non esse et non probari* », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n°10-21879, *LPA*, 31 août 2011, n°173, p 14.

⁴⁶⁸ J. Massip, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, n°92-19680, Bull. civ. 1994, I, n°213, *Defrénois*, 1994, n°35945, n°153.

2° Le majeur à protéger et le blocage de la mesure

186. Paradoxe soulevé par l'autonomie et la volonté des majeurs vulnérables. Le problème de la présentation du certificat médical à l'appui d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection s'est de nouveau posé récemment à l'occasion de la très médiatisée affaire dite « Bettencourt ». Depuis un arrêt du 10 juillet 1984⁴⁶⁹ qui reprend l'idée émise en 1972⁴⁷⁰ selon laquelle le certificat peut ne pas être annexé au dossier suite au refus de la personne de se faire ausculter, la Cour de cassation estime qu'il est possible, pour le juge des tutelles de se saisir et d'ouvrir une mesure de protection sans certificat dès lors « *qu'il existait un faisceau d'indices permettant d'établir cette altération* »⁴⁷¹. C'est justement ce qui est à l'origine du contentieux autour de Mme Bettencourt et qui est très intéressant sur le plan du droit des incapacités. Cette dame d'un certain âge a fait l'objet d'une procédure d'ouverture d'une mesure de protection mais a refusé de se soumettre à l'examen médical par le médecin habilité et inscrit sur la liste du procureur. A l'appui de sa demande, le procureur joint donc une lettre du médecin habilité signifiant le refus de la dame de se faire examiner. Bien que le tribunal ait d'abord accepté la demande, elle est finalement rejetée par la Cour de cassation le 29 juin 2011 au motif d'une violation de l'article 431 C. civ. exigeant la présence d'un certificat médical.

187. Refus de se faire examiner. Cet arrêt présente un intérêt certain quant à l'autonomie des majeurs protégés ou à protéger. La solution avancée par les juges de la Cour de cassation démontre l'attachement donné à la personne du majeur et à sa volonté propre : son autonomie lui permet de décider s'il souhaite ou non être examiné. Outre la mise en avant du respect de l'autonomie du majeur dans ses choix, « *cet arrêt proscrie tout placement sous un régime de protection lorsque la requête n'est pas accompagnée du certificat médical imposé par la loi* »⁴⁷². Ainsi, contrairement à la jurisprudence antérieure, cet arrêt préfère une interprétation stricte des termes de l'article 431 C. civ. et favorise l'autonomie du majeur qui peut librement refuser l'examen médical et donc se soustraire à la mise en œuvre de la protection.

⁴⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 1984, n°83-10653, Bull. civ. I, n°223.

⁴⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 1972, n°70-10321, Bull. civ., I, n°21 dans lequel les juges relèvent que « l'altération des facultés mentales ou corporelles du malade doit être médicalement établie et constatée par un médecin spécialiste, préalablement à l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle, la personne qui fait l'objet de cette mesure n'est pas fondée à se prévaloir de l'absence de constatation médicale de l'altération de ses facultés lorsque, par son propre fait, elle a rendu cette constatation impossible en se refusant à tout examen ».

⁴⁷¹ J.-M. Plazy, « Majeurs protégés. Juin 2010 – juin 2011 », art. préc.

⁴⁷² J.-M. Plazy, « Majeurs protégés. Juin 2010 – juin 2011 », art. préc.

D'apparence favorable aux personnes vulnérables, cette décision peut pourtant leur porter préjudice dès lors qu'elles se trouvent réellement en situation de besoin de protection. Nous entrons alors de plain-pied dans le paradoxe du handicap mental, à savoir le placement du curseur entre l'autonomie et la protection.

Ce revirement complet est étonnant surtout « *quand la doctrine penchait aussi en faveur du maintien de la jurisprudence antérieure* » comme le souligne Mme Gatti⁴⁷³. Cette prise de position faisant primer la volonté du majeur sur son propre intérêt est largement critiquée, ce qui se justifie, notamment par rapport à l'esprit des textes nouveaux.

188. *Bonne interprétation littérale mais pas dans l'esprit du texte : l'intérêt du majeur à protéger.* S'il ne fait aucun doute que le législateur souhaite privilégier l'autonomie du majeur protégé en ne rendant la protection judiciaire que subsidiaire et en l'individualisant, il ne faut pas oublier de préserver l'intérêt du majeur. En ce sens, le jugement du TGI de Mont-de-Marsan qui avait accepté la requête de mise sous protection même en l'absence de certificat pouvait fort justement être qualifié de « *raisonnable* » ou de « *juridiquement inattaquable* » comme le fit M. Verheyde⁴⁷⁴. L'intérêt de Mme Bettencourt aurait certainement justifié le maintien de la position ancienne, surtout eu égard à l'importance de son patrimoine. La finalité de la réforme du 5 mars 2007 n'est certainement pas de laisser un majeur dans le besoin sans aide ou protection ; pourtant c'est la position adoptée par la Cour de cassation dans cette espèce. Certes elle est juge du droit et se conforme donc strictement à l'article 431 C. civ. qui exige un certificat circonstancié pour déclencher une procédure de mise sous protection. L'interprétation littérale des dispositions textuelles est juste, « *mais elle n'est peut être pas tout à fait en adéquation avec leur esprit* » si nous reprenons les termes de Mme Maria⁴⁷⁵. L'esprit du texte fait clairement prévaloir l'intérêt du majeur protégé sur sa volonté, le principe de subsidiarité en est un fort bel exemple, notamment lorsqu'il est appliqué au mandat de protection future. Ce nouvel outil correspond au prolongement de la volonté de la personne qui anticipe une altération de ses facultés, il s'applique de manière prioritaire par rapport à la protection judiciaire mais doit céder le pas lorsque l'état de la personne est tel qu'il commande une protection plus contraignante. Cette mise à l'écart de la volonté de la

⁴⁷³ L. Gatti, « Etre vulnérable et ne pas être protégé, une application de l'adage *idem est non esse et non probari* », art. préc.

⁴⁷⁴ T. Verheyde, « Peut-on mettre sous mesure de protection judiciaire une personne qui refuse de se faire examiner par un médecin habilité ? », *D.* 2010, p 2052.

⁴⁷⁵ I. Maria, « Le certificat médical circonstancié : une exigence incontournable ou l'impossibilité de mettre sous protection une personne contre sa volonté », art. préc.

personne pour préférer défendre son intérêt est donc bien illustrée dans cette hypothèse, et elle a déjà été relevée par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 12 janvier 2011⁴⁷⁶ met fin à un mandat de protection future pour ouvrir une mesure plus contraignante, plus adaptée aux besoins de la personne. La Cour de cassation semble donc avoir du mal à se positionner en ce qui concerne les principes à appliquer concernant les majeurs vulnérables, alors qu'il semble essentiel de privilégier en permanence leur intérêt sachant que l'objectif des mesures judiciaires est de sauvegarder l'autonomie autant que possible et de ne restreindre la capacité juridique de la personne qu'en fonction de son état. La difficulté de se situer provient de la confrontation d'intérêts contraires mais essentiels. Trouver le juste équilibre s'avère une tâche délicate ce qui explique que la Cour de cassation ne puisse facilement se situer.

189. *Retour à la jurisprudence ancienne.* Dans cet optique, il serait souhaitable que cet arrêt demeure isolé et que le retour à la jurisprudence antérieure redevienne la règle en la matière, « *l'altération des facultés mentales doit alors pouvoir être établie par tous autres éléments de preuve* »⁴⁷⁷. Les juges auront alors un rôle de contrôle du poids des preuves à exercer afin de décider si le faisceau d'indices est suffisant, avec le risque d'arbitraire. M. Plazy⁴⁷⁸ met en évidence une solution qui nous paraît très intéressante et qui consiste en l'instauration d'une exception légale au cas où le majeur à protéger refuserait de se soumettre à l'examen médical. Il fait le rapprochement avec l'obligation d'audition du majeur prévue à l'article 432 C. civ. qui cède lorsqu'elle « *est de nature à porter atteinte à sa santé ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté* ». Il conviendrait alors d'ajouter aux dispositions de l'article 431 C. civ., qu'en cas de refus de la part du majeur à protéger de se faire examiner par le médecin inscrit sur la liste du procureur, sa mise sous protection pourra être déclenchée si la preuve de son insanité d'esprit est rapportée quel que soit le moyen.

⁴⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 12 janv. 2011, n°09-16519.

⁴⁷⁷ T. Verheyde, « Peut-on mettre sous mesure de protection judiciaire une personne qui refuse de se faire examiner par un médecin habilité ? », art. préc.

⁴⁷⁸ J-M. Plazy, « Majeurs protégés. Juin 2010 – juin 2011 », art. préc.

§2) La saisine indirecte : le recours au procureur de la République

190. *Prise de fonction du procureur.* Le procureur de la République est un acteur qui a fait une entrée remarquable dans le domaine de la protection des majeurs sous l'impulsion de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs. Très peu impliqué en la matière auparavant, il est devenu un maillon jouant « *un rôle crucial dans la protection des majeurs* » selon les termes de Mme Sévely-Fournié⁴⁷⁹. Ce caractère essentiel du ministère public dans la mise en place d'une protection à l'égard d'un majeur est renforcé par la suppression de la faculté qui était offerte au juge des tutelles de s'auto-saisir. Le procureur devient alors un relais privilégié dans la saisine du juge des tutelles, voire le seul relais pour les personnes tierces qui ne remplissent pas les conditions pour ouvrir une requête au sens de l'article 430 C. civ.⁴⁸⁰. M. Hauser⁴⁸¹ résume parfaitement l'évolution de la position du procureur dans la procédure de protection des majeurs : ne bénéficiant initialement que d'une « *fonction de partie jointe* », il « *jouit maintenant par ailleurs d'une qualité de partie principale* » puisqu'il a la possibilité de saisir directement le juge.

Lorsque la famille est défaillante dans la demande de mise sous protection de l'un des siens, le procureur peut se saisir du dossier dès lors qu'il estime qu'une mesure serait nécessaire et bénéfique pour la personne. Ses missions et pouvoirs nouveaux sont donc essentiellement axés sur le respect et la mise en avant de la personne du majeur à protéger dans la continuité des grands principes directeurs qui ont été réaffirmés par le législateur en 2007. Il devient donc un acteur supplémentaire dans la défense des intérêts du majeur à protéger et peut se substituer à sa famille ou à des tiers pour alerter le juge des tutelles sur la nécessité de venir en aide à la personne. Mais, contrairement à ce qu'il se passait antérieurement, le procureur de la République est soumis aux mêmes formalités que les requérants de l'article 430 C. civ., notamment la fourniture d'un certificat médical circonstancié comme cela a été avancé précédemment. Parmi les fonctions du procureur, il est d'abord un assistant du juge des tutelles lors de la préparation et du fonctionnement général

⁴⁷⁹ C. Sévely-Fournié, « Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? », *D.* 2009, p 1221.

⁴⁸⁰ Cet article dresse en effet une liste limitative de requérants potentiels : « *La demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique.*

Elle peut être également présentée par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers ».

⁴⁸¹ J. Hauser, « Retour sur l'avis du 20 juin 2011 », note sous Cass., 20 juin 2011, n°11-00007, *D.* 2011, p 747.

des mesures. Il est aussi impliqué dans le mécanisme d'ouverture des mesures de protection, qu'elles soient judiciaires ou d'accompagnement (MAJ).

A. L'assistance du juge des tutelles dans la protection des majeurs

Le procureur de la République est désormais un véritable soutien pour le juge des tutelles dans l'exercice de plusieurs missions. Les deux acteurs travaillent de concert afin que la protection des majeurs ne soit pas inadaptée et inutilement attentatoire aux droits et libertés de la personne. Cette collaboration étroite se fait à plusieurs stades, notamment en ce qui concerne la surveillance générale des mesures de protection mais aussi au niveau du choix et de la sélection d'autres intervenants dans la prise en charge du majeur, plus particulièrement le médecin susceptible d'établir le certificat circonstancié fondement de la demande en ouverture et le mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

1° Des missions globales de surveillance

191. *En collaboration avec le juge des tutelles.* Cette double surveillance est explicitement inscrite dans le texte de l'alinéa premier de l'article 416 C. civ. en limitant l'exercice au ressort de chacun des acteurs. Sachant que procureur de la République et juge des tutelles relèvent tous deux du tribunal de grande instance, leur mission de surveillance s'étend à l'ensemble de la zone de ressort de cette juridiction. Cette vaste mission de surveillance relevait du seul juge des tutelles, l'implication du procureur va certainement le soulager et permettre une surveillance accrue des mesures. Cette surveillance générale qui incombe au procureur lui ouvre plusieurs possibilités, à savoir « visiter ou faire visiter »⁴⁸² les majeurs protégés ou à protéger en fonction de leur capacité de déplacement susceptible d'influer sur leur état de santé ou encore « faire examiner par un médecin les majeurs relevant de l'article 416 C. civ. »⁴⁸³ soit ceux qui sont déjà protégés mais aussi ceux qui sont amenés à l'être.

Le procureur dispose aussi d'une certaine autorité hiérarchique sur les différents protecteurs, comme le démontre le dernier alinéa de l'article 416 C. civ., puisque ces derniers doivent obligatoirement se présenter dès lors qu'ils ont été convoqués. Cette autorité est

⁴⁸² Ce sont les termes utilisés dans l'alinéa 2 de l'article 416 C. civ.

⁴⁸³ Article 1212 C. proc. civ.

renforcée par le fait que toute information reçue ou connue par le protecteur doit faire l'objet d'un relais vers le procureur. Même s'il n'est pas le créancier direct de l'information relative au majeur protégé, il doit nécessairement en être averti par la personne en charge de la protection.

Enfin, le procureur a des pouvoirs particuliers en matière de sauvegarde de justice : il devient alors l'évaluateur des risques encourus par le patrimoine du majeur et en fonction de cette évaluation, il peut décider de mettre en place des mesures conservatoires comme demander à ce que des scellés soient apposés sur certains biens ou que les comptes soient bloqués. Il lui revient donc une mission de préservation du patrimoine du majeur placé sous sauvegarde de justice expressément prévue à l'article 1252 C. proc. civ.

192. Surveillance des décisions du juge des tutelles. Comme cela a déjà été exprimé précédemment dans notre étude⁴⁸⁴, les décisions des juges des tutelles sont susceptibles de recours pouvant émaner de l'ensemble des personnes visées à l'article 430 C. civ., c'est-à-dire celles qui sont aptes à demander l'ouverture d'une mesure de protection. Cette possibilité de faire appel d'une décision du juge des tutelles est donc aussi ouverte au procureur de la République comme le précise expressément l'article 1240 C. proc. civ. qui prévoit en outre le même délai de quinze jours que pour les requérants. Cette voie de recours concerne essentiellement les décisions du juge qui refuseraient l'ouverture d'une mesure de protection. Si elle est rassurante pour le majeur ou son entourage, elle nécessite un suivi attentif de la part des procureurs, devant être « *vigilants* » pour M. Hauser⁴⁸⁵, de l'ensemble des décisions de refus émanant des juges des tutelles.

Ainsi, la mission de surveillance qui incombe au procureur de la République dépasse le seul contrôle du bon fonctionnement de la mesure, il doit aussi agir en tant que garant de l'intérêt du majeur à protéger en évaluant les décisions du juge des tutelles de son ressort qui refusent l'accès à une protection. Cette surveillance mérite vraiment une attention toute particulière « *compte tenu du très court délai imparti* »⁴⁸⁶ pour effectuer le recours devant la cour d'appel. La jurisprudence nous dira par la suite si un manquement du Parquet dans ce domaine engagera la responsabilité de ce dernier et sera passible d'une éventuelle sanction. Nous verrons ultérieurement que la responsabilité du procureur, corollaire à l'évolution de ses

⁴⁸⁴ Cf. *supra*. n^{os} 134 s.

⁴⁸⁵ J. Hauser, « Recours contre un refus d'ouverture : quid novi ? », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, n^o07-17094, *RTD Civ.* 2009, p 97.

⁴⁸⁶ J. Hauser, « Recours contre un refus d'ouverture : quid novi ? », art. préc.

pouvoirs en matière de protection des majeurs, peut constituer un frein à un exercice efficace de leur fonction.

2° Le rôle du procureur dans le choix des acteurs

193. *Désignation des médecins pouvant délivrer un certificat circonstancié.* Le procureur de la République, nouveau personnage central de la protection des majeurs, est impliqué dans la désignation de deux catégories d'acteurs dont l'importance s'est accrue avec la réforme de 2007. Il intervient en effet dans le choix des médecins habilités à délivrer un certificat circonstancié accompagnant une demande d'ouverture de mesure de protection mais aussi dans la nomination des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, acteurs nouvellement apparus dans la sphère des incapacités.

Comme nous l'avons étudié précédemment, le certificat médical a pris une place centrale dans la mise en œuvre et le renouvellement de la protection des majeurs. L'article 431 C. civ. et la Cour de cassation⁴⁸⁷ sont clairs : plus aucune protection ne peut être instituée sans la production d'un certificat circonstancié. Or, ce certificat ne peut être délivré que par un médecin qui aurait préalablement été inscrit sur une liste par le procureur de la République. Ce dernier a donc un rôle très important dans la sélection de ces médecins « agréés » puisque c'est lui qui inscrit les candidats retenus sur la liste et actualise cette liste. L'établissement de cette liste élargie – elle peut désormais contenir aussi des médecins non spécialistes – est, selon les termes d'une circulaire du 9 février 2009⁴⁸⁸, « *un pouvoir exclusif* » du procureur. L'avis du préfet qui devait auparavant être demandé n'a plus lieu d'être, la tenue de la liste revient donc uniquement au Parquet.

Chaque procureur de la République a alors en outre un devoir de regard et de vigilance lors des demandes d'inscription à un double niveau : quant aux compétences du médecin demandeur mais aussi quant aux besoins médicaux de la région. On peut penser que le manquement à ces vérifications pourrait, comme nous le verrons dans un développement ultérieur⁴⁸⁹, engager la responsabilité du procureur.

⁴⁸⁷ Voir en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n°10-21819.

⁴⁸⁸ Circulaire de la DCAS n°CIV/01/09/C1 du 9 févr. 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs.

⁴⁸⁹ Cf. *infra*. n°203 s.

194. Nomination des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Outre l'exclusivité dans le choix de l'inscription des médecins sur la liste leur permettant d'être sollicité dans le cadre de l'ouverture d'une protection, le Parquet est aussi impliqué dans la sélection des futurs mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Toutefois, il s'agit non plus d'un « pouvoir exclusif », mais d'un pouvoir partagé avec le préfet comme l'indique l'alinéa 2 *in fine* de l'article 472-1 CASF⁴⁹⁰. En matière de désignation des MJPM, l'acteur principal est le préfet puisque, d'après l'article L471-2 CASF⁴⁹¹, c'est à lui que reviennent l'établissement et la tenue de la liste sur laquelle figurent les personnes susceptibles d'exercer les fonctions de MJPM. Bien que ne jouant *a priori* plus qu'un rôle secondaire, le procureur n'en demeure pas moins un échelon important dans la désignation des MJPM. Derrière l'expression « *avis conforme* » utilisée à l'article L472-1 CASF précédemment cité se cache en réalité « *un véritable droit de veto* » selon les termes de la circulaire de 2009 et analysé par Mme Sévely-Fournié⁴⁹². Il a ainsi la possibilité de s'opposer à l'inscription d'une personne sur la liste des MJPM s'il estime qu'elle n'a pas les compétences requises. Il s'agit donc là encore d'un devoir de vigilance qui repose sur le Parquet, celui-ci devant vérifier les aptitudes des prétendants à la fonction de mandataire.

195. Radiation des mandataires. Outre ce droit de veto, le procureur dispose d'un autre pouvoir en ce qui concerne les MJPM car il peut solliciter auprès du préfet la radiation d'un mandataire dont les pratiques seraient douteuses ou risquées pour le majeur protégé. L'article 417 C. civ. indique dans cette hypothèse que le procureur agit sur demande du juge des tutelles, mais la circulaire précédemment citée précise que le procureur peut aussi agir « *d'office* ». Cette position semble tout à fait logique eu égard à la mission de surveillance générale qui incombe au juge des tutelles mais aussi au procureur. Tous deux, dans l'intérêt du majeur protégé, doivent contrôler la bonne exécution de la mesure par ces professionnels que sont les MJPM. Le fait de pouvoir être radié et de devoir être inscrit sur une liste tenue par le préfet laisse à penser qu'il serait logique et judicieux de créer un ordre des MJPM⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Cet alinéa précise que : « *L'agrément est délivré par le représentant de l'Etat dans le département, après vérification que la personne satisfait aux conditions prévues par les articles L. 471-4 et L. 472-2 et avis conforme du procureur de la République* ».

⁴⁹¹ L'article L471-2 CASF est relatif à l'établissement de la liste des MJPM et précise que « *Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont inscrits sur une liste dressée et tenue à jour par le représentant de l'Etat dans le département* ».

⁴⁹² C. Sévely-Fournié, « Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? », art. préc.

⁴⁹³ Sur cette question, cf. *infra*. n^{os}283 s.

B. Une implication importante mais imparfaite dans l'ouverture de la mesure

Le Procureur tel que le législateur a souhaité l'impliquer dans la réforme de 2007 se veut un véritable soutien et collaborateur du juge des tutelles. Mais ses fonctions ne s'arrêtent pas là et dépassent ce simple rôle d'aidant et de second garant de l'intérêt du majeur protégé durant l'exécution de la mesure de protection. Le procureur est un acteur de la protection judiciaire mais intervenant aussi dans les mesures d'accompagnement, notamment l'accompagnement judiciaire qui est mis en place suite à l'échec de l'accompagnement social personnalisé. Bien que salutaire pour l'intérêt des majeurs protégés ou à protéger, le cadre de l'intervention du procureur de la République n'est pas exempt de critiques et de problèmes qui peuvent nuire à son efficacité.

1° Une intervention dans les mesures judiciaires mais aussi d'accompagnement

196. *Filtre dans la protection judiciaire : le procureur destinataire des signalements.* La suppression de la saisine d'office du juge des tutelles a impliqué un changement dans le cheminement des signalements relatifs à des personnes nécessitant la mise en place d'une mesure de protection. Si le juge des tutelles peut être saisi de droit par différentes personnes énumérées à l'article 430 C. civ., les tiers ne sont pas totalement exclus de la procédure. Ceux-ci doivent en revanche passer par le procureur de la République qui prendra le relais dans la procédure qu'ils auraient initiée après lui avoir signalé la vulnérabilité d'une personne et son éventuel besoin de protection. En tant que destinataire des signalements, le procureur de la République dispose d'un « véritable pouvoir d'opportunité »⁴⁹⁴ en ce qu'il décide, seul, de la suite à leur donner. Son rôle ne se limite pas au domaine pénal puisqu'il peut par exemple s'opposer à un mariage ou placer un mineur en urgence dans un foyer⁴⁹⁵.

Le procureur ainsi saisi a plusieurs possibilités, il peut classer la demande s'il estime qu'aucune protection n'est nécessaire ou encore demander une enquête afin d'obtenir des renseignements supplémentaires. Mais l'essentiel du pouvoir du procureur réside dans la réorientation vers d'autres mesures, essentiellement celles qui sont exercées par les services sociaux et la saisine du juge des tutelles. Si le procureur peut lui-même saisir le juge des tutelles, il est préférable, lorsqu'il est sollicité par un requérant de l'article 430 C. civ., qu'il

⁴⁹⁴ C. Sévely-Fournié, « Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? », art. préc.

⁴⁹⁵ Sur le rôle civil du Parquet, voir note 55 p 20.

l'invite à saisir directement le juge. Comme le prévoit la circulaire de 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs⁴⁹⁶, deux raisons principales peuvent inciter le Parquet à agir en lieu et place de personnes qui ont qualité pour agir :

- « *l'impécuniosité de la personne vulnérable* » ;
- « *un contexte familial difficile* » se caractérisant par exemple par un éloignement géographique, des conflits ou une famille absente.

Le procureur, depuis la loi du 5 mars 2007, peut aussi saisir directement le juge des tutelles d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection. Mais, à l'image de n'importe quelle autre requête, le procureur doit fournir l'ensemble des documents, y compris le certificat médical circonstancié dont il était exempté jusque là. Le procureur est un simple filtre, il n'instruit en aucune façon le dossier, cette mission relevant exclusivement du juge des tutelles.

197. Monopole du procureur pour la mise en œuvre de la MAJ. Si le procureur de la République n'est qu'un tampon en matière de protection judiciaire, il a en revanche le monopole en ce qui concerne la mise en œuvre d'une mesure d'accompagnement judiciaire. Beaucoup moins restrictive de droits et libertés qu'une mesure judiciaire, mais instituée seulement en cas d'échec de la mesure d'accompagnement social personnalisé, la MAJ relève exclusivement du procureur de la République. Ce dernier évaluera l'opportunité de saisir le juge des tutelles quant à l'ouverture d'une MAJ au vu d'un rapport⁴⁹⁷ constatant l'insuffisance de la MASP pour rétablir l'autonomie budgétaire de la personne en difficulté. Ce rapport est transmis au procureur par le président du conseil général – la MASP étant diligentée au niveau départemental – et le parquet sollicite ensuite éventuellement le juge des tutelles. S'il décide de se tourner vers le juge des tutelles pour lui demander l'ouverture, la seule obligation qui lui incombe est celle de prévenir le président du conseil général aux termes des articles 1262 C. proc. civ. et L271-6 CASF.

⁴⁹⁶ Circulaire de la DCAS n°CIV/01/09/C1 du 9 févr. 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs.

⁴⁹⁷ L'article L271-6 CASF prévoit la nécessité de ce rapport et son contenu : « *Lorsque les actions prévues au présent chapitre n'ont pas permis à leur bénéficiaire de surmonter ses difficultés à gérer les prestations sociales qui en ont fait l'objet et que sa santé ou sa sécurité en est compromise, le président du conseil général transmet au procureur de la République un rapport comportant une évaluation de la situation sociale et pécuniaire de la personne ainsi qu'un bilan des actions personnalisées menées auprès d'elle en application des articles L. 271-1 à L. 271-5. Il joint à ce rapport, sous pli cacheté, les informations dont il dispose sur la situation médicale du bénéficiaire* ».

198. Rouage central. Par le biais de ce rôle de tri et de sélection des demandes, le Parquet devient un nouveau maillon de contrôle de la bonne application des principes de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité qui doivent gouverner toute action de protection envers un majeur vulnérable. Ce dernier voit donc son intérêt doublement vérifié et protégé. Cependant, l'implication du procureur n'est pas sans poser de problèmes et son intervention ne peut donc être pleinement efficace.

2° Des contraintes fortes, nuisibles à l'efficacité de son rôle de filtre

Les modalités de fonctionnement du procureur, bien que théoriquement efficaces et bien pensées, se heurtent en réalité à des obstacles venant de la pratique. Ces contraintes issues du terrain vont se caractériser essentiellement à deux niveaux : le coût du certificat circonstancié et le manque de moyens et de personnel au sein des Parquets civils.

199. Obstacle principal : le coût du certificat médical circonstancié. Comme nous l'avons évoqué précédemment, aux termes d'un décret du 22 décembre 2008⁴⁹⁸, le coût du certificat circonstancié rédigé par un médecin inscrit sur la liste du procureur s'élève à 160 euros. Cette somme relativement importante peut rebuter certaines familles dont les moyens financiers seraient limités. Nous pourrions alors assister au court-circuitage de la saisine directe du juge des tutelles par les familles n'ayant pas les moyens de payer ce certificat. Celles-ci préféreront certainement se tourner vers le procureur de la République, notamment depuis que l'exigence du certificat a été renforcée et que même le refus du majeur de se faire examiner ne peut être un fait justificatif de l'absence de certificat comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 29 juin 2011⁴⁹⁹.

Or, comme nous l'avons vu précédemment, le manque de moyens – « *l'impécuniosité* » – constitue une hypothèse dans laquelle le procureur se substitue à la famille dans la procédure de requête. Le coût du certificat sera alors inclus dans les frais de justice comme le précise l'article R93 C. proc. pén. Toutefois, ils ne sont qu'avancés par le Trésor public⁵⁰⁰ et sont

⁴⁹⁸ Décret n°2008-1528 du 22 décembre 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs.

⁴⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n°10-21819.

⁵⁰⁰ L'article R91 C. proc. pén. distingue clairement entre les frais de justice des articles R92 et R93 en précisant que « *Le Trésor public paye les frais énumérés à l'article R. 92. Il fait l'avance de ceux énumérés à l'article R. 93*

donc susceptibles de recouvrement, « *la volonté du législateur est bien de faire supporter par principe la charge des frais d'établissement du certificat médical par le majeur protégé ou les membres de sa famille* » souligne Mme Sévely-Fournié⁵⁰¹. Par conséquent, le problème n'est que déplacé et finalement le coût du certificat sera pris en charge par la famille, avec l'éventualité d'une insolvabilité. Le passage par le procureur au lieu de saisir directement le juge des tutelles ne leur évite donc pas le versement du prix du certificat.

Cela produira simplement un encombrement supplémentaire des Parquets civils. La saisine du juge des tutelles sera délaissée par les familles au profit d'un signalement au procureur dont les moyens financiers et matériels sont limités. Afin d'éviter une telle situation, il serait judicieux d'étendre le champ d'application de l'aide juridictionnelle et surtout d'informer les requérants qu'ils ont accès à une telle aide dès lors qu'une procédure est ouverte devant le juge des tutelles ; les frais seront alors à la charge de l'Etat, notamment en ce qui concerne la représentation par un avocat.

200. Manque de moyens des Parquets civils. Le problème qui se pose concernant les juges des tutelles et leur manque de moyens, en personnel notamment, semble pouvoir se transposer aux procureurs de la République. Lorsqu'ils reçoivent un signalement, ils doivent se poser la question de savoir s'il est nécessaire de saisir le juge des tutelles ; dans cette hypothèse, le Parquet devra être certain de l'opportunité d'ouvrir une mesure. Il peut aussi, avant de se tourner vers le juge des tutelles, souhaiter obtenir plus d'informations sur la situation du majeur à protéger. Mais la charge de cette enquête revient-elle au procureur ? En a-t-il les moyens ? La question mérite vraiment d'être posée car il est possible, d'après Mme Caron-Deglise⁵⁰², de douter de la « *véritable implication des Parquets civils* » dans la procédure. Cette même auteure préconise une spécialisation des fonctions au sein des Parquets civils « *en créant des fonctions de substituts chargés des majeurs vulnérables* » dont le champ de compétences pourrait être véritablement ciblé sur le droit des incapacités.

En l'absence de tels acteurs ou de plus larges moyens, les procureurs de la République ne pourront certainement pas exercer leur fonction de filtre de manière efficace et auront tendance à solliciter d'office le juge des tutelles afin de se décharger. Au vu du grave impact que leur décision peut avoir sur le majeur à protéger, certains ne préféreront pas se prononcer

et poursuit le recouvrement des frais qui ne sont pas à la charge de l'Etat, le tout dans la forme et selon les règles établies par le présent titre ».

⁵⁰¹ C. Sévely-Fournié, « Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? », art. préc.

⁵⁰² A. Caron-Deglise, « L'ouverture d'une mesure de protection : les principaux aménagements de la loi », *Droit et Patrimoine*, n°169, 1^{er} avr. 2008, p 50.

et "renvoyer la balle" au juge des tutelles, sachant que peut alors se poser la question de leur responsabilité s'ils ne remplissent pas leur mission de façon satisfaisante.

Section 2 : Recours et responsabilités de ces acteurs nouveaux

201. Travail collectif. Le procureur et le médecin inscrit sur la liste qu'il établit sont devenus, sous la plume du législateur à l'origine de la réforme du 5 mars 2007, de véritables collaborateurs fonctionnels du juge des tutelles dans sa mission de mise en oeuvre d'une protection adaptée et individualisée des majeurs en difficulté. Les dispositions nouvelles instituent un véritable travail collectif relativement à la protection des majeurs en se fondant, outre sur le volet patrimonial, sur la personne même du majeur. Chacun a un rôle et des missions précis qui vont permettre au juge, en fin de chaîne, de prendre une décision la plus éclairée possible.

L'imposition d'une ligne directrice *a priori* très favorable aux personnes vulnérables s'explique par la vision encore relativement négative qui caractérise la mise en place de la protection. Cette dernière est perçue comme une atteinte grave aux droits et libertés de la personne, d'où la volonté claire de limiter l'ouverture des mesures de protection. Cela fait donc peser sur les acteurs de la protection, notamment le juge des tutelles, une responsabilité accrue comme nous l'avons étudié précédemment⁵⁰³. Si le juge des tutelles ne peut voir sa responsabilité directement engagée, il n'en demeure pas moins que l'Etat dispose à son encontre d'une action récursoire. Toutefois, cette action n'est pratiquement jamais utilisée mais fait peser sur les juges une épée de Damoclès constante, dès lors qu'une «*faute quelconque*»⁵⁰⁴ est commise dans l'exercice de la mesure.

202. Responsabilités nouvelles et recours. L'implication du médecin habilité et du procureur va aussi poser le problème de leur éventuelle responsabilité et de possibles voies de recours notamment contre le contenu du certificat circonstancié ou l'inscription d'un médecin sur la liste du procureur. Ce sont en effet des actes qui ont une influence importante pour le

⁵⁰³ Cf. *supra*. n°88 s.

⁵⁰⁴ Les dispositions de l'article 421 C. civ. retiennent en effet la commission d'une faute quelconque pour que la responsabilité de l'Etat soit engagée pour un agissement fautif du juge des tutelles.

majeur vulnérable : l'altération de ses facultés mentales ou physiques correspond à l'élément déclencheur de la procédure et elle doit nécessairement être constatée par un certificat circonstancié qui, comme cela a déjà été souligné, ne peut émaner que d'un médecin agréé (§2). Il est malgré tout intéressant de s'interroger sur la possibilité de recours contre ce genre de décisions afin que le majeur à protéger et son entourage ne soit pas définitivement liés par une décision qui leur paraîtrait injuste. Un modèle existe déjà en la matière puisque les décisions du juge des tutelles et les délibérations des conseils de famille sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel. Cette faculté de contestation offerte aux requérants à l'ouverture d'une mesure de protection pourrait servir de fondement à un recours à l'égard de décisions de médecins agréés voire d'inscription sur la liste par le Parquet. Il en va de même avec la responsabilité du procureur (§1) qui doit être articulée de manière précise afin de ne pas freiner l'exercice de ses missions mais en permettant au majeur à protéger de se sentir en sécurité.

§1) La responsabilité du procureur de la République dans l'exercice de sa mission

L'implication accrue du Parquet civil dans la mise en œuvre de la protection des majeurs s'accompagne naturellement d'une responsabilité plus grande, surtout que l'exécution de ses décisions peut avoir une influence importante sur la capacité de la personne à protéger. Il est le collaborateur prioritaire du juge des tutelles et fait donc partie intégrante des acteurs en charge de la protection des majeurs vulnérables. Si l'article 415 C. civ. précise que la protection est « *un devoir des familles et de la collectivité publique* », il n'en demeure pas moins que l'Etat est par principe responsable des agissements de ses agents dans le déroulé des mesures de protection. Mais il dispose d'une action récursoire qui peut faire naître une certaine appréhension de la part des acteurs de la protection dans l'exercice de leurs diverses missions. Toutefois, cet accroissement des zones de responsabilité, quand bien même il peut paraître bénéfique pour le respect des droits et libertés des majeurs vulnérables, s'avère en réalité nuisible à un exercice efficient des fonctions dont le procureur dispose. C'est pourquoi il nous semble nécessaire de prévoir des atténuations quant à la responsabilité du Parquet civil dans ses fonctions de protection des majeurs. Si la base de la responsabilité du procureur en

matière de protection relève du droit commun, plutôt favorable à cet acteur, des extensions spécifiques au droit du majeur protégé viennent s'ajouter et alourdir la responsabilité.

A. Une extension néfaste de la responsabilité

La multiplication des tâches du procureur dans la protection des majeurs est salubre, d'une part pour le juge des tutelles qui se trouve déchargé ou tout du moins accompagné dans la surveillance et le contrôle des mesures, d'autre part pour les majeurs à protéger qui voient cet acteur comme un second garant de leur intérêt et un avis supplémentaire que celui du juge des tutelles. Depuis la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs, le procureur de la République n'est plus un simple membre, il possède en outre la casquette de personnage entrant dans la protection des majeurs en ce qu'il est le principal relais des signalements auprès du juge des tutelles. C'est par le biais de ces nouvelles attributions qu'il a vu le champ d'action de sa responsabilité prendre de l'essor pour, finalement se calquer entièrement sur le modèle des juges des tutelles.

1° Un droit commun favorable

203. *Favorable quant à la nature de la faute.* A l'origine, avant l'entrée en vigueur de la réforme du 5 mars 2007, le procureur de la République faisait partie intégrante du service de la justice et ne répondaient donc pas directement de leurs agissements, l'alinéa premier de l'article L141-1 COJ précisant à cet égard que « *l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice* ». Le droit commun de la responsabilité des procureurs de la République a donc le même modèle que la responsabilité des juges des tutelles dans l'exercice de leur mission de protection, à savoir une responsabilité indirecte puisque le principe veut que ce soit l'Etat qui réponde de leur faute dans l'exercice de leurs fonctions. Si le juge des tutelles peut voir sa responsabilité indirectement engagée dès lors qu'est caractérisée une faute quelconque, les dispositions du précédent article prévoient une faute lourde pour que la responsabilité de l'Etat soit engagée du fait du service de la justice. L'engagement de la responsabilité de l'Etat repose donc sur la commission d'une faute lourde par le procureur de la République qui aurait provoqué un préjudice au majeur à protéger, « *dans ses biens comme dans sa personne* » comme l'a rappelé Mme Sévely-

Fournié⁵⁰⁵. La philosophie nouvelle insufflée par le législateur en 2007 et visant à prendre en compte le majeur à protéger dans sa globalité élargit le champ de la faute pour les acteurs intervenant dans la protection, comme c'est le cas du procureur de la République. La Cour de cassation, en 2001, a déjà précisé ce qu'elle entendait dans la notion de faute lourde, il s'agit de « *toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* »⁵⁰⁶. Malgré cette définition donnée par la Cour de cassation, les agissements fautifs d'un procureur ne sont pas forcément simples à qualifier et à faire entrer dans la sphère de la faute lourde.

204. Première extension quant aux requérants potentiels. Initialement ouverte seulement aux personnes ayant directement subi un préjudice, l'action en responsabilité contre l'Etat du fait d'un agissement fautif du service de la justice a vu son domaine élargi. C'est encore une fois la Cour de cassation qui est venue apporter des précisions et autoriser, en 2008⁵⁰⁷, l'accès à ce recours aussi aux victimes par ricochet. Ces deux espèces donnent la possibilité aux héritiers et aux parents d'agir en responsabilité contre l'Etat pour un préjudice qui aurait été subi par un membre de leur famille.

205. Prise en compte du préjudice indirect. Cet élargissement du cercle des requérants potentiels oblige les services de la justice à être vigilants et ouvre les voies de l'action en responsabilité contre l'Etat à des personnes ne subissant qu'un préjudice indirect. Cela suppose que, dans l'exercice de leur mission relative à la protection des majeurs, les procureurs sont susceptibles d'être plus souvent impliqués dans des actions en responsabilité. Bien qu'elles soient tournées vers l'Etat, ces actions en responsabilité sont nuisibles au fonctionnement du service de la justice. Toutefois, l'ouverture du cercle des requérants n'est qu'un premier pas et les conséquences du rôle nouveau du procureur de la République en font un acteur dont les agissements sont de plus en plus sources d'actions en responsabilité.

⁵⁰⁵ C. Sévely-Fournié, « Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? De quelques interrogations pratiques sur l'application de la loi réformant la protection juridique des majeurs », *D.* 2009, p 1221.

⁵⁰⁶ Cass. plén. 23 févr. 2001, n°99-16165, Bull., n°5.

⁵⁰⁷ La Cour de cassation a en effet prononcé deux arrêts le même jour confirmant l'ouverture de ce recours aux victimes par ricochet : Cass. civ. 1^{ère}, 16 avr. 2008, n°07-16286 et n°07-16504.

2° L'extension au droit des majeurs protégés

206. Caractérisation d'une faute quelconque comme élément déclencheur. Si les dispositions du COJ prévoient une faute lourde pour enclencher une procédure en responsabilité lors du mauvais fonctionnement du service de la justice, il en va différemment si l'on s'en tient à l'article 421 C. civ. Celui-ci, comme nous l'avons déjà expliqué, pose les bases de la responsabilité des organes de la protection et fonde les actions en responsabilité à leur égard sur une « *faute quelconque* ». Par conséquent, le champ de la responsabilité est beaucoup plus large dans cette hypothèse et la responsabilité de l'Etat, qui se substitue à l'agent fautif, peut être recherchée plus facilement par la victime. Même si clairement, « *la loi renforce la responsabilité des organes de protection* »⁵⁰⁸, c'est dans un souci de respect et de protection du majeur à protéger qui doit éviter de subir une mesure de protection qui serait injustifiée.

Quand bien même le procureur de la République n'est pas explicitement visé par les termes de l'article 422 C. civ.⁵⁰⁹, nous pouvons l'inclure dans ces dispositions en faisant une interprétation large de l'organisation et du fonctionnement de la mesure. En tant que collaborateur – sur le plan fonctionnel mais pas organisationnel – du juge des tutelles, ayant la même mission de surveillance générale des mesures, destinataire des signalements et disposant d'un pouvoir d'opportunité, il ne fait aucun doute que le procureur peut être considéré comme un acteur à part entière de la protection des majeurs et bénéficier d'une responsabilité « indirecte ». L'Etat se substitue à lui dans la grande majorité des situations. Il nous semble donc que le Parquet doive être traité de la même façon que le juge des tutelles en ce qui concerne le principe de la responsabilité et il serait plus clair qu'il apparaisse dans le texte afin d'éviter toute ambiguïté. Cela permettrait en outre d'uniformiser véritablement les principes de la responsabilité des juges des tutelles et des Parquets civils.

207. Impact sur l'exercice de sa fonction par le procureur. Cette harmonisation des responsabilités serait judicieuse, elle aurait par contre des effets contraires sur la mission du procureur. Cette extension de responsabilité fondée sur une faute quelconque va certainement faire peser sur le procureur une appréhension supplémentaire lorsqu'il aura à se prononcer. La peur de ne pas prendre la bonne décision ou de ne pas respecter les procédures pourrait

⁵⁰⁸ C. Sévely-Fournié, « Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? De quelques interrogations pratiques sur l'application de la loi réformant la protection juridique des majeurs », art. préc.

⁵⁰⁹ Cet article, subdivisé en deux alinéas, traite respectivement du juge des tutelles, du greffier en chef du tribunal d'instance, du greffier puis des MJPM.

l'inciter à se tourner très fréquemment vers le juge des tutelles pour éventuellement se décharger d'une éventuelle décision susceptible d'engager la responsabilité des acteurs. Il convient alors de s'interroger sur ce renvoi parfois trop fréquent au juge des tutelles et sur sa qualification éventuelle en faute quelconque. S'il est clair que l'accroissement du champ de responsabilité peut freiner l'exercice de sa mission par le Parquet, il présente malgré tout le double avantage de sécuriser le majeur à protéger mais aussi d'imposer au procureur une véritable implication dans la mise en œuvre d'une mesure de protection. C'est pourquoi cette interprétation stricte de la responsabilité devrait, si possible, laisser place à des atténuations permettant de décharger le procureur de l'emprise trop pesante des actions en responsabilité.

B. Les moyens d'atténuation de la responsabilité du procureur

S'il est logique que les missions du procureur de la République soient sanctionnées d'une possible action en responsabilité, il ne faut pas tomber dans l'excès inverse et freiner, voire restreindre, l'activité de ce nouvel acteur en l'enfermant dans une responsabilité trop large. L'exonération de responsabilité n'est pas envisageable puisque le procureur peut décider de la privation de droits et libertés du majeur à protéger, mais pour exercer au mieux le rôle de filtre qui lui a été attribué par le législateur en 2007, il doit bénéficier d'une marge de manœuvre. C'est en ce sens que des atténuations doivent être évoquées quant à l'engagement de la responsabilité du procureur et de l'Etat. En outre, ces exceptions devraient aller de pair avec une augmentation des moyens des Parquets civils, moyens humains mais aussi moyens financiers qui pourraient servir, dans l'idéal, à la formation des personnels en matière de droit des incapacités.

1° Le fondement de la recherche d'atténuations

208. *Absence de pouvoir d'instruction pour le procureur.* Le procureur de la République est le relais des signalements et le filtre entre les requérants et le juge des tutelles ; il dispose ainsi d'un pouvoir d'opportunité qui lui permet de décider si la demande doit ou non être soumise au juge des tutelles. Cette sollicitation éventuelle du juge des tutelles fait suite à un examen de la demande émanant de tiers ou des requérants listés à l'article 430 C. civ. bien que le Parquet ait un droit de regard sur le dossier de demande qu'il doit relayer, il ne dispose

en aucun cas d'un pouvoir d'instruction. Il doit donc se fier aux pièces qui lui sont fournies et éventuellement solliciter un médecin inscrit sur sa liste afin de faire établir un certificat médical circonstancié. En effet, nous le rappelons, le procureur de la République, s'il décide de saisir le juge des tutelles, doit fournir l'ensemble des pièces et documents requis. Il n'y a plus d'exception spécifique au procureur quant au certificat circonstancié.

209. *Flou autour de la notion de vulnérabilité.* L'autre principal problème qui se pose au procureur de la République lorsqu'il doit se prononcer sur les suites à donner au signalement dont il est la cible est celui du flou qui règne autour des frontières de la notion de vulnérabilité. Bien que principalement notion de droit pénal – elle y sert de circonstance aggravante –, la vulnérabilité apparaît en filigrane dans le volet civil de la protection des majeurs. Bien que ce ne soit pas lui qui estime directement le degré d'altération des facultés du majeur à protéger, il exerce son pouvoir d'opportunité en se basant sur les renseignements que lui apportent les autres acteurs.

Or, l'absence de définition de la vulnérabilité est dommageable pour l'ensemble des acteurs de la protection. La frontière à partir de laquelle le besoin de protection est marqué n'est pas évidente à saisir de telle sorte que, selon Mme Sévely-Fournié⁵¹⁰, cela « *suscite l'esprit de vigilance et la plus grande prudence* » de la part du Parquet. Il convient toutefois de se demander si ce recours quasi systématique au juge des tutelles est caractéristique d'une faute de la part du procureur en ce qu'il se contenterait d'être un maillon supplémentaire dans la chaîne de la protection et alourdirait donc la procédure.

2° Les exceptions envisageables

210. *Utilisation du modèle du curateur ?* Un champ de responsabilité trop large serait nuisible à un exercice libre et plein du rôle de filtre accordé au procureur. C'est pourquoi, il semblerait judicieux de prévoir des atténuations dans la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour une faute commise par le Parquet dans la procédure de protection des majeurs. D'ailleurs, des cas dérogatoires existent déjà concernant la responsabilité des acteurs de la protection, particulièrement pour le curateur et le subrogé curateur qui ne peuvent engager la responsabilité de l'Etat qu'en cas de faute lourde ou de dol comme le prévoit l'article 421 C.

⁵¹⁰ C. Sévely-Fournié, « Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? De quelques interrogations pratiques sur l'application de la loi réformant la protection juridique des majeurs », art. préc.

civ. *in fine*. Le curateur est un acteur de la protection des majeurs qui n'a qu'un rôle d'assistance, non de représentation. C'est une raison qui pourrait expliquer cette différence de traitement quant à la mise en œuvre de la responsabilité.

Le procureur de la République agit en amont de l'exécution de la mesure, il participe, aux côtés du juge des tutelles, à sa mise en place et exerce ensuite une mission de surveillance générale du bon fonctionnement de la mesure. Il n'est donc à aucun moment question d'assistance ou de représentation en ce qui le concerne. Bien que son rôle ait pris de l'ampleur avec les dispositions nouvelles de la loi du 5 mars 2007, il n'en demeure pas moins un "collaborateur" – fonctionnel – du juge des tutelles, notamment lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'ouverture d'une mesure de protection, le dernier mot revenant finalement au juge. C'est pourquoi il pourrait être utile de ne pas appliquer le régime de la faute quelconque au Parquet, mais de rester sur la caractérisation d'une faute lourde. Il serait alors possible de ne pas appliquer l'article 421 C. civ. au procureur ou de lui prévoir un cas particulier à l'image de ce qui existe pour le curateur afin qu'il ne soit pas obsédé par une éventuelle action en responsabilité et qu'il exerce pleinement et sereinement son rôle de filtre entre les requérants et les juges des tutelles.

211. *Suppression de l'action récursoire ?* Outre la possibilité de prévoir un cas dérogatoire pour le procureur lui permettant de ne voir une action en responsabilité déclenchée qu'en cas de faute lourde, il est aussi envisageable d'imaginer d'autres allègements relatifs à la responsabilité. Si la caractérisation d'une faute quelconque nous semble difficilement compatible avec les missions incombant au procureur de la République en matière de droit des incapacités, une autre solution pourrait être envisagée pour soulager ce dernier lors de ses décisions. Il est en effet prévu une action récursoire au profit de l'Etat à l'encontre de l'agent fautif qui, bien que très rarement utilisée, constitue une ombre dans l'action des agents du service de la justice et des acteurs de la protection, notamment le procureur de la République. Il serait alors envisageable d'étudier la possibilité de fermer cette action récursoire lorsque c'est le procureur qui est visé. L'Etat se substituerait alors pleinement à son agent qui serait totalement délié de responsabilité. Peut être cela serait-il trop dangereux d'imaginer une telle hypothèse en ce sens que le procureur serait constamment couvert par l'Etat.

Quand bien même il est important d'exercer sa mission dans les meilleures conditions, il ne doit pas le faire sans aucun encadrement, ce qui implique qu'il réponde un minimum de ses actes ou abstentions qui seraient sources d'un préjudice pour le majeur à protéger ou son entourage. L'interprétation stricte du texte de l'article 421 C. civ. doit être laissée de côté, la

caractérisation d'une faute quelconque est à notre avis trop lourde pour le procureur, relais entre les requérants et le juge. La meilleure solution serait donc de limiter la responsabilité du procureur de la République aux dispositions de l'article L141-1 COJ qui imposent une faute lourde pour que soit engagée la responsabilité de l'Etat du fait de l'agissement de son agent. Afin d'éviter tout risque de mauvaise interprétation et d'application du principe de la faute quelconque retenu par l'article 421 C. civ., il serait judicieux de prévoir spécifiquement le cas du procureur, comme pour le curateur et le subrogé curateur qui ne sont responsables du dommage causé au majeur qu'en cas de faute lourde.

§2) Le certificat circonstancié, la responsabilité et les recours

212. *A la base de la protection : le certificat circonstancié.* S'il est nécessaire que les agissements des acteurs de la protection des majeurs soient encadrés de manière stricte, cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne le volet médical de la protection. Il s'agit du point de départ de la mise en œuvre d'une mesure puisqu'il faut obligatoirement un constat médical de l'altération des facultés de la personne et donc un certificat établi uniquement par un médecin inscrit sur la liste tenue par le procureur de la République. C'est ensuite sur la base de ce certificat que sera choisie la mesure la plus appropriée aux besoins du majeur à protéger, il revêt donc une importance toute particulière, non seulement pour le juge des tutelles, mais aussi pour la personne même du majeur dont les droits et libertés seront restreints en fonction des éléments qui ressortent de l'examen médical subi. L'importance du certificat circonstancié justifie que le médecin agréé, inscrit sur la liste du procureur, fasse l'objet d'un certain contrôle de son activité et de ses décisions. Sans vouloir porter atteinte au principe d'indépendance de l'exercice médical, il conviendrait de prévoir un recours contre le contenu de ce certificat afin que celui-ci ne s'impose pas automatiquement aux autres acteurs de la protection des majeurs. En effet, le médecin, dont la candidature est normalement et attentivement étudiée par le procureur, n'est pas à l'abri d'un diagnostic qui serait faux et qui tendrait à ouvrir une mesure inadaptée au majeur en difficulté.

Un problème supplémentaire se pose au médecin qui a affaire à un majeur handicapé mental : il concerne le devoir d'information. L'erreur, comme le souligne M. Penneau, peut découler d'une impossibilité d'informer qui correspond à une exception au devoir

d'information qui incombe à tout professionnel de santé et dont le manquement n'est plus seulement sanctionné sur le fondement de la perte de chance⁵¹¹. Le défaut d'information est donc devenu un préjudice susceptible d'être indemnisé sans qu'il n'y ait de perte de chance à démontrer. Outre le fait que l'information soit obligatoire, elle doit être claire, loyale et adaptée, c'est-à-dire que le majeur à protéger doit comprendre ce que le médecin agréé lui dit. Il est intéressant de s'arrêter brièvement sur le caractère loyal de l'information : ceci signifie qu'il n'est plus possible de cacher des informations essentielles, le professionnel de santé ne peut pas mentir quant au diagnostic. Cela implique qu'il ne doit pas non plus « *faire naître l'espérance d'un événement chimérique* » qui, d'après M. Mistretta⁵¹², serait source d'« *une escroquerie civile* ». Par conséquent, le médecin habilité par le procureur doit informer à bon escient le majeur à protéger.

A. L'articulation avec les actes du procureur

Le volet médical de la protection des majeurs est intimement lié aux nouvelles missions relevant du procureur de la République puisque ce dernier désigne les médecins habilités à établir les certificats circonstanciés qui serviront de point de départ à l'ouverture d'une mesure de protection. Si « *le médecin se trouve être le premier serviteur et auxiliaire de la justice en matière de protection des majeurs vulnérables* »⁵¹³, il est tout d'abord choisi et « sélectionné » par le procureur qui décide en toute indépendance de son inscription sur la liste. Cette inscription correspond à une sorte d'habilitation qui permet au médecin de rédiger un certificat circonstancié, mais il est clair qu'une absence de contrôle par un organe externe peut s'avérer nuisible. Il existe en effet des risques autour de la désignation de ces médecins qui peuvent justifier le recours à une instance externe pour contrôler si le procureur agit en respectant les règles induites par les textes.

⁵¹¹ Cette position nouvelle découle d'un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 2010 : Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n°09-13591 : « le défaut d'information constitue un préjudice indemnisable en soi ».

⁵¹² P. Mistretta, « Un diagnostic médical trop optimiste constitue un manquement au devoir d'information et engage la responsabilité délictuelle du médecin », *JCP G.*, 23 juin 2004, n°26, p 1179.

⁵¹³ F. Fresnel, « Le certificat médical dans la protection juridique des majeurs », *RJPF* 2008, 06-2008, n°6.

1° Les risques de l'absence de contrôle lors de l'inscription du médecin

213. Principe. L'inscription d'un médecin sur la liste du procureur est une démarche volontaire dont le point de départ est le dépôt d'un dossier au parquet du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est installé son cabinet. Pour que son dossier soit complet et puisse faire l'objet d'une étude par le procureur, il doit contenir sept éléments essentiels :

- l'original ou une copie du diplôme ;
- l'inscription à l'Ordre ;
- le nombre d'années d'inscription ;
- les publications et les travaux ;
- une lettre de motivation ;
- un extrait d'acte de naissance ;
- une attestation du président du conseil départemental de l'Ordre démontrant la bonne moralité du demandeur.

Chacune des pièces constituant le dossier possède une importance, c'est pourquoi il convient de vérifier que toutes sont bien incluses dans le dossier qui est présenté au procureur. Si nous comprenons bien pourquoi les documents démontrant l'inscription à l'Ordre sont indispensables, l'extrait d'acte de naissance permet de savoir si aucune mesure de protection n'est ouverte à l'encontre du candidat. Nous remarquons quand même qu'aucune pièce particulière ne vient justifier les compétences du médecin dans le domaine de l'incapacité et du handicap.

En outre, le fait d'exiger les documents prouvant l'inscription à l'Ordre pour que la demande d'inscription soit complète démontre que le médecin demeure en toute situation soumis à la déontologie et que sa responsabilité disciplinaire ne doit pas être négligée. Nous verrons que cela peut avoir de l'importance lors de l'examen médical qui doit donner lieu au certificat circonstancié.

214. Grande latitude du procureur : les soucis liés au relationnel. Le procureur de la République a un rôle prépondérant dans la protection des majeurs, en amont de la mise en œuvre d'une éventuelle mesure, puisque c'est à lui qu'il revient d'établir la liste des médecins qui établiront les certificats. Donc, en ce qui concerne l'établissement de cette liste, le procureur agit de manière autonome et « *est seul juge de l'inscription en fonction de ses*

propres critères » comme le résume Mme Fresnel⁵¹⁴. C'est justement cette grande liberté qui est dangereuse et qui peut s'avérer nuisible pour les futurs examens médicaux préalables à la rédaction du certificat. Le procureur ne fait l'objet d'aucun contrôle particulier lorsqu'il se prononce sur les inscriptions des médecins sur sa liste. Cela implique que le Parquet est totalement libre quant à sa décision d'inscrire ou non le médecin candidat, mais « *il se peut que des contacts personnels allègent le nombre de documents à fournir* »⁵¹⁵. Les connaissances du procureur pourront par conséquent court-circuiter la procédure réglementaire d'inscription sur sa liste et dispenser certains candidats de pièces pourtant obligatoires.

Peut aussi se présenter la situation inverse lorsqu'un procureur ne connaît pas du tout le médecin ou a des doutes quant à l'intérêt de le faire figurer sur sa liste. En effet, il pourra alors décider de manière discrétionnaire qu'outre le dossier complet, le candidat devra se présenter à un entretien préalable afin que le procureur éclaire au mieux sa décision d'inscription ou de refus d'inscription. Il existe donc une modulation des exigences demandées aux candidats en fonction du relationnel qu'ils peuvent entretenir ce qui peut naturellement être source de mécontentement et parfois d'insécurité quant à la véritable qualité du médecin et à ses aptitudes à se prononcer sur le degré d'altération des facultés de la personne.

215. Questions autour de l'inscription. Il est clair que le système de liste est essentiel dans un souci de partialité et d'indépendance dans la rédaction des certificats, il n'en demeure pas moins qu'il doit être encadré afin que l'inscription soit la plus objective possible et qu'elle ne soit pas influencée par des relations personnelles. C'est certainement en ce sens que le législateur a mis au point cette formalité. Toutefois des difficultés pratiques subsistent et concernent notamment certains départements qui présentent un déficit de médecins inscrits, la Cour des comptes fait état de « *l'insuffisance du nombre de médecins inscrits sur les listes, s'agissant en particulier des médecins psychiatres* »⁵¹⁶. De plus, l'inscription d'un médecin sur la liste du procureur n'est pas forcément définitive et peut faire l'objet d'un éventuel recours.

⁵¹⁴ F. Fresnel, « Le médecin et le droit des majeurs », *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2009, n°288, p 3.

⁵¹⁵ F. Fresnel, « Le certificat médical dans la protection juridique des majeurs », *RJPF* 2008, 06-2008, n°6.

⁵¹⁶ Précision apportée par la Cour des comptes dans le rapport d'information n°315 (2011-2012) remis au Sénat le 31 janv. 2012 par MM. E. Bocquet et E. Hervé et intitulé « La réforme de la protection des majeurs : un bilan d'étape préoccupant ».

2° Le recours contre l'inscription d'un médecin sur la liste du procureur : un rôle pour l'Ordre ?

216. *Donner un droit à récusation au majeur ?* L'absence de contrôle des décisions d'inscription ou de rejet des médecins prises par le procureur est contestable voire dangereux pour les majeurs à protéger, d'autant plus qu'à l'heure actuelle, il s'agit d'« *un acte insusceptible de recours* »⁵¹⁷. Il existe donc un double manquement auquel il conviendrait de remédier sans toutefois que la décision du procureur ne perde toute sa valeur et ne puisse être systématiquement remise en cause. Si le majeur peut refuser de se faire ausculter – ce qui donnera lieu à la rédaction d'un certificat de carence –, il n'a en revanche pas le choix du médecin qui doit lui faire passer l'examen constatant que ces facultés ne lui permettent pas de s'assumer seul. D'après l'importance que prend ce certificat dans la mise en œuvre de la protection, il serait important que soit respecté le principe du contradictoire et que le majeur à protéger dispose d'un droit de récusation qu'il conviendrait de limiter quantitativement. Bien que le médecin habilité ait l'obligation d'agir en toute indépendance, il est possible que des inscriptions soient biaisées du fait d'affinités, de relations personnelles alors que ses compétences en matière d'incapacité ne sont pas suffisamment prouvées.

Une autre hypothèse serait susceptible de justifier ce droit à récusation : si le majeur a déjà eu à faire au médecin habilité et qu'il ne souhaite pas de nouveau être examiné par lui, il pourrait être logique de lui offrir la possibilité de récuser le médecin. Cette situation peut exister dans des lieux dits de désert médical, c'est-à-dire lorsque les médecins se font rares et que les patients sont confrontés aux mêmes soignants. Il est alors envisageable de prévoir un tel droit de récusation que le majeur à protéger ne pourrait exercer qu'une seule fois lorsque le médecin agréé qui lui est proposé ne lui semble pas le plus à-même de se prononcer sur son état de santé. Le majeur à protéger ne serait par conséquent plus prisonnier du choix du procureur qui lui imposerait un médecin, il aurait la faculté de le faire changer une fois. L'impartialité est une notion souvent utilisée ou sous-entendue dans le code de déontologie médicale⁵¹⁸, elle doit servir de fil conducteur dans la pratique médicale et plus particulièrement dans l'exercice de la médecine de contrôle.

⁵¹⁷ F. Fresnel, « Le certificat médical dans la protection juridique des majeurs », art. préc.

⁵¹⁸ Cette notion d'impartialité est plus particulièrement présente dans la médecine de contrôle exercée par des médecins relevant d'une caisse d'assurance sociale. Les articles 100 et 101 du code de déontologie médicale – articles R4127-100 et R4127-101 C. santé publ. - sous-tendent fortement l'impartialité du médecin exerçant le contrôle en prévoyant des interdictions de cumul et une obligation de récusation. Le Conseil national de l'Ordre, dans son rapport d'avril 2000, a insisté sur ce caractère impartial et a affirmé que « *le médecin contrôleur devra*

217. *Envisager un contrôle ordinal.* Pour éviter les abus quant à l'inscription de certains médecins et les inscriptions basées sur les affinités, il est envisageable de faire intervenir l'Ordre des médecins⁵¹⁹ dans le processus afin qu'il exerce un droit de regard sur la liste établie et tenue par le procureur de la République. Ce système de contrôle existe par exemple en ce qui concerne les experts judiciaires dont l'inscription se fait auprès de la cour d'appel. Sans trop empiéter sur les pouvoirs accordés au Parquet par la réforme du 5 mars 2007, le recours à l'Ordre serait particulièrement judicieux au moins dans le cadre d'une surveillance du caractère complet des dossiers transmis par les médecins candidats au procureur. L'intervention de l'Ordre, par le biais de son conseil départemental, obligerait le procureur à demander l'ensemble des documents à chacun des candidats quels que soient les liens et les affinités qui peuvent exister. La mission de surveillance qu'exercerait l'Ordre dans ce cadre serait justifiée par la sauvegarde de l'honneur, de la probité et de l'indépendance de la profession.

En outre, l'Ordre est déjà impliqué *a minima* dans cette inscription puisqu'il délivre une pièce nécessaire, l'inscription en cours du médecin qui demande à être agréé. Nous pouvons alors imaginer que le candidat transmette d'abord l'ensemble du dossier au conseil départemental de l'Ordre qui y ajoute l'inscription du demandeur avant de relayer le dossier au procureur qui fera ensuite le choix de l'inscription ou du refus d'inscription. Sans faire de l'ombre au procureur, le conseil départemental de l'Ordre s'assurerait de la présence de tous les documents dans le dossier de requête. Il reviendrait ensuite au procureur, en examinant toutes les pièces qui lui sont fournies, de faire un choix quant aux médecins à inscrire sur la liste. L'Ordre serait un tampon entre le candidat et le procureur et il vérifierait l'intégralité des documents fournis avant de délivrer la dernière pièce, à savoir l'inscription du professionnel à l'Ordre. Il n'y aurait alors plus de passe-droits concernant les inscriptions sur la liste du procureur de la République, les affinités et les relations personnelles ne pouvant plus jouer face au contrôle du conseil départemental de l'Ordre. Et cela semble nécessaire pour que la mission soit effectuée avec un maximum d'indépendance et de loyauté. En ce qui concerne

spontanément se récuser chaque fois que des circonstances particulières, objectives ou subjectives, ne lui permettraient pas une totale impartialité ».

⁵¹⁹ Selon la définition donnée dans le vocabulaire juridique de l'Association Henri-Capitant, un ordre professionnel correspond à « un organisme de caractère corporatif institué par la loi au plan national, régional ou départemental et regroupant obligatoirement les membres de certaines professions libérales qui exercent, outre une fonction de représentation, une mission de service public consistant dans la réglementation de la profession et dans la juridiction disciplinaire sur ses membres » (G. Cornu, Association Henri-Capitant, « Vocabulaire juridique », PUF, Quadrige, 9^{ème} éd. 2011, p 713).

les médecins candidats pour être désignés médecins experts, l'ordre donne forcément un avis en se fondant sur les dossiers de candidature remis par les différents candidats. Ce modèle pourrait être transposé aux médecins souhaitant être inscrits sur la liste du procureur.

B. Des possibilités de recours contre le certificat circonstancié ?

Si le contrôle de l'inscription des médecins sur la liste du procureur par le conseil départemental de l'Ordre serait susceptible de sécuriser véritablement l'indépendance et la loyauté des relations, ce n'est pas le seul niveau où le contrôle devrait être renforcé et des recours prévus. En effet, le certificat médical qui émane des médecins inscrits sur la liste du procureur occupe véritablement une place centrale dans la protection des majeurs ; c'est pourquoi il doit lui être porté une grande attention afin que le majeur à protéger ne soit pas systématiquement enfermé par cet acte. Avec les dispositions actuelles, « *les termes du certificat ne peuvent être contestés* »⁵²⁰, la seule possibilité offerte au majeur à protéger est la production d'un second certificat par un autre médecin inscrit. Mais cette solution n'est pas forcément satisfaisante puisque des erreurs de diagnostic demeurent possibles et que la valeur de ce second certificat est floue.

1° Une possible erreur de diagnostic

218. Examen préalable du majeur. Avant d'aboutir à la rédaction du certificat circonstancié qui servira de levier pour le prononcé d'une mesure de protection, le médecin habilité procède à un examen médical afin d'évaluer au mieux le degré d'altération des facultés de la personne. Or, comme tout examen médical, il est possible que le médecin se trompe sur l'étendue exacte des besoins du majeur à protéger. Cette hypothèse est d'autant plus vraisemblable que le médecin, même si le procureur l'a choisi, ne dispose pas forcément de compétences spécifiques en matière d'incapacité. Bien que les médecins soient choisis par le procureur en raison de leurs connaissances en la matière, l'omnivalence du diplôme peut constituer un frein. Cette dernière découle de l'unicité du diplôme qui implique, comme le

⁵²⁰ F. Fresnel, « Le certificat médical dans la protection juridique des majeurs », art. préc.

rappelle l'article 70 du code de déontologie médicale⁵²¹, que « *tout médecin est, en principe, habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement* ». Cela impliquerait que tout médecin, dès lors qu'il dispose du titre de docteur en médecine, serait apte à effectuer n'importe quel acte et donc effectuer un examen visant à évaluer les besoins de protection d'une personne en difficulté. Il existe toutefois des restrictions qui font que « *l'omnivalence du diplôme reste une donnée juridique, mais de plus en plus limitée* » comme le souligne Mme Ariès⁵²². Ces limites sont de trois ordres et concernent les connaissances, l'expérience et les moyens du médecin au sens de l'article 70 du code de déontologie médicale précédemment cité. Ainsi, l'erreur dans le diagnostic peut être source d'une protection inadaptée, et si elle est fautive, elle est de nature à engager la responsabilité, au moins civile, du médecin agréé et inscrit sur la liste du procureur.

219. Recours éventuel à des aidants. Pour affiner son diagnostic et lever ses éventuels doutes, le médecin agréé peut recourir à d'autres acteurs, notamment solliciter le médecin traitant pour avis. Mais le code de déontologie auquel il reste pleinement soumis précise explicitement que les doutes lors d'un diagnostic doivent être levés en demandant de l'aide à des tiers compétents. Ce sont plus précisément les articles 32 et 33 du code de déontologie médicale⁵²³, ces dispositions ayant même un « *caractère impératif* » comme les a qualifiées M. Penneau⁵²⁴ après que l'ait laissé entendre la Cour de cassation dans un arrêt du 27 novembre 2008⁵²⁵. Au vu de l'importance du certificat médical à rendre par le médecin agréé, il est donc essentiel qu'une collaboration puisse s'instaurer pour faire ressortir au mieux les besoins de la personne en fonction de sa situation et de l'altération de ses facultés. Ce recours à des tiers compétents sera utile, voire nécessaire, pour que le certificat colle au mieux à la véritable situation de la personne à protéger et garantir ensuite une application satisfaisante des grands principes directeurs, principalement celui de nécessité. Plus le certificat sera précis et juste, plus la mesure pourra être individualisée par la suite, ce qui permettra au majeur protégé d'être restreint dans l'exercice de ses droits de la manière la plus appropriée et nécessaire. Comme lors de toute prise en charge médicale classique, le diagnostic revêt une importance particulière en ce qu'il est le point de départ et le fil conducteur de la mise en

⁵²¹ Cet article est reproduit dans le Code de la santé publique à l'article R4127-70.

⁵²² S. Ariès, « Omnivalence du diplôme : le titre et les compétences », *Droit, déontologie et soin*, 22 janv. 2012.

⁵²³ Ces deux articles sont codifiés dans le C. santé. publ. : articles R4127-32 et R4127-33 C. santé. publ.

⁵²⁴ J. Penneau, « Droit médical décembre 2007 – novembre 2008 », *D.* 2009, n°19, p 1302.

⁵²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, n°07-15963, *D.* 2008. AJ 3085.

œuvre du traitement. C'est pourquoi il serait judicieux de prévoir une voie de recours qui empêcherait la personne d'être totalement liée par la production de ce premier certificat.

2° Une révision du recours envisageable

220. *Insuffisance des textes actuels.* Le principe actuel veut qu'aucun véritable recours ne soit prévu à l'encontre d'un certificat médical circonstancié, seule la production d'un second certificat par un autre médecin de même grade peut éventuellement faire face au certificat initialement rédigé. Toutefois, rien n'est affirmé quant à la valeur de ce second certificat et quant à une éventuelle annulation du premier. Pourtant, il nous semble clair que l'existence d'un recours serait une source de sécurisation pour le majeur à protéger qui ne serait, par conséquent, pas prisonnier du certificat circonstancié. Il y a cependant un équilibre à trouver pour ne pas que puisse être remis en cause trop facilement le certificat, ce qui prouverait une défiance trop importante par rapport aux compétences du médecin habilité et indirectement du choix du procureur de l'inscrire sur sa liste.

221. *Création d'une cellule au sein des conseils départementaux de l'Ordre.* L'annulation du certificat initial ne nous paraît pas être la solution la plus appropriée, mais l'instauration d'une révision ou d'un contrôle par des médecins plus indépendants et éventuellement missionnés par l'Ordre. Il conviendrait alors d'instaurer une cellule spécialisée dans les incapacités au niveau de chaque conseil départemental de l'Ordre qui permettrait de faire face à l'augmentation constante du nombre de mesures ouvertes et de traiter par ce biais le possible fléau à venir de la maladie d'Alzheimer. Les médecins spécialisés qui participeraient à ces cellules auraient une mission générale de surveillance quant aux aspects médicaux de la protection des majeurs, notamment concernant l'inscription sur la liste du procureur et l'établissement du certificat circonstancié, pièce essentielle de la mise en place d'une mesure. Le majeur ou toute autre personne ayant la qualité de requérant au sens de l'article 430 C. civ. aurait la possibilité de saisir le conseil départemental de l'Ordre pour que soit révisé le certificat et qu'éventuellement ait lieu un nouvel examen médical par un professionnel spécifiquement compétent en la matière, spécialement formé pour se prononcer de manière claire, précise et la plus juste possible sur le degré d'altération des facultés mentales de la personne. En tant que premier défenseur de l'honneur et de l'indépendance de la profession, l'Ordre serait le garant de la compétence et de la justesse de l'évaluation médicale des

facultés du majeur à protéger. Il constituerait en tout cas un premier rempart qui pourrait être complété par des missions d'expertise. L'Ordre ne dispose d'aucun pouvoir, c'est pourquoi le complément apporté par l'expert serait intéressant lors de la contestation d'un certificat circonstancié. Ce dernier pourrait être missionné par l'Ordre ou par le requérant qui estimerait que le certificat ne reflète pas véritablement l'état des facultés et des besoins. Cependant, pour éviter une procédure trop lourde et trop longue, le recours ne pourrait être exercé qu'une seule fois.

222. Apports d'une telle cellule. La mise en place d'une telle cellule, vraiment spécialisée en la matière, au sein de chaque conseil départemental pourrait être gage de limitation des erreurs et irait dans le sens souhaité par le législateur, à savoir celui de n'ouvrir une mesure que lorsque cela s'avère réellement nécessaire. De plus, le fait que l'examen soit effectué sous le couvert de l'Ordre est synonyme de sécurité et de plus grande sérénité pour les personnes devant le subir. En tant qu'organe disciplinaire, l'Ordre est le gardien de la déontologie et de nombreuses autres valeurs guidant l'exercice de la profession de médecin telles que l'honneur, l'indépendance ou la probité. Il dispose en outre du pouvoir de prononcer des sanctions disciplinaires qui peuvent s'avérer suffisamment dissuasives pour que les professionnels évitent les débordements. Il existe une appréhension de la part des professionnels à l'égard de l'Ordre et de son pouvoir de sanction qui les incite à suivre les règles de bonne pratique et à agir dans l'intérêt du patient.

Cette solution permettrait en outre de combler les déficits éventuels des Parquets surtout en ce qui concerne les moyens humains et financiers. Le procureur ne jouerait alors plus que son rôle de filtre, sachant que le certificat circonstancié qui lui est fourni ou qu'il demandera ensuite émane d'un organe sûr dont les membres sont spécifiquement formés. Un tel système serait protecteur de l'autonomie des majeurs protégés ou à protéger en ce que le constat médical de l'altération des facultés émanerait de médecins spécialisés et que des recours seraient offerts contre les décisions médicales pour ne pas enfermer définitivement le majeur ou son entourage sans qu'ils ne puissent éventuellement s'exprimer.

Conclusion chapitre 1

223. Examen médical et certificat circonstancié. La protection judiciaire a fait l'objet de modifications suite à la réforme de la protection des majeurs du 5 mars 2007 pour que la personne soit prise en compte et que, sous réserve de l'état de ses facultés, ses décisions soient respectées. La lettre du texte commande le passage nécessaire par le biais d'un certificat médical circonstancié rédigé uniquement par un praticien inscrit sur la liste du procureur de la République. La loi nouvelle implique une prise de pouvoir de ce médecin habilité dans la mise en place de la protection des majeurs au détriment du médecin traitant qui ne devient qu'un éventuel appui. Toutefois, l'esprit de la loi de 2007 qui préconise l'autonomie des personnes handicapées mentales a des travers, principalement celui du refus de se faire examiner émis par le majeur à protéger. La Cour de cassation, en 2011, a changé sa façon d'appréhender et de traiter la chose et s'est positionnée en faveur du respect de ce refus quand bien même il y aurait un véritable besoin de protection. Il serait préférable, selon nous, de revenir à la jurisprudence ancienne qui autorisait à passer outre le refus de consultation du majeur à protéger. Cette situation démontre, selon les termes de M. Trémintin, « *le paradoxe quotidien* »⁵²⁶ auquel sont confrontés les protecteurs dans l'exercice de leur mission.

Ce certificat circonstancié, à l'heure actuelle, ne peut être contesté que par l'établissement d'un second certificat dont la valeur est très floue. Il serait utile d'instaurer un recours plus efficace en faisant intervenir l'Ordre et les médecins experts qui pourraient être saisis une fois par la personne souhaitant contester le certificat.

224. Aspects financiers. S'ajoute un problème d'ordre financier car ce certificat circonstancié coûte 160 euros et qu'il n'est donc pas à la portée de tout le monde. Ce tarif fixé par décret rebute certaines personnes qui préféreront saisir indirectement le juge des tutelles en passant par le procureur de la République, nouvel acteur de la protection depuis 2007. La proposition de l'aide juridictionnelle serait un moyen de passer (trop) souvent par le procureur alors que les Parquets civils manquent de moyens financiers et humains. Le procureur a un rôle essentiel d'intermédiaire entre les requérants et le juge des tutelles et dans la tenue de la liste des médecins habilités à délivrer un certificat circonstancié. Dans son rôle de filtre, le

⁵²⁶ J. Trémintin, Lien social n°794, 20 avril 2005.

procureur est responsable de toute faute quelconque, mais ce modèle ne nous satisfait pas et nous songeons à intégrer une responsabilité calquée sur celle du curateur, à savoir la nécessité d'une faute lourde, voire à supprimer l'action récursoire dont dispose l'Etat à l'encontre du procureur. En outre, le procureur est totalement libre lorsqu'il s'agit d'établir la liste des praticiens compétents pour établir le certificat circonstancié. Cette impartialité peut ne pas être respectée et l'avis de l'Ordre, comme il est requis pour les candidats experts, pourrait être demandé. Le problème de l'impartialité peut aussi naturellement se poser lorsque la protection est "contractuelle", c'est-à-dire après conclusion d'un mandat de protection future, et dans l'exercice de la mission des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, véritables professionnels de la protection. Ce nouveau type de protection donne une place plus importante à la personne handicapée mentale en ce qu'elle peut désormais prévoir qui sera en charge de la mesure et son champ d'action.

Chapitre 2 : La protection contractuelle

225. Volonté d'impliquer directement le majeur. Si de nouveaux acteurs entrent dans la mise en œuvre de la protection judiciaire des majeurs – notamment le médecin habilité et le procureur, responsables chacun à des degrés différents –, de nouvelles techniques moins attentatoires à l'indépendance et à l'autonomie des personnes sont apparues. Ces nouveautés impliquent de manière plus directe le majeur à protéger en ce qu'elles prennent la forme d'un "contrat". Dans la continuité de la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale⁵²⁷ qui impose la signature d'un contrat de séjour⁵²⁸ ou d'un document individuel de prise en charge lors de l'accueil d'une personne dans un établissement, la contractualisation gagne du terrain et va désormais régir les relations de protection. Comme le précise M. Ferret, Président du Conseil supérieur du notariat, « *l'instauration du mandat de protection future traduit un renouvellement du droit des personnes et de la famille, désormais fortement contractualisé* »⁵²⁹. La faculté de prévoir le fonctionnement de leur protection offerte aux personnes dont l'altération des facultés conduit à avoir besoin d'être guidées implique une prise en compte accrue de leurs souhaits et de leurs besoins. Le législateur a choisi la solution contractuelle, le mandat de protection future plus précisément (section 1), pour que soit respectée au mieux la volonté de la personne. Puisque le majeur organise lui-même son incapacité à venir, on suppose qu'il agit dans son intérêt et pour son bien. C'est pourquoi le mandat de protection future, créé sur le modèle québécois, a été perçu comme un outil indispensable de l'autonomie des majeurs en difficulté.

226. Méfiance à l'égard de la famille. Bien que la priorité familiale⁵³⁰ ait été réaffirmée par la réforme du 5 mars 2007, elle est fragilisée en ce qu'elle peut être perçue comme facilitant les abus dans la gestion du patrimoine de la personne nécessitant une protection. Force est de

⁵²⁷ Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JORF 3 janvier 2002.

⁵²⁸ Conçu initialement comme un véritable contrat de gré à gré, le contrat de séjour qui doit normalement permettre à la personne accueillie de mettre en avant ses attentes et ses besoins a tendance à se transformer de plus en plus en un contrat d'adhésion. Du fait de la conjoncture – manque de places dans ces établissements –, la personne accueillie n'a plus vraiment le choix que de signer le contrat avec les conditions imposées par l'établissement de soins sous peine de devoir chercher ailleurs sachant que les listes d'attente sont longues.

⁵²⁹ J-P. Ferret, préface de « *La réforme du droit des majeurs protégés. Loi n°2007-308 du 5 mars 2007* », Pratique notariale, Litec.

⁵³⁰ Cette priorité apparaît à l'article 415 C. civ. dont l'alinéa 4 précise explicitement qu'« elle [la protection] est un devoir des familles et de la collectivité publique ».

constater que le cercle familial est une potentielle source de dérives et qu'il s'avère que, parfois, il est absent ou insuffisamment équipé pour entourer de la meilleure manière son parent atteint de handicap mental. Une nouvelle catégorie de professionnels a été instituée en 2007 : il s'agit des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (section 2). Ce sont de véritables professionnels ayant suivi une formation spécifique et qui, par leur responsabilité, auront une impartialité plus grande. Il y a, depuis 2007 et la réforme de la protection des majeurs, une volonté de sécuriser cette protection d'où le souhait de la confier à des professionnels qui devront rendre des comptes afin que les dérives soient le plus limitées possible.

Section 1 : Le mandat de protection future

227. Génèse de ce mandat. Le mandat de protection future, consacré en droit français par la loi du 5 mars 2007, semble être, relativement à l'autonomie de la personne handicapée mentale, l'innovation la plus importante. Il permet en effet à une personne, tant qu'elle est encore juridiquement capable⁵³¹, d'anticiper et d'organiser sa future incapacité ou celle de son enfant handicapé par le biais de la désignation de la personne de son choix en qualité de mandataire. Mécanisme déjà existant dans des législations étrangères telles que l'Allemagne⁵³², l'Espagne⁵³³ et surtout le Québec⁵³⁴ et rencontrant un succès important⁵³⁵, il est codifié aux articles 477 à 494 du Code civil suite à la loi du 5 mars 2007. Ce mouvement fait suite (logique) à l'instauration de la personne de confiance en 2002 puis à l'instauration

⁵³¹ Les majeurs faisant l'objet d'une mesure de tutelle et les mineurs non émancipés sont expressément exclus de la procédure comme le précise l'al. 1^{er} de l'article 477 C. civ. : « *Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts* ».

⁵³² La loi du 12 décembre 1990 prévoit ainsi l'existence d'un mandat pour soins de vieillesse qui est une alternative à l'assistance instaurée par cette loi.

⁵³³ La loi du 18 novembre 2003 instaura deux institutions en la matière : l'autotutelle et le mandat de protection future dont la finalité commune est de permettre à une personne capable de prévoir la mesure de protection qui lui sera la plus appropriée.

⁵³⁴ La loi du 15 avril 1990 modifia le droit des incapacités en instituant le mandat en prévision de son inaptitude qui est venu s'ajouter aux mesures déjà existantes.

⁵³⁵ Prenons comme exemple les chiffres du Québec donnés par la chambre des notaires : en juillet 2005, plus d'un million de mandats pour inaptitude sont signés (la population totale étant de 7 millions de personnes) et 52% des mesures de protection ouvertes à ce moment là ont pour origine un mandat pour inaptitude.

du mandat à effet posthume en 2006. On se dirige ainsi de plus en plus vers une protection contractuelle des majeurs, qui en outre, deviennent des acteurs de leur future protection.

228. Caractéristiques du mandat de protection future. Le mandat de protection est avant tout un contrat de mandat, il est par conséquent soumis aux exigences relatives au droit commun du mandat contenues aux articles 1984 et suivants du Code civil. Toutefois, il présente des particularités qui en font un outil particulier et spécifique de la protection des majeurs. Par ses caractéristiques, il répond aux principes de nécessité et de subsidiarité réaffirmés en 2007 puisqu'il constitue une alternative à la protection juridique et automatique des majeurs dont l'altération des facultés ne leur permet pas de pourvoir seul à leurs intérêts. Le mandat de protection future, en ce qu'il constitue une mesure moins contraignante et centrée davantage sur les souhaits du majeur, est prioritairement mis en place mais prendra fin, en principe, dès lors qu'une mesure judiciaire sera ouverte⁵³⁶.

En outre, des textes internationaux ont évoqué ce type de protection et ont incité le législateur à adopter ce système de « *figure libre d'assistance aboutie* »⁵³⁷. La recommandation du 23 février 1999 du Conseil de l'Europe⁵³⁸, mais aussi la Convention de La Haye du 13 janvier 2000, proposent de développer le plus largement possible le mandat d'inaptitude. Progressivement, la contractualisation de la protection des majeurs prend forme, jusqu'à devenir aujourd'hui une véritable forme de protection des majeurs. Lors de son apparition en 2007, le mandat de protection future fut introduit dans la section V du chapitre II du titre XI du livre 1^{er} du Code civil, section qui fait suite aux sections III relative à la sauvegarde de justice et IV concernant la tutelle et la curatelle.

229. Anticipation et protection : des fondements connus. En plaçant cette nouvelle institution dans cette section du Code civil, le législateur veut faire passer le message selon lequel, bien que de nature contractuelle, le mandat de protection future est un outil de protection des majeurs. Indirectement, ce mécanisme n'est pas nouveau puisque l'instauration

⁵³⁶ Sauf décision contraire du juge des tutelles lors de la mise en œuvre de la curatelle ou de la tutelle aux termes de l'article 483 2° C. civ.

⁵³⁷ Ce sont les mots de Me Philippe Potentier, notaire et rapporteur général du 102^{ème} congrès des notaires de France, in « *Le domaine du mandat de protection future* », JCP N, n°42, 19 octobre 2007, 1262.

⁵³⁸ Recommandation n°R99 du Conseil de l'Europe qui invite les Etats membres à adopter des législations permettant l'anticipation d'une éventuelle incapacité.

de la personne de confiance en 2002⁵³⁹ et celle des directives anticipées apparues en 2005⁵⁴⁰ en sont déjà des exemples. Ce recentrage des mécanismes protecteurs du majeur s'inscrit dans une ligne directrice plus générale de la prise en compte de la personne dans une situation de faiblesse. Le droit médical a servi de modèle au droit des incapacités quant à la mise en place de relais de la volonté de la personne. La personne de confiance, lorsqu'elle est désignée par le patient, apparaît comme la personne à consulter prioritairement en cas d'impossibilité pour le patient lui-même d'exprimer une volonté claire.

Les directives anticipées⁵⁴¹ sont définies à l'article L1111-11 du Code de la santé publique comme « *les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement* ». Il s'agit donc ici d'une anticipation, à l'égard non pas d'une incapacité, mais de la fin de vie. Là où le mandat de protection future permet l'organisation d'une future incapacité, les directives anticipées permettent à la personne, de son vivant, de prévoir les modalités de traitement à suivre pour le cas où celle-ci ne serait plus en état de s'exprimer valablement. Cette volonté de redonner à la partie faible un rôle plus central dans le processus décisionnel est certainement celle qui a guidé le législateur au moment de consacrer le mandat de protection future.

230. Outil en faveur de l'autonomie. On peut se demander en quoi le mandat de protection future va influencer sur l'autonomie de la personne handicapée mentale. En tant que mesure de protection, à première vue, il semble plutôt que ce mandat restreint la liberté d'action de l'individu. Mais en approfondissant cette vision, le majeur qui deviendrait vulnérable a la possibilité d'organiser sa protection future comme il l'entend et ainsi de l'adapter au mieux à sa situation, « *la loi privilégie alors une protection anticipée et maîtrisée de l'inaptitude* »⁵⁴². Cette faculté nouvelle est intéressante par exemple lorsqu'il y a un décalage entre le moment du diagnostic et le moment où les effets de la maladie apparaissent pleinement comme cela

⁵³⁹ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 dite « Kouchner » relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁵⁴⁰ Les directives anticipées sont nées avec la loi dite Léonetti n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

⁵⁴¹ Pour en savoir plus sur les directives anticipées, voir par exemple : L. Cimar, « Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie », *Médecine et Droit*, 1^{er} juill. 2012, n°115, p 99 ; A. Sériaux, « Le testament de fin de vie à la française : une institution à parachever », *D.* 2012, n°19, p 1195 ; R. Mislawski, « Directives anticipées et autonomie de la personne en fin de vie », *Médecine et Droit*, 1^{er} juill. 2009, n°97, p 103 ; G. Raoul-Cormeil, « Les directives anticipées sur la fin de vie médicalisée », *Lamy Dr. Civ.*, 2006, n°30, p 57 ; F. Dreifuss-Netter, « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne », *Gaz. Pal.*, 9 juin 2006, n°160, p 23 ; V. Fournier et S. Trarieux, « Les directives anticipées en France », *Médecine et Droit*, 1^{er} sept. 2005, n°74/75, p 146.

⁵⁴² Jérôme Leprovaux, « *Le mandat de protection future* », *JCP N*, n°36, 5 septembre 2008, 1724.

est le cas pour la maladie d'Alzheimer. Dès le diagnostic, la personne pourra alors commencer à penser et à prévoir son accompagnement futur.

Le fait pour la personne (futur mandant) d'avoir la possibilité de choisir celui ou celle qui aura la charge de pourvoir à ses intérêts en vue d'une éventuelle incapacité est pourtant un trait d'autonomie : pour les notaires⁵⁴³, lors du 102^{ème} Congrès national, le mandat de protection future est innovant en ce sens que « *la protection de la personne vulnérable aura sa source dans la volonté du mandant*⁵⁴⁴ ». Le mandant est donc autonome quant à la désignation de la personne qui sera amenée à pourvoir à ses intérêts en cas d'une éventuelle altération de ses facultés et quant à l'étendue du mandat. Par le biais du mandat de protection future, le procédé judiciaire semble court-circuité au profit d'un procédé contractuel basé sur la volonté du futur mandant. De ce fait, les mesures de protection juridiques, plus contraignantes, deviennent subsidiaires lorsqu'existe un mandat de protection future.

La protection qui découlera ainsi du mandat sera on ne peut mieux adaptée aux besoins du mandant puisque c'est lui qui en sera à l'origine et qui l'aura organisée à sa guise. Nous verrons que cette protection concernera aussi bien les biens que la personne même du majeur⁵⁴⁵, que les pouvoirs accordés au mandataire sont variables selon la forme du mandat de protection future ou encore que le mandat de protection future n'est pas totalement calqué sur le droit commun du mandat. Bien que d'apparence très attrayant, le mandat de protection future pose certaines interrogations qui constituent un frein à une utilisation optimale de cet outil perçu comme original et majeur dans la protection des majeurs. Ces obstacles se rencontrent non seulement au moment de la formation du mandat (§1), mais aussi lors de son exercice (§2).

⁵⁴³ Parmi lesquels Nathalie Couzigou-Suhas et Yann Le Levier, « *Le mandat de protection future* », Defrénois, 30 avril 2006, n°8, p 633.

⁵⁴⁴ Nathalie Couzigou-Suhas et Yann Le Levier, « *Le mandat de protection future* », art. préc.

⁵⁴⁵ L'avant projet de réforme qui fut discuté lors du 102^{ème} Congrès national des notaires prévoyait un système dual à ce niveau : seuls les biens étaient susceptibles de protection par le biais du mandat, la protection de la personne du majeur nécessitant, quant à elle, le passage devant le juge des tutelles qui ordonnera l'ouverture d'une mesure de protection.

§1) La formation du mandat de protection future

231. Objectif double. Les textes actuels relatifs à la formation de ce type particulier de mandat « *qui s'inscrit dans une logique de protection en amont de toute incapacité* »⁵⁴⁶ en font un élément indispensable dans le respect et le prolongement de l'autonomie des majeurs dont les facultés mentales viendraient à diminuer. Il est rédigé lorsque le futur mandant dispose encore de toutes ses capacités et donc de sa complète autonomie. En respectant les termes du mandat lorsqu'il est mis en œuvre, les souhaits du majeur sont garantis et cela constitue une marque de la continuation de son autonomie. Ceci est d'autant plus intéressant que le mandat de protection future remplira alors un double objectif, à savoir être à la fois « *une manifestation de l'autonomie de la volonté et une source de protection* »⁵⁴⁷. La conciliation de ces objectifs souvent perçus comme antagonistes constitue une véritable réussite et un indispensable point positif de ce nouvel outil né de la réforme de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007.

En outre, sa souplesse et son mode de fonctionnement répondent au principe de subsidiarité initialement consacré en 1968 sous l'influence du Doyen Carbonnier et réaffirmé en 2007. Ce principe insiste sur le fait que la protection ne doit être mise en œuvre que si les mesures les plus souples s'avèrent insuffisantes. Le mandat de protection future remplit véritablement cet objectif, cet outil étant prioritairement recherché par rapport à une mesure judiciaire plus contraignante. Cependant, il existe, au moment de sa formation, des règles discutables et devant être améliorées pour en obtenir un effet optimal. Quoiqu'il en soit, le mandat de protection future doit nécessairement faire l'objet d'un écrit, « *le mandat verbal ou tacite est exclu dans la mesure où le mandat de protection future est un acte grave qui a pour conséquence de dessaisir en partie l'autorité judiciaire de sa mission de protection de la personne vulnérable* »⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ M-A. Gillet-Hauquier, « Le mandat sur inaptitude future : contribution à l'émergence d'un dispositif de préincapacité », *LPA*, 13 janv. 2005, n°9, p 7.

⁵⁴⁷ F. Perreau-Billard, « La réforme des tutelles : les acteurs de la protection : le majeur à protéger : le mandat de protection future », *AJ Fam.* 2007, p 213.

⁵⁴⁸ A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, *op. cit.*, n°656, p 171.

A. Une discussion autour de la qualification même de « mandat »

232. Définition et étendue du mandat. Le mandat de droit commun est défini par l'article 1984 C. civ. comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Quant au mandat de protection future, il est spécifiquement prévu à l'article 477 C. civ.⁵⁴⁹. Il n'est nullement précisé que le mandat ne portera que sur les biens ou sur la personne du mandant. Une remarque préliminaire s'impose en ce sens que le mandat est avant tout un contrat et les conditions de validité du contrat doivent nécessairement être respectées pour que le mandat de protection future produise valablement ses effets. C'est sur ce fondement qu'est interdite la conclusion d'un tel mandat par des majeurs sous tutelle et que l'assistance du curateur est demandée pour les majeurs sous curatelle. En revanche, tout autre majeur peut valablement conclure un mandat pour pallier une éventuelle altération de ses facultés. Outre, le consentement émanant d'un individu juridiquement capable, d'autres conditions sont nécessaires pour la conclusion du mandat.

Comme l'avance Mme Hébert, « *le critère capital pour qualifier un contrat de mandat* »⁵⁵⁰ réside dans l'accomplissement d'actes juridiques pour autrui. Ce critère correspond en réalité à l'objet du contrat de mandat, celui-ci portant exclusivement sur des actes juridiques effectués au nom du mandant. La réalisation de tels actes permettra de « *prévenir les difficultés qui pourraient naître de l'inaptitude du mandant* »⁵⁵¹. Mais il est important de souligner que la forme du mandat de protection future – sous-seing privé ou authentique – est source de pouvoirs différents pour le mandataire.

1° Des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant

233. Gestion des biens et gestion de la personne : un champ d'application large. Rien n'étant précisé dans les textes relatifs au fonctionnement du mandat de protection future, ce dernier peut aussi bien concerner des actes portant sur les biens du mandant que des actes plus personnels. Si le fait de donner mandat sur son patrimoine ne pose aucun problème par

⁵⁴⁹ L'alinéa 1^{er} de l'article 477 C. civ. dispose : « *Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts* ».

⁵⁵⁰ S. Hébert, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », *D.* 2008, p 307.

⁵⁵¹ S. Hébert, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », art. préc.

rapport aux normes de droit interne, il n'en est pas de même en ce qui concerne les actes juridiques portant sur la personne du mandant. Il semble clair, depuis la réforme du 5 mars 2007⁵⁵², que l'esprit est de protéger aussi bien le patrimoine que la personne même du majeur. Cette vision d'anticipation d'un événement et de prévision des modalités de gestion de cet événement est née en droit médical et a ensuite utilisé le mandat en 2006 pour anticiper son décès. Le mandat à effet posthume a largement servi de modèle au mandat de protection future, la différence se faisant au niveau de l'événement déclencheur qui est tantôt le décès, tantôt l'incapacité du mandant. C'est ainsi que le mandat de protection future peut aussi bien porter sur des actes relevant du domaine patrimonial qu'extrapatrimonial, sous réserve toutefois des actes nécessitant un consentement strictement personnel qui ne peuvent donner lieu ni à assistance ni à représentation⁵⁵³.

234. Mise en place d'un régime de représentation. Puisque le mandat de protection future constitue un outil d'action pour le compte du mandant, il s'agit d'un mécanisme suivant les règles de la représentation à l'image du régime de tutelle. Ceci explique que les actes du tuteur nécessitant une autorisation judiciaire ne peuvent valablement être effectués par le mandataire. Le mandat de protection future peut donc concerner « *tous les actes de la vie courante nécessaires à l'entretien et à la vie quotidienne de la personne inapte* »⁵⁵⁴, ce qui exclut d'office les actes les plus intimes et les plus personnels, notamment ceux qui sont listés à l'article 458 C. civ. Cette technique du mandat susceptible de porter sur des actes personnels pose le questionnement du respect du principe d'indisponibilité du corps humain. L'indisponibilité⁵⁵⁵ implique que le corps humain soit en dehors du commerce juridique et qu'il ne puisse donc faire l'objet de convention ; il s'agit du corollaire du principe du respect de la dignité humaine. La mise en place du mandat de protection future semble donc pouvoir être perçue comme une entorse à ce principe ancien et fondamental d'indisponibilité du corps

⁵⁵² Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

⁵⁵³ Voir en ce sens J. Combret, « Le mandat de protection future », *RJPF*, sept. 2007 ; S. Hébert, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », *D.* 2008, p 307 ; A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, « Le mandat de protection future », *JCP G* 2007, p 147.

⁵⁵⁴ M-A. Gillet-Hauquier, « Le mandat sur inaptitude future : contribution à l'émergence d'un dispositif de préincapacité », art. préc.

⁵⁵⁵ Pour en savoir plus sur le principe d'indisponibilité du corps humain, voir par exemple : D. Siroux, « Le débat sur une éventuelle législation de la gestation pour autrui à l'occasion de la révision de la loi bioéthique », *Gaz. Pal.*, 19 juin 2009, n°170-171, p 23 ; X. Labbé, « Prélèvements d'organes et indisponibilité du corps humain », *LPA*, 11 juill. 1997, n°83, p 34 ; Y. Lachaud, « Une déclaration des droits du corps humain », *La Vie Judiciaire*, 16 juin 1996, n°2618, p 2 ; C. Byk, « Statut du corps humain et pratiques biomédicales : à propos des lois bioéthiques françaises », *Journal international de bioéthique*, 1^{er} mars 1996, n°1, p 3 ; I. Couturier, « Remarques sur quelques choses hors du commerce », *LPA*, 13 sept. 1993, n°110, p 7.

humain. Il convient toutefois d'en limiter l'importance puisque le mandataire agira sous le contrôle du juge, comme nous le verrons dans un développement ultérieur, pour les actes les plus graves.

235. Application (néfaste ?) de la subsidiarité. Bien que respectant la subsidiarité souhaitée par le législateur en 2007, la représentation instituée par le mandat de protection future peut avoir des conséquences inattendues. Mesure de protection juridique la plus légère, elle doit ainsi, aux termes des textes, être mise en œuvre uniquement lorsque le droit commun de la représentation, en particulier les régimes matrimoniaux, s'avère insuffisant. Cela signifie donc qu'il convient de vérifier, avant tout mandat de protection future, si la protection ne peut pas être confiée au conjoint du majeur dans le besoin. Il pèserait alors sur ce dernier une charge supplémentaire de gestion et ce, à l'encontre de la volonté même de l'individu dont les facultés sont altérées puisque celui-ci souhaitait désigner un mandataire. C'est sur ce point que le mécanisme peut d'abord être critiquable car « *on ferait assumer la protection par le conjoint en écartant la volonté de l'intéressé* » comme le souligne justement Mme Fenouillet⁵⁵⁶.

Le mandat perdrait alors son intérêt premier, à savoir celui de mettre en avant la volonté et les souhaits de la personne quant à l'organisation de son incapacité. Il serait alors certainement judicieux de respecter prioritairement le choix de la personne et de mettre en œuvre le mandat quand bien même il est délicat de concilier la logique contractuelle et la logique personnelle. Cette position se justifie notamment par le fait que « *le mandat de protection future achève le mouvement de disponibilité de l'état des personnes* »⁵⁵⁷ et qu'au même titre que la personne de confiance – dont l'avis est prioritaire sur tout autre avis non médical dans le processus décisionnel lorsque le patient ne peut plus s'exprimer seul – ou les directives anticipées, il constitue le relais de la volonté autonome de la personne.

236. Mandat de protection future et principes directeurs. Le mandat de protection future est donc un véritable mandat au sens du droit civil en ce que son objet consiste en l'accomplissement d'actes juridiques pour autrui, ces derniers pouvant être d'ordre patrimonial mais aussi extrapatrimonial. Le mandant dessine donc les contours de sa protection future, protection confiée à la personne de son choix qui agira en privilégiant son

⁵⁵⁶ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Defénois*, 30 janv. 2009, n°2, p 142.

⁵⁵⁷ M. Douchy-Oudot, « Les mandats judiciaires », *Defrénois* n°02/09, 38881, p 132.

intérêt, « finalement ce qui compte est que le mandataire n'agisse pas dans son seul intérêt »⁵⁵⁸. Pourtant, le système du mandat de protection future n'est pas sans poser de questions quant aux trois grands principes qui guident la protection des majeurs depuis 2007 : la nécessité, la proportionnalité et la subsidiarité.

S'il semble que le principe de subsidiarité soit respecté, cette affirmation peut tout de même être contestée puisque le mandat institue une représentation, au même titre qu'une mesure de tutelle. La différence réside dans le fait que cette représentation émane des souhaits de la personne elle-même quant au domaine et au représentant. Les textes prévoient que ce nouveau mécanisme soit mis en place avant toute autre mesure judiciaire de protection. Or, sur un plan purement juridique, il est évident qu'il est plus contraignant que la sauvegarde de justice et la curatelle. La sauvegarde de justice ne prive pas la personne de l'exercice de ses droits, elle instaure simplement un contrôle renforcé des actes réalisés alors que la curatelle met en place une assistance au bénéfice du majeur protégé ce qui est moins attentatoire à la représentation découlant de la tutelle. Contrairement au curateur, le mandataire agit « au nom et pour le compte » du mandant et il est un maillon essentiel et primordial dans le relais de la volonté du majeur. Il dispose de pouvoirs plus importants dans la réalisation des actes pour le majeur protégé par rapport au curateur qui n'est qu'un « assistant », un guide. Toutefois, à la différence de la tutelle, le domaine du mandat de protection future peut être restreint et ne concerner que certains actes particuliers, ceux qui sont explicitement visés dans le texte même du mandat. La tutelle a une vocation plus générale en ce qu'elle porte sur l'ensemble des actes accomplis par le majeur protégé à l'exception des actes nécessitant un consentement strictement personnel et des actes les plus courants.

Mais le principe le plus clairement bafoué reste celui relatif à la proportionnalité de la mesure qui est écarté « au profit d'un principe d'autodétermination »⁵⁵⁹. Le juge des tutelles n'est plus le décideur quant à la teneur de la mesure, mais il ne fait que recevoir le certificat médical déclarant le mandant inapte et déclenchant la prise d'effet du mandat de protection future. Le respect de la volonté de l'individu prime alors clairement sur le principe de proportionnalité découlant de la loi du 5 mars 2007 qui réforme la protection juridique des majeurs. Quoiqu'il en soit, le mandat de protection future est un outil intéressant pour le respect de la volonté et de l'autonomie, son étendue n'est toutefois pas exactement la même selon que le mandat résulte d'un mandat sous-seing privé ou d'un mandat authentique.

⁵⁵⁸ S. Hébert, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », art. préc.

⁵⁵⁹ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », art. préc.

2° Les pouvoirs du mandataire varient selon la forme du mandat

237. Pouvoirs et formes du mandat. Le mandataire est le représentant du mandant dans les actes de la vie courante dès lors qu'il est médicalement constaté qu'il ne peut « *plus pourvoir seul à ses intérêts* » comme l'indique l'article 477 C. civ. En tant que régime de représentation, à l'instar de la tutelle, le mandat de protection future offre au mandataire des pouvoirs « *calqués sur ceux du tuteur* »⁵⁶⁰ mais qui « *ne sont* [selon nous, malheureusement] *pas aussi larges que l'on pourrait l'imaginer* »⁵⁶¹. Selon la forme choisie pour conclure le mandat, l'étendue des pouvoirs offerts au mandataire n'est pas la même.

238. Pouvoirs du mandataire et mandat sous-seing privé. Le mandataire, bien qu'il reflète le prolongement de l'autonomie du majeur qui a perdu ses facultés, n'est pas pour autant entièrement libre dans la gestion des actes de la vie du mandant. Lorsque le mandat de protection future prend la forme d'un acte sous-seing privé, il ne concernera que les actes d'administration, les autres actes nécessitant une autorisation du juge des tutelles. Ainsi, seuls les actes relatifs au patrimoine de la personne peuvent valablement faire l'objet de représentation libre, sans autorisation judiciaire, car expressément visés à l'article 493 C. civ. Cette restriction dans l'étendue des pouvoirs du mandataire est le corollaire de la simplicité formelle qui caractérise ce type de mandat. La seule formalité, outre l'exigence d'un écrit signé par les deux parties, réside dans la signature d'un avocat ou le respect d'un modèle précis prévu par un décret pris en Conseil d'Etat⁵⁶².

La question qui se pose alors est celle de savoir comment gérer les actes graves – de disposition – lorsque le mandataire y est confronté. Si l'acte « *s'avère nécessaire dans l'intérêt du mandant* » aux termes de l'alinéa second de l'article 493 C. civ., il est impératif de se tourner vers le juge des tutelles afin d'obtenir son autorisation relativement à la réalisation de cet acte. Par ce mécanisme, même un acte non prévu dans le mandat mais qui serait utile pour le majeur protégé peut être ordonné par le juge des tutelles au sens de l'alinéa second de l'article 493 C. civ. Le juge des tutelles se positionne une nouvelle fois en tant que garant de

⁵⁶⁰ S. Hébert, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », art. préc.

⁵⁶¹ S. Hébert, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », art. préc.

⁵⁶² Décret n°2007-1702 du 30 nov. 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous-seing privé modifié par le décret n°2009-1628 du 23 déc. 2009.

l'intérêt du majeur et peut en ce sens donner une autorisation d'extension du champ d'application du mandat.

239. Pouvoirs du mandataire et mandat authentique. En revanche, les pouvoirs donnés au mandataire s'élargissent dès lors que le mandat est un acte authentique et qu'il a donc été soumis à un notaire. La profession⁵⁶³ milite d'ailleurs pour que cette forme soit privilégiée par la population afin « *d'assurer la protection du mandant et d'encadrer les modalités rédactionnelles du mandat* »⁵⁶⁴. Le notaire serait alors un garant du respect de l'intérêt du mandant. En étant impliqué dans la conclusion du mandat, il permettrait au mandataire d'exercer des pouvoirs plus larges, le mandat étant alors « *exécuté sous son contrôle* »⁵⁶⁵. L'argumentaire des notaires concerne la responsabilisation du mandataire quant aux obligations qu'il aura à sa charge durant l'exécution du mandat. Or, ce souci d'information existe aussi dans le cadre des mandats sous-seing privé car un arrêté du 23 décembre 2009, bien que de valeur juridique limitée, édite une notice d'aide et de soutien au remplissage du formulaire, qui contient les devoirs de chacune des parties. Il existe donc une incitation à sensibiliser et à responsabiliser aussi les acteurs du mandat de protection future sous-seing privé.

Outre les actes d'administration, le mandataire peut alors effectuer les actes de disposition, la seule limite demeure les actes à titre gratuit qui obligent le mandataire à demander l'autorisation du juge des tutelles⁵⁶⁶. Tout acte effectué par le mandataire est effectué sous le contrôle du notaire qui a la faculté de saisir le juge des tutelles à n'importe quel moment au cas où il estimerait que l'intérêt de l'individu aurait été bafoué. Le notaire devient alors le garant de l'intérêt du mandant ou tout au moins le filtre entre le mandataire et le juge des tutelles.

240. Cas particulier du mandat pour autrui. Constituant un échelon de protection supplémentaire pour le mandant, le mandat authentique devient une obligation dans le cas du

⁵⁶³ Voir par exemple F. Perreau-Billard, « La réforme des tutelles : les acteurs de la protection : le majeur à protéger : le mandat de protection future », art. préc. ; H. Fulchiron, « Le notaire et l'exécution du mandat de protection future », *Defrénois* n°02/09, 38883, p 178 ; J. Combret, « Le mandat de protection future », *RJPF* 2007 n°007/008.

⁵⁶⁴ F. Perreau-Billard, « La réforme des tutelles : les acteurs de la protection : le majeur à protéger : le mandat de protection future », art. préc.

⁵⁶⁵ F. Perreau-Billard, « La réforme des tutelles : les acteurs de la protection : le majeur à protéger : le mandat de protection future », art. préc.

⁵⁶⁶ L'alinéa 2 de l'article 490 C. civ. prévoit expressément cette situation : « *Toutefois, le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles* ».

mandat de protection future pour autrui. Il est effectivement possible de confier au mandataire la protection de son enfant handicapé en cas de décès ou d'incapacité. Par le biais de ce mandat, il est possible de pallier à sa propre incapacité afin de désigner une personne de confiance pour gérer les actes relatifs à l'autorité parentale. Comme le prévoit l'article 373 C. civ., l'incapacité d'un parent est un critère qui lui fait perdre l'autorité parentale, ceci est d'autant plus valable pour les parents qui seraient placés sous tutelle qui ne peuvent ensuite être désignés tuteur de leur enfant en cas d'ouverture d'une mesure de protection à l'égard de ce dernier.

Cette protection vaut pour un enfant handicapé mineur, puisque l'article 477 C. civ. vise expressément les actes relevant de l'autorité parentale, mais aussi pour les enfants handicapés majeurs dont les parents « *assument la charge matérielle et affective* » aux termes du même article. Cette hypothèse concerne par exemple les enfants trisomiques dont la prise en charge financière et affective incombe aux parents. En cas d'altération grave de leurs facultés, les parents ont donc la possibilité de désigner la personne qui prendra leur relais pour s'occuper de l'enfant handicapé quand bien même il serait majeur.

B. Un point de départ non spécifique

Le mandat de protection future, qu'il vise la protection du mandant ou celle de ses enfants, constitue un mandat mais déroge au droit commun du mandat sur certains points, notamment en ce qui concerne le moment de la prise d'effet. De plus, la protection offerte par ce type de mesure doit être encadrée afin qu'elle ne soit pas incomplète et donc dangereuse pour le mandant dont les facultés viendraient à diminuer.

1° Une prise d'effet retardée

241. Principe du mandat de droit commun. Le droit commun du mandat prévoit que ce dernier prend effet dès l'acceptation du mandat par le mandataire, l'article 1984 C. civ. précisant que « *le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* ». Dès lors, le mandat de droit commun n'est soumis qu'à cette seule condition d'acceptation du mandataire. Il en va différemment concernant les mandats particuliers et plus récents que sont le mandat posthume et le mandat de protection future. Ceux-ci sont en effet soumis à des conditions

supplémentaires, à savoir respectivement le décès du mandant et son incapacité, ce qui leur donne « *la particularité de prendre effet quand le mandat de droit commun s'éteint* »⁵⁶⁷. Au sens de l'article 2003 C. civ. ces deux causes – le décès et le mise sous tutelle – entraînent la fin du mandat de droit commun. Dans le cadre du mandat de protection future, l'incapacité du mandant pourrait être perçue comme une condition suspensive dans l'exécution du mandat. Pourtant, la qualification de mandat à terme est justifiée car l'article 481 C. civ. ne décale que les effets du mandat de protection future, pas sa formation à proprement parler. Le mandat existe donc dès l'acceptation par le mandataire comme c'est le cas en droit commun mais ses effets ne se produisent que plus tard, au moment où le mandant est incapable. Par conséquent, comme cela est justement souligné par M. Noguéro, « *le mandat reste une virtualité tant que la condition d'inaptitude n'est pas réalisée* »⁵⁶⁸.

242. Particularité du mandat de protection future dans la prise d'effet. Cette entorse au droit commun est justifiée par le principe de nécessité qui guide la protection des majeurs et qui impose qu'une mesure ne soit mise en œuvre de manière adaptée et seulement si l'intérêt de la personne l'impose. Cette incapacité doit toutefois être constatée par le biais d'un certificat médical émanant d'un médecin inscrit sur la liste tenue par le Procureur de la République, à l'image de ce qui est prévu pour l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire⁵⁶⁹. L'obligation de présenter un certificat remis au greffe du tribunal d'instance en plus du mandat correspond à un moyen de protection du mandant contre toute ouverture abusive de la part du mandataire. Ce dernier ne peut donc pas, de manière arbitraire, demander l'exécution du mandat : la production du certificat et du mandat au greffe du tribunal d'instance est indispensable. Il convient toutefois de préciser que le greffier n'a aucun pouvoir d'appréciation de la validité du mandat et se contente de l'enregistrer si l'ensemble des pièces lui sont remises. C'est ensuite le mandataire qui devra avertir le mandant de la mise en place définitive du mandat de protection future et de son exécution immédiate.

Cette étape marque en outre le moment à partir duquel le mandataire n'est plus librement révocable par le mandant. En effet, jusqu'au moment de déposer le dossier complet au greffe du tribunal d'instance, « *le mandant garde la possibilité de révoquer le mandataire* »⁵⁷⁰. Cependant, il existe à ce stade un système spécifique de protection dans l'intérêt du mandant

⁵⁶⁷ S. Hébert, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », art. préc.

⁵⁶⁸ D. Noguéro, « Interrogations au sujet du mandat de protection future », *D.* 2006, p 1133.

⁵⁶⁹ L'article 431 C. civ. précise que « *La demande est accompagnée, à peine d'irrecevabilité, d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République* ».

⁵⁷⁰ S. Hébert, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », art. préc.

puisque le juge des tutelles peut être amené à donner une autorisation spéciale quant à l'éventuelle révocation du mandataire. Le principe est donc celui d'une révocation libre dans la limite de la protection du mandant, notamment contre lui-même. Un quelconque danger, tel que la volonté de passer un acte compromettant la santé ou la sécurité du majeur, ouvrirait la faculté pour le juge des tutelles d'écarter la révocation du mandataire souhaitée par le mandant⁵⁷¹. Dans un souci sécuritaire, le juge des tutelles a donc la possibilité de forcer la mise en place du mandat et de priver le mandant de son pouvoir de révocation. C'est par exemple le cas du mandant qui voudrait écarter le mandataire dans le but de pouvoir vendre son logement librement sachant que cette vente, bien que pouvant être financièrement intéressante ou indispensable, va mettre le majeur handicapé mental dans un état de danger certain. Cela constitue sans aucun doute un cas dans lequel le juge pourra rejeter la demande de révocation et donner naissance, de manière « forcée », au mandat de protection future.

2° La représentation à demi-mot

243. *Conservation d'une partie de sa capacité par le mandant.* Le mandat de protection future permet au mandant de désigner librement la personne qui agira en son nom en cas d'incapacité et les actes pour lesquels la représentation se fera. Bien que cette innovation de la loi du 5 mars 2007 puisse légitimement être qualifiée de mandat au sens du droit civil, il n'en demeure pas moins que la représentation qu'il implique n'existe qu'à moitié. Le mandant conserve sa pleine capacité pour les actes qui n'entrent pas dans le domaine du mandat. Ceci implique que les actes hors mandat effectués par le mandant sont en principe valables, la limite tenant à son insanité d'esprit. C'est par exemple le cas d'un contrat d'abonnement conclu avec un opérateur téléphonique ou encore de l'achat d'électroménager (télévision, lave-vaisselle...).

L'insanité d'esprit devra être démontrée – ce qui n'est guère facile – pour que l'acte litigieux soit éventuellement annulé. Dans le cas contraire, et malgré la présentation du certificat médical prouvant l'inaptitude du mandant, les actes conclus par le mandant ne pourront faire l'objet que d'une réduction pour excès ou de rescision pour lésion. Bien que prévues par la loi, ces procédures, comme le précise M. Mallaurie, ne sont que peu utilisées

⁵⁷¹ Il s'agit ici d'une différence majeure avec la désignation et la révocation d'une personne de confiance lors de l'entrée en établissement de soins puisque la révocation d'une telle personne est libre et donc respectée en toute circonstance.

car « *tout le monde connaît le coût et l'aléa* »⁵⁷² et le frein qu'ils constituent. La protection ne touche donc que les actes expressément visés dans le mandat, les autres relevant toujours de la sphère de capacité du mandant si ses facultés lui permettent de les conclure valablement. S'il semble clair que les actes avec une valeur et un impact certains sur la santé et la sécurité du majeur seront remis en cause, d'autres seront valablement suivis d'effets : on peut imaginer le mandant finaliser un voyage, acheter un ordinateur, prendre sa carte dans un parti politique mais beaucoup plus difficilement aller acheter un fusil ou mettre en vente un bien immobilier.

La protection contractuelle engendrée par la mise en place du mandat de protection future présente une souplesse que les mesures judiciaires n'ont pas, néanmoins les contreparties sont parfois problématiques et se ressentent plus particulièrement lorsque le mandat commence à être exécuté.

§2) L'exécution du mandat de protection future

Si la formation du mandat de protection future ne semble pas poser de problème outre mesure, la mise en œuvre et l'exécution peuvent se heurter à certaines difficultés que le législateur n'a pas prises en compte. Les notaires avaient fait des propositions⁵⁷³ pour que ce nouvel outil soit plus efficient mais n'ont pas été écoutés malgré des apports qui se seraient avérés intéressants et parfois réellement justifiés, notamment en ce qui concerne la publicité du mandat et son application dans le temps. Le mandat en lui-même peut soulever une interrogation, à savoir le véritable caractère judiciaire de la protection contractuelle pour défendre les intérêts des personnes dont les facultés seraient suffisamment atténuées et diminuées pour nécessiter une représentation concernant certains actes.

⁵⁷² P. Mallaurie, « Les personnes : la protection des mineurs et des majeurs », *Defrénois*, coll. Droit civil, 6^{ème} éd., 2012, n°737.

⁵⁷³ Des suggestions ont été faites lors du 102^{ème} Congrès des notaires de France qui s'est tenu à Strasbourg du 21 au 24 mai 2006 et elles concernaient plus précisément l'enregistrement du mandat et son éventuelle notification.

A. La protection contractuelle : une réelle efficacité ?

Le mandat de protection future permet l'entrée du processus contractuel dans la protection des personnes incapables de pourvoir seules à leurs intérêts. Il donne ainsi une place plus centrale à la personne quant à sa propre protection puisque c'est elle qui désigne celui qui le représentera dans les actes prévus par le contrat de mandat. La souplesse sera donc de mise et le caractère contraignant s'en trouve logiquement atténué par rapport à d'autres mesures judiciaires, plus particulièrement la curatelle et la tutelle.

1° L'imperfection du contrat dans la protection

244. *Prise en compte continue de l'intérêt du majeur.* Le mandat de protection future est censé « permettre à chacun de fixer le statut qui sera le sien si une altération de ses facultés personnelles intervient »⁵⁷⁴, il n'en demeure pas moins que l'intérêt du majeur doit continuellement guider l'exécution du mandat. Il va falloir qu'un personnage soit impliqué davantage dans la protection et le contrôle de l'exécution du mandat qui doit être respectueuse de l'intérêt du mandant. C'est déjà en ce sens que la liberté de révocation que nous avons traitée précédemment est parfois limitée avec l'intervention du juge des tutelles. Cette dualité se poursuit dans l'exécution du mandat durant lequel cohabitent capacité et incapacité. Le mandant est incapable en ce qui concerne les actes visés dans le mandat de protection future mais reste capable de conclure les actes hors mandat. Ces derniers ne sont alors susceptibles que de réduction ou de rescision.

245. *Respect de la volonté ou de l'intérêt ?* Quoiqu'il en soit, le législateur a souhaité préserver l'autonomie de la personne et le respect de ses choix pour guider le représentant lorsque l'incapacité sera constatée. Mais il convient alors d'être méfiant car « *volonté ne rime pas toujours avec intérêt* »⁵⁷⁵, la question qui se pose est donc de savoir quelle notion – de la volonté ou de l'intérêt – est prioritaire. Cette difficulté se retrouve dans le caractère imparfait, parfois même incomplet de la protection offerte par le processus contractuel. Lors de la rédaction du contrat, certains actes, pourtant importants, peuvent être oubliés par les parties ce qui ouvre des failles dans la protection du mandant. Une fois encore Mme Fenouillet a les

⁵⁷⁴ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », art. préc.

⁵⁷⁵ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », art. préc.

mots justes lorsqu'elle affirme que « *deux logiques s'opposent : la logique contractuelle [qui écarte le magistrat] et la logique personnelle [où le juge se veut garant de l'intérêt du majeur]* »⁵⁷⁶. En d'autres termes, il est intéressant de se demander si le juge des tutelles doit être impliqué dans le mandat de protection future, notamment dans un rôle de contrôle du respect de l'intérêt du mandant. Or, comme nous l'avons vu précédemment quant à la restriction dans la liberté de révocation, « *le contrôle judiciaire demeure présent à l'arrière-plan* »⁵⁷⁷, le juge des tutelles ne semble donc pas exclu de la procédure du mandat de protection future. La problématique peut être approfondie et appliquée spécifiquement à la fin de vie de la personne dont les modalités découlent d'une loi du 22 avril 2005⁵⁷⁸ dite « Léonetti ». Il règne encore un flou dans cette situation car il n'existe aucune « *articulation entre les règles concernant les conditions de la limitation ou de l'arrêt de traitement des personnes en fin de vie et celles relatives au mandat de protection future* »⁵⁷⁹. Il aurait été utile de donner quelques explications sur cette articulation au cas où le contenu des directives anticipées et celui du mandat de protection future s'opposent quant aux modalités de fin de vie.

246. Surveillance par le juge des tutelles. Bien qu'il soit présumé que le mandant fasse les choix dans son intérêt, il n'en demeure pas moins qu'il est risqué de laisser une personne dont les facultés sont altérées sans protection autre que celle du mandataire. Cette présomption de conformité à l'intérêt du mandant n'est donc pas irréfragable et fait l'objet d'un contrôle attentif de la part du juge des tutelles qui peut, aux termes de l'article 485 C. civ., ouvrir une mesure de protection supplémentaire, protection fondée sur « *les intérêts patrimoniaux de la personne* »⁵⁸⁰. Cette mesure, qui peut être confiée au mandataire, semble pouvoir être uniquement une sauvegarde de justice car la curatelle et la tutelle constituent deux causes d'extinction du mandat sauf décision contraire du juge des tutelles⁵⁸¹. Même si le mandat de protection future fait naître une protection de nature conventionnelle, un auteur, M. Raoul-

⁵⁷⁶ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », art. préc.

⁵⁷⁷ J. Massip, « Le mandat de protection future », *LPA*, 27 juin 2008, n°129, p 11.

⁵⁷⁸ Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JORF 23 avril 2005.

⁵⁷⁹ A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, op. cit., n°696, p 179.

⁵⁸⁰ P. Potentier, « Le domaine du mandat de protection future », *JCP N*, n°42, 19 oct. 2007, 1262.

⁵⁸¹ Ces causes d'extinction sont prévues au 2° de l'article 483 C. civ.: « *Le mandat mis à exécution prend fin par:*

2° *Le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure* ».

Cormeil, utilise une tournure exacte lorsqu'il dit que « *le juge garde la main... dans l'intérêt du majeur protégé* »⁵⁸².

247. Intervention de la Cour de cassation. Toutefois, le juge des tutelles n'est pas le seul magistrat à pouvoir intervenir dans l'exécution du mandat de protection future et dans la défense de l'intérêt de la personne vulnérable. La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur l'intérêt de la personne et le mandat de protection future. Dans cette espèce, il y avait un conflit entre la mesure de curatelle ouverte à l'encontre de Mme X et confiée à une association tutélaire et un mandat de protection future dans lequel elle désigne son fils en tant que mandataire. La question qui se posait alors aux juges suprêmes était de savoir s'il fallait faire primer le principe de priorité familiale – qui suggérait l'application du mandat de protection future désignant le fils comme mandataire – ou l'intérêt de Mme X qui commande la mise en œuvre de la curatelle afin d'avoir une protection plus complète. Or, la Cour de cassation⁵⁸³ a décidé que « *l'intérêt de Mme X justifiait la dérogation au principe de préférence familiale* ».

Par conséquent, que ce soit le juge des tutelles ou les magistrats de la Cour de cassation, tous se doivent de garantir l'intérêt des majeurs vulnérables et de s'assurer que celui-ci est respecté quelle que soit la forme de protection envisagée. Le mandat de protection future, mécanisme de protection contractuelle, n'est pas instauré « *pour court-circuiter le système judiciaire tutélaire en marche* »⁵⁸⁴, mais se veut complémentaire et n'écarte pas l'intervention du juge. Le problème est que l'intérêt de la personne est quelque chose de variable avec le temps et en fonction de l'état des facultés. L'intérêt est une notion à laquelle il faut pouvoir s'adapter.

2° L'évolution des intérêts du mandant

248. Notion mouvante : exemple des directives anticipées. La notion d'intérêt de la personne occupe une place prépondérante dans la protection qui doit être organisée lors de l'altération des facultés mentales. L'intérêt de la personne doit être mis en avant et respecté, quand bien même il s'agit d'une notion fluctuante. L'exemple frappant en la matière est celui

⁵⁸² G. Raoul-Cormeil, « Mandat de protection future contre mesure de protection judiciaire », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 mars 2011, n°3, p 1.

⁵⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 janv. 2011, n°09-16519.

⁵⁸⁴ G. Raoul-Cormeil, « Mandat de protection future contre mesure de protection judiciaire », art. préc.

des directives anticipées qui apparaissent à la suite de la loi du 22 avril 2005⁵⁸⁵. Les modalités de mise en place de ces directives sont prévues à l'article L1111-11 C. santé publ.⁵⁸⁶ qui impose plusieurs conditions. Il découle en effet des termes du texte que les directives demeurent révocables à tout moment, ce qui signifie que le législateur ne leur a pas donné de valeur contraignante. Si un écrit est obligatoire pour leur validité, le rédacteur peut y mettre fin à n'importe quel moment sans qu'il ne soit indispensable de le faire par écrit. Cette hypothèse se justifie par le fait que le patient, dès lors qu'il est en fin de vie⁵⁸⁷, peut avoir une vision différente des choses, une volonté différente face aux derniers instants. Il était donc nécessaire que le patient ne soit pas définitivement lié par les souhaits qu'il avait émis alors qu'il était bien portant.

C'est aussi pourquoi les directives anticipées ne sont valables que pour une durée déterminée et doivent être renouvelées tous les trois ans sous peine de devenir caduques et de ne plus présenter aucune valeur juridique. Le législateur a estimé que ce délai constituait un délai suffisamment raisonnable pour que les souhaits émis par le patient lors de la rédaction correspondent réellement à ceux qu'il émettrait au moment de la mise en œuvre des directives.

249. Limitation dans le temps ? Ce caractère temporaire⁵⁸⁸ de la mesure existe aussi pour les mesures judiciaires de protection, y compris pour la mesure la plus contraignante qui est la tutelle. En 2007, le législateur a souhaité que la protection soit par principe temporaire et qu'il faille la renouveler lorsque le délai est écoulé, renouvellement qui doit faire suite à un réexamen des facultés mentales du majeur protégé. Or, malgré son caractère contractuel, le mandat de protection future demeure une mesure de protection juridique dont il aurait certainement été « *plus prudent de limiter dans le temps la durée de validité du mandat* »⁵⁸⁹ et calquer son fonctionnement sur celui des autres mesures.

⁵⁸⁵ Loi dite Léonetti n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

⁵⁸⁶ L'article L1111-11 C. santé publ. évoque que : « *Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment.*

A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant ».

⁵⁸⁷ En droit médical, la fin de vie est caractérisée dès que le patient est en phase avancée ou terminale d'une maladie grave ou incurable, comme cela est précisé dans le dernier alinéa de l'article L1110-5 C. santé publ.

⁵⁸⁸ L'article 439 C. civ. prévoit un délai d'un an pour la sauvegarde de justice alors que l'article 441 C. civ. indique que la curatelle et la tutelle sont prononcées pour une durée maximale de cinq ans.

⁵⁸⁹ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », art. préc.

L'instauration d'un tel système eut été d'autant plus utile et justifiée que la libre révocation cesse dès lors que le mandat a pris effet, ce qui signifie que le mandant n'a plus la possibilité de mettre fin au mandat et d'écarter l'application des dispositions qu'il contient. Le schéma le plus approprié et logique aurait été de calquer le fonctionnement du mandat de protection future sur celui des directives anticipées : outre la libre révocation, le législateur aurait dû envisager un délai pendant lequel le mandat reste valable afin que la volonté du mandant soit respectée au mieux et soit la plus adaptée à son intérêt au moment où le mandat débute. Le problème d'un délai trop important entre le moment où le mandat est rédigé et celui où il prend effet est que la vision du mandant peut différer. Ainsi, le délai de trois ans qui est utilisé en droit médical nous semble adéquat en matière de mandat de protection future et il conviendrait de le faire figurer dans le texte de l'article 477 C. civ. Cela permettrait d'éviter une anticipation à trop longue échelle qui ne correspondrait plus aux attentes du futur mandant. De plus, les intérêts de la personne ne sont pas figés et évoluent avec le temps et les circonstances. Or, le mandat, puisque d'origine contractuelle, doit véritablement refléter la volonté du mandant, reflet au jour de la prise d'effet et non de la conclusion du mandat de protection future.

L'ajout de ce délai à la possibilité de révoquer librement le mandat tant que l'inaptitude n'est pas médicalement contestée constituerait alors une double protection intéressante pour le mandant et une adaptation la plus proche possible du mandat à ses souhaits.

B. La méconnaissance du mandat de protection future

Le mandat de protection future est, selon le notariat, un outil très intéressant malgré les quelques améliorations précédemment mises en avant qui auraient pu le valoriser davantage. Il possède cependant un inconvénient majeur : son absence de publicité le rend quasiment invisible pour les tiers. Ce manquement est largement préjudiciable pour la lisibilité et le fonctionnement du mandat. Bien que des propositions aient été faites, aucune n'a été retenue alors que des solutions simples sont envisageables afin que la publicité du mandat soit assurée et que de nombreux soucis soient résolus.

1° Un flou nuisible à la bonne utilisation du mandat de protection future

250. Procédure simple et sans publicité. La mise en œuvre du mandat de protection future ne nécessite, selon la loi, rien de plus que le dépôt au greffe du tribunal d'instance du mandat accompagné du certificat médical circonstancié constatant l'inaptitude de la personne à pourvoir seule à ses intérêts. Le législateur n'a donc rien prévu quant à une éventuelle publicité de ce mandat contrairement à ce qui existe concernant les mesures de protection judiciaires non contractuelles. Ces dernières doivent en effet faire l'objet d'une notification en marge de l'extrait de naissance de la personne à protéger⁵⁹⁰ et d'une inscription sur le répertoire civil au greffe du tribunal de grande instance. Cette obligation de publicité de la mesure mise en place existe quelle que soit la mesure – curatelle ou tutelle – envisagée par le juge des tutelles. La mesure de sauvegarde de justice, plus brève et non incapacitante, fait l'objet d'une publicité beaucoup moins formelle ; aucune mention n'étant portée sur les actes de l'état civil. C'est certainement en se fondant sur ce modèle que certains auteurs, tels que Mme Gillet-Hauquier⁵⁹¹, avaient anticipé le choix du législateur de ne pas prévoir de publicité du mandat sur l'extrait de naissance du mandant, bien que celle-ci préconise l'information du directeur départemental de l'action sanitaire et sociale et des proches. Cette préconisation est antérieure à la réforme de 2009⁵⁹² mettant en place l'agence régionale de santé (ARS) qui regroupe différentes instances parmi lesquelles la direction départementale des affaires sanitaires et sociales. Toutefois, rien a officiellement été prévu en ce sens concernant une éventuelle publicité du mandat de protection future.

Le mandat de protection future, tel qu'il est prévu actuellement, ne fait l'objet d'aucune publicité alors que son caractère temporaire est beaucoup moins marqué que la sauvegarde de justice et que les actes qui entrent dans le champ d'application du mandat entraînent une représentation du mandant. C'est certainement une raison pour laquelle cet « oubli » quant à la publicité du mandat a vivement été critiqué par de nombreux auteurs⁵⁹³. Toutefois, la

⁵⁹⁰ L'article 444 C. civ. précise à cet égard que « *Les jugements portant ouverture, modification ou mainlevée de la curatelle ou de la tutelle ne sont opposables aux tiers que deux mois après que la mention en a été portée en marge de l'acte de naissance de la personne protégée selon les modalités prévues par le code de procédure civile* ».

⁵⁹¹ M-A. Gillet-Hauquier, « Le mandat sur inaptitude future : contribution à l'émergence d'un dispositif de préincapacité », art. préc.

⁵⁹² Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF 22 juill. 2009, p 12184.

⁵⁹³ Voir notamment en ce sens N. Couzigou-Sulas et Y. Le Levier, « Le mandat de protection future », *Defrénois*, 2006, art. 38371, p 645 et s. ; P. Malaurie, « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection des majeurs », *Defrénois*, 2007, art. 38510, p 20 ; J. Combret et J. Casey, « Le mandat de protection future », *RJPF*, 2007/7-8, p 13.

justification du caractère confidentiel du mandat réside dans les travaux parlementaires précédant la loi du 5 mars 2007. Puisque le nouvel outil « crée un régime de représentation sans toucher à la capacité du mandant »⁵⁹⁴, il n'y avait pas d'intérêt à imposer une publicité trop lourde quand bien même la sécurité juridique des personnes en relation avec le mandant peut se trouver touchée. La publicité de ce type de mesure contractuelle permettrait d'établir une méfiance bénéfique dans la relation.

251. *Faiblesse des arguments mis en avant pour justifier l'absence de publicité.* Cette absence de publicité pose le problème plus général d'insécurité juridique, les personnes tierces – contractants éventuels du mandant – ne sont pas averties de l'existence et de la mise en œuvre du mandat. Si « cet oubli est fâcheux »⁵⁹⁵, il est aussi dangereux pour les cocontractants du mandant qui ne connaissent pas l'altération des facultés de la personne ayant conduit à la nécessaire mise en place de ce régime contractuel de protection. Cette « insécurité juridique pour les tiers » dénoncée entre autre par André Vallini⁵⁹⁶ lors d'une question à l'Assemblée nationale a été écartée par le Garde des Sceaux en place, Mme Alliot-Marie⁵⁹⁷. La raison avancée était celle selon laquelle aucune incapacité ne découlait du mandat et que, de toute façon, « une incapacité ne peut être constatée que par une décision de justice, il n'y a donc pas lieu de prévoir une publicité »⁵⁹⁸. Pourtant, la mise en œuvre de ce mandat suppose l'existence d'un trouble mental avéré chez le mandant et sa connaissance par le cocontractant aurait le mérite de l'alerter de cet état de faiblesse et de la facilité à déclencher une action fondée sur l'insanité d'esprit.

En outre, à l'époque où la question s'est posée, le Ministère de la Justice estimait que la protection des tiers instaurée par le biais de la réduction pour excès et de la rescision pour lésion était suffisante. Mais l'ensemble de ces arguments est discutable puisque le mandat de protection future concilie capacité et incapacité. Sur le plan de la contrainte, le mandat de protection future est plus dur pour la personne que la mise en œuvre d'une mesure de sauvegarde de justice. Or, le choix de se priver de publicité paraît étroitement lié à la disparition ou non de la capacité de l'individu. Surgit alors un paradoxe en ce sens que la

⁵⁹⁴ J. Massip, « Le mandat de protection future », *LPA*, 27 juin 2008, n°129, p 11.

⁵⁹⁵ P. Potentier, « Forces et faiblesses du mandat de protection future », *Droit et patrimoine*, 2008, 169.

⁵⁹⁶ A l'époque de la mise en place de la réforme de la protection juridique des majeurs, il était député de la 9^{ème} circonscription de l'Isère.

⁵⁹⁷ Rép. min. n°51358 oct. 2009, commentaire par I. Maria, « Absence de publicité du mandat de protection future : aucun changement à envisager », *Dr. Fam.* n°12, déc. 2009, comm. 162.

⁵⁹⁸ I. Maria, « Absence de publicité du mandat de protection future : aucun changement à envisager », art. préc.

sauvegarde de justice, mesure non incapacitante, fait l'objet d'une publicité (bien que limitée). Le notariat a des arguments plus profonds et justifiés selon lesquels « *l'esprit de la réforme commande la nécessité d'une publicité* »⁵⁹⁹.

252. Eviter le cumul des mesures. L'esprit de la loi de 2007 prône une adaptation de la mesure de protection aux besoins et à l'état de la personne, les restrictions de son autonomie ne devant être que subsidiaires et nécessaires pour protéger l'intérêt du majeur. Les mesures de protection – judiciaires et contractuelles – ne sont en principe pas cumulables, mais adaptables et modulables en fonction de la personne à protéger. Par conséquent, un mandat de protection future qui deviendrait insuffisamment protecteur du majeur doit laisser la place à une mesure plus contraignante de curatelle ou de tutelle. C'est justement dans cette hypothèse que la publicité de la mesure contractuelle prendra toute son importance. Il est en effet indispensable d'en connaître l'existence afin de pouvoir y mettre fin avant d'enclencher la mise en œuvre d'une mesure judiciaire. Dans le cas contraire, la cohabitation de mesures serait envisageable et pourrait éventuellement être source de paradoxes, ou au contraire de redites, dans la protection de la personne. Le mandat de protection future peut donner au mandataire des pouvoirs larges que le tuteur n'aurait pas ou ne pourrait exercer seul. Tel est par exemple le cas de l'ouverture d'un nouveau compte qui est envisageable dans le cadre d'un mandat de protection future si cet acte figure expressément dans le mandat alors que le tuteur doit obtenir l'autorisation du juge des tutelles pour le réaliser. Cette hypothèse peut aussi se rencontrer lors de la demande de délivrance d'une carte de crédit ou de la conclusion d'un bail concernant le logement du majeur protégé. Dans ces différentes hypothèses, la cohabitation des mesures serait à l'origine de nombreuses contradictions dans les pouvoirs de chacun des protecteurs.

C'est pourquoi des solutions avaient été envisagées et proposées, notamment de la part des notaires, pour donner une lisibilité plus grande au mandat de protection future. Parmi les propositions faites, certaines étaient très intéressantes et judicieuses ; c'est pourquoi il convient de les rappeler et d'essayer de les adapter au mieux pour les rendre effectives.

⁵⁹⁹ N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, « Le mandat de protection future », *Defrénois*, 30 avr. 2006, n°8, p 633.

2° Des solutions envisageables pour le rendre plus visible et efficace

253. *Création d'un fichier spécifique.* L'instauration du mandat de protection future dans notre système juridique est fondée sur le modèle québécois qui prévoit des modalités relatives à sa publicité. La législation québécoise impose une homologation du mandat pour inaptitude future par le juge ce qui permet de valider sa mise à exécution et de le faire connaître de manière large. Cette obligation relative à la publicité du mandat concerne le moment de la prise d'effet du mandat, mais il pourrait s'avérer utile d'avertir de l'existence d'un tel acte avant même qu'il ne commence à être exécuté. Cette formalité permettrait une mise en place plus rapide dès lors que le mandant ne serait plus apte à gérer ses affaires puisque l'existence du mandat serait connue de tous. Les conflits éventuels quant à la mesure à ouvrir ou à la personne à désigner seraient limités. Cette obligation serait relativement simple à instituer dans le cadre d'un mandat notarié en demandant au notaire de signaler cet acte et d'en faire mention dans un fichier spécifique, à l'image de ce qui existe pour les dispositions de dernières volontés. La création de ce fichier « *central* »⁶⁰⁰ ou « *national* »⁶⁰¹ constituerait un véritable plus dans la protection de la personne et la simplification de la mise en place d'une mesure de protection. Bien que cette demande émane prioritairement – et logiquement – du notariat, il nous semble qu'il faille la reprendre et l'utiliser afin de centraliser les mandats, de les regrouper dans un fichier mais aussi « *d'en assurer une mémoire* »⁶⁰². Cette mémoire mise en avant par M. Potentier trouverait tout son sens dès lors que le mandant aurait conclu plusieurs mandats, ce qui, actuellement, n'est que trop peu contrôlé. Il n'est en effet pas du rôle du greffe qui reçoit le mandat et le certificat que de vérifier si aucun autre contrat du même type n'a déjà été mis en œuvre. Cette exigence d'inscription sur un fichier serait en outre comprise dans les frais à la charge du mandant lorsqu'il sollicite l'aide du notaire pour la conclusion du mandat.

Cette modalité resterait plus compliquée à organiser en ce qui concerne les mandats de protection future conclus sous-seing privé. L'intervention du notaire dans la rédaction et la conclusion du mandat n'étant pas obligatoire⁶⁰³, certains actes demanderont donc une démarche supplémentaire à la charge des parties pour une mention sur le fichier. La meilleure solution serait de solliciter un intermédiaire du monde judiciaire qui entrerait en contact avec

⁶⁰⁰ P. Potentier, « Forces et faiblesses du mandat de protection future », art. préc.

⁶⁰¹ N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, « Le mandat de protection future », art. préc.

⁶⁰² P. Potentier, « Forces et faiblesses du mandat de protection future », art. préc.

⁶⁰³ Sauf dans le cas des mandats de protection future pour autrui comme cela est indiqué au dernier alinéa de l'article 477 C. civ.

un notaire ou qui effectuerait personnellement les démarches d'inscription au fichier. Mais la création de ce fichier ne peut être que salutaire pour éviter trop de « *redondances ou de contradictions* »⁶⁰⁴ dans l'exécution des mandats, notamment lorsqu'un même mandant en a conclu plusieurs. La date d'enregistrement sur le fichier permettrait une éventuelle chronologie dans l'organisation des divers mandats.

254. Propositions du notariat, notamment information du conjoint. La publicité à la conclusion du contrat de mandat n'est pas la seule à être réclamée et judicieuse. Il serait indispensable de porter aussi à la connaissance du public le moment auquel le mandat de protection future commence à produire ses effets. A cette fin, diverses propositions avaient été faites et certaines d'entre elles auraient mérité une suite positive.

Le notariat a proposé, à l'occasion du 106^{ème} Congrès des notaires de France⁶⁰⁵, plusieurs modalités permettant une publicité complète du mandat de protection future. Aucune n'a toutefois été retenue et n'a intégré le système juridique régulant le fonctionnement de la protection contractuelle. Outre la création d'un fichier des mandats, il avait été préconisé deux autres formes de publicité applicables au moment où le mandat commence à produire ses effets.

Il s'agissait tout d'abord de prévenir le conjoint de l'existence et de la mise en œuvre du mandat de protection future lorsque celui-ci n'est pas impliqué dans la protection. La justification de cette information du conjoint réside dans la hiérarchisation des mesures de protection et dans la priorité qui est donnée à la protection à travers les régimes matrimoniaux par rapport aux mesures judiciaires. L'important est alors de savoir si la volonté du mandant prime sur le régime matrimonial ce qui pourrait alors décharger le conjoint et permettre au mandataire d'effectuer des actes relevant du régime matrimonial. Toutefois, il nous semblerait logique de laisser la possibilité au conjoint de réaliser les actes qui ont une influence sur le patrimoine commun du couple afin qu'il ne puisse être dilapidé par l'un des époux par le biais du mandat de protection future. Le rôle premier donné au conjoint dans cette hypothèse permettrait de respecter le principe de priorité familiale réaffirmé en 2007 par le législateur. Cette formalité nécessiterait seulement l'ajout de la mention, « **après information du conjoint** » à l'alinéa premier de l'article 477 C. civ. juste après « *toute personne majeure* ». Il convient alors de préciser que le terme « conjoint » doit être entendu au sens strict et ne

⁶⁰⁴ P. Potentier, « Forces et faiblesses du mandat de protection future », art. préc.

⁶⁰⁵ Congrès qui s'est tenu à Bordeaux du 30 mai au 2 juillet 2010.

s'appliquer qu'à un couple marié. Toutefois, cette interprétation peut éventuellement être étendue aux partenaires de PACS en ce qu'ils ont un devoir d'assistance réciproque et de solidarité des dettes sous réserve d'une dépense manifestement excessive. Il est possible d'imaginer que l'accompagnement d'un majeur dont les facultés sont altérées entre pleinement dans le cadre de cette mission d'assistance qui incombe au partenaire du PACS.

255. Mention en marge de l'extrait de naissance. Outre cette information, il nous semble pertinent d'imposer la mention de ce mandat sur l'extrait d'acte de naissance de la personne, « *révélant lui-même une inscription au répertoire civil* »⁶⁰⁶ qui se trouve au greffe du tribunal de grande instance. Cette modalité existe pour les mesures de curatelle et de tutelle et permet aux tiers de pouvoir prendre connaissance de la mesure qui frappe la personne, éventuellement partie à un contrat. Bien que parfois présentée comme une mesure n'influençant pas la capacité, la mise en œuvre du mandat de protection future constitue un régime restrictif quant à la réalisation de certains actes précis et visés dans le contrat. C'est en ce sens que les tiers doivent être prévenus de l'existence de ce mandat atteignant la capacité de la personne et ordonnant la représentation quant à la réalisation de certains actes. La connaissance de l'existence du mandat est une source de sécurité pour les tiers puisqu'ils sont susceptibles de conclure certains contrats avec la personne protégée. C'est pourquoi une mention sur l'acte de naissance nous paraît très intéressante et nécessite un ajout dans le texte de l'article 477 C. civ. à la suite de l'information du conjoint. Serait ainsi ajouté à l'article actuel, le morceau de phrase suivant : « **après information du conjoint, s'il n'est pas désigné mandataire, et mention en marge de l'extrait de naissance** ».

Ces formalités ne présentent aucune lourdeur particulière et assureraient une sécurité accrue des tiers, c'est sans doute pourquoi il est « *regrettable que le législateur n'ait pas repris les suggestions faites par le notariat pour organiser une publicité des mandats existants et surtout des mandats en vigueur* »⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ P. Potentier, « Forces et faiblesses du mandat de protection future », art. préc.

⁶⁰⁷ H. Fulchiron, « Le notaire et l'exécution du mandat de protection future », *Defrénois* n°02/09, 38883, p 178.

Section 2 : La professionnalisation de la protection : la catégorie nouvelle des mandataires judiciaires à la protection des majeurs

256. Marge d'autonomie et respect des droits. La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a instauré un système de protection contractuelle par le biais du mandat de protection future. Elle permet donc au majeur de pouvoir organiser son incapacité éventuelle et de désigner un mandataire qui le représentera pour des actes ciblés. Ce mécanisme nouveau laisse transparaître une large marge d'autonomie appréciable pour les majeurs dont les facultés sont altérées. L'autonomie nécessite aussi le respect des droits de chacun et c'est notamment dans ce but que la profession nouvelle de mandataire judiciaire à la protection des majeurs a été consacrée.

257. Contexte de la mise en place de cette profession. Quand bien même la priorité familiale a très souvent été affirmée en ce qui concerne la protection des majeurs et l'a de nouveau été dans la réforme du 5 mars 2007, il apparaît dans les faits que nombreuses mesures relèvent de personnes tierces, extérieures à la famille. M. Favier avance une estimation et précise qu'un « *peu plus de la moitié des mesures de protection judiciaire est ainsi confiée à des tiers* »⁶⁰⁸. Face à ce constat, le législateur est intervenu pour prendre en compte la diversité des intervenants en matière de protection des majeurs et afin de donner une lisibilité plus grande à cette catégorie très disparate de personnes. De plus, ces divers protecteurs n'avaient à justifier d'aucune compétence particulière pour pouvoir exercer, notamment lorsqu'ils le faisaient à titre individuel. La faculté de pouvoir « s'improviser » protecteur d'une personne n'est pas gage de sécurité : ce type de mesures nécessite un minimum de connaissances pour éviter de faire courir de trop grands risques à la personne protégée. D'où la nécessité de former de manière spécifique des personnes pour occuper ces postes de représentants de majeurs en difficulté.

L'article 415 C. civ. nouvellement rédigé rappelle que la famille doit jouer un rôle prioritaire dans la protection de l'un des siens. Le dernier alinéa précise à cet égard que « *Elle [la protection] est un devoir des familles et de la collectivité publique* ». Lorsqu'il est question de « collectivité publique », nous pensons immédiatement à l'Etat et à la solidarité qui vont venir suppléer les carences familiales. Il est donc une mission de l'Etat et des collectivités

⁶⁰⁸ Y. Favier, « Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs : une nouvelle profession sociale », *RDSS* 2008, p 826.

territoriales d'intervenir dans la protection des personnes vulnérables. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs prennent ainsi toute leur importance dans la mise en place des mesures de protection puisque la collectivité publique leur « *délègue une part de son autorité protectrice* »⁶⁰⁹. Les MJPM constituent le relais de proximité de la collectivité publique afin d'être au plus près des personnes dans le besoin.

258. Analyse économique de la reconnaissance d'une telle profession. Cette professionnalisation de la protection se caractérise par l'instauration de la catégorie nouvelle des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dont la formation relève des Instituts Régionaux du Travail Social (IRTS)⁶¹⁰. Elle pose un problème économique et financier lié à la prise en charge de cette formation et de la rémunération de ces professionnels. Le budget des IRTS repose en majorité sur le conseil régional et c'est souvent lui qui financera la formation des mandataires. De plus, bien que leur rémunération soit le plus souvent à la charge de la personne protégée, ses moyens limités nécessitent parfois l'intervention – subsidiaire – de la collectivité publique pour combler le manque de moyens de la personne. La prise en charge des personnes handicapées mentales correspond à un devoir général relevant de l'ensemble de la société. La professionnalisation de leur accompagnement a une finalité sécuritaire et d'uniformisation mais la contrepartie réside dans la participation de la population au financement.

259. Reconnaissance d'un statut : une nouveauté. Alors que des professionnels étaient déjà en charge de la protection des majeurs bien avant l'entrée en vigueur de la législation nouvelle, ils ne bénéficiaient d'aucun statut uniforme. Les professionnels venaient d'horizons divers et étaient tantôt des personnes physiques, tantôt des personnes morales ce qui avait « *pour effet de diluer les compétences et de réduire l'efficacité recherchée dans la prise en charge de la personne* »⁶¹¹. A l'image de ce qui a été avancé dans le cas des juges des tutelles, le fait d'avoir de multiples interlocuteurs est véritablement désavantageux pour les personnes dans le besoin. La création de « guichets uniques » semble une solution bénéfique pour les majeurs protégés et le fait de regrouper l'ensemble des protecteurs au sein du groupe des mandataires judiciaires à la protection de la personne simplifie le panorama des acteurs.

⁶⁰⁹ Y. Favier, « Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs : une nouvelle profession sociale », art. préc.

⁶¹⁰ Le coût du certificat national de compétence suivi dans sa totalité est de 3600 euros (http://www.irffe.fr/site/formation_continue/mjpm.aspx).

⁶¹¹ M. Douchy-Oudot, « Les mandats judiciaires », *Defrénois*, 30 janv. 2009, n°2, p 132.

Cette catégorie unique dispose d'un statut encadré ce qui limite les possibilités de dérives – exigence d'une formation et d'un agrément –, simplifie la gestion des mesures et limite le nombre des mesures exercées par un protecteur. Ce dernier argument a une importance non négligeable puisqu'il a été constaté que certaines personnes pouvaient exercer en pratique jusqu'à cent cinquante mesures, ce qui semble tout à fait incompatible avec une protection individualisée et correcte.

Par conséquent, la création d'une telle profession (§1) s'est avérée être un passage essentiel dans le respect des droits des personnes protégées et de leur autonomie, mais aussi dans un souci d'harmonisation et d'uniformisation. La contrepartie réside naturellement dans la responsabilité (§2) même si, à l'instar du juge des tutelles, l'Etat peut se substituer au MJPM fautif. Il nous semble important de réfléchir à la réglementation de cette profession spécifique par le biais de la mise en place d'un échelon ordinal.

§1) Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs : une profession cohérente à part entière

260. *Activité pleine.* Aux termes de l'article L471-1 CASF, « *Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs exercent à titre habituel les mesures de protection des majeurs que le juge des tutelles leur confie 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* ». Il en découle que la profession de MJPM constitue une véritable activité en temps plein, le texte parlant d'exercice « à titre habituel ». Le fait d'imposer aux mandataires de se consacrer pleinement à cette activité de protection des majeurs ne peut être que bénéfique pour les personnes à protéger. Cette hypothèse apparaît clairement dans la législation du 5 mars 2007, le souhait du législateur étant « *non seulement d'encadrer l'exercice des mesures de protection mais également d'apporter de meilleures garanties au respect des droits des majeurs protégés* »⁶¹². La création de cette profession était par conséquent devenue essentielle face à la part croissante accordée à la personne du majeur

⁶¹² Y. Favier, « Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs : une nouvelle profession sociale », art. préc.

protégé et aux droits qui en découlent. Cette professionnalisation de la protection des majeurs présente de nombreux avantages, outre le fait d'assurer une meilleure garantie des droits de la personne. Cette profession a vu ses conditions d'accès restreintes, une formation étant notamment obligatoire pour obtenir un certificat avant de pouvoir exercer les différentes mesures que sont la sauvegarde de justice, la curatelle, la tutelle, la mesure d'accompagnement judiciaire et parfois le mandat de protection future.

A. Les atouts de la professionnalisation

Le fait d'intégrer des professionnels dans le mécanisme de protection des majeurs est avant tout bénéfique pour ces derniers mais cette avancée législative va aussi permettre d'accroître la lisibilité dans le milieu de la protection. Elle permet en outre de valider et d'encadrer la part importante des mesures qui sortaient du cercle familial. Faire de la protection une profession à part entière va certainement permettre d'éviter de nombreuses dérives, mais il va falloir attendre pour pouvoir juger et prendre du recul, la loi du 5 mars 2007 n'étant entrée en vigueur que le 1^{er} janvier 2009.

1° Un groupe unique augmentant la lisibilité

261. *Contenu de cette catégorie.* Il convient tout d'abord de s'intéresser à ce qu'englobe précisément le vocable « mandataire judiciaire à la protection des majeurs ». Pendant de longues années ont cohabité, en matière de protection des majeurs, un certain nombre d'acteurs, personnes physiques ou morales, professionnels ou pas. Ainsi, les délégués à la tutelle ou à la curatelle d'Etat, les gérants de tutelles, les tuteurs aux prestations sociales et les préposés d'établissement sont désormais englobés sous l'appellation de MJPM. Cette globalisation accroît la lisibilité dans le domaine des intervenants, chaque ancienne catégorie incluant depuis le 1^{er} janvier 2009 le groupe générique des MJPM, compétent quelle que soit la mesure de protection : judiciaire, contractuelle ou accompagnement judiciaire. Par conséquent, tous les professionnels de la protection portent le même nom, celui de mandataire judiciaire. La seule distinction qui persiste est celle qui existe entre les protecteurs professionnels et les protecteurs familiaux.

L'uniformisation du statut des protecteurs est un atout important de la réforme, le bénéfice pour les majeurs protégés et leurs familles est certain. M. Douchy-Oudot avait parlé « *de diluer les compétences* »⁶¹³ en élargissant le cercle des intervenants dans la protection ; la mise en place d'un groupe unique, celui des MJPM, doit au contraire permettre une concentration des pouvoirs.

262. Problème terminologique ? Regrouper tous les protecteurs tiers sous une même appellation correspond à une nette avancée dans l'uniformisation et la lisibilité de la protection non familiale. Cependant, le vocable de « mandataire judiciaire » peut être trompeur. Un MJPM peut valablement être désigné lors de diverses mesures : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, mesure d'accompagnement judiciaire voire mandat de protection future. La conclusion d'un contrat de mandat provoque l'instauration d'une représentation à l'égard du mandant, ce dernier perd tout pouvoir quant aux actes visés dans le mandat. Ce principe vaut pour les mandataires judiciaires qui se retrouvent donc représentants de la personne. Or, se pose le problème des actes qui ne nécessitent pour leur réalisation que l'assistance du protecteur. Les grands principes de subsidiarité, nécessité et proportionnalité réaffirmés en 2007 préconisent la mise en place de la représentation seulement en dernier recours, lorsqu'aucun autre moyen ne s'avère suffisant pour protéger au mieux l'individu. C'est pourquoi le choix de MJPM n'est pas le plus judicieux ni le plus correct juridiquement puisque les mandataires seront amenés, au cours des mesures qu'ils exercent, à n'être qu'assistants. Ce sont donc des mandataires avec des missions un peu élargies qui ne se cantonnent pas à de la représentation.

2° La question des conflits d'intérêts

263. Limitation des risques par la professionnalisation. Il s'est souvent posé la question des conflits entre le protecteur et le protégé, le protecteur profitant souvent de sa supériorité pour abuser de la personne faible ou prendre des décisions contraires à ses intérêts. Il est arrivé que des personnes en charge de la protection de majeurs fassent primer leurs intérêts par rapport à ceux du tuteur ou du curatelaire. La sphère familiale semblait favoriser ce type d'abus, les relations de confiance étant présumées lorsqu'un membre de la famille était

⁶¹³ M. Douchy-Oudot, « Les mandats judiciaires », art. préc.

désigné. Pourtant la législation n'est guère explicite quant à ce genre de conflits d'intérêts ce qui démontre « *qu'il n'existe guère de défiance particulière à l'égard des mandataires* »⁶¹⁴.

La professionnalisation de la protection par le biais des MJPM sera bénéfique au majeur en ce qu'elle permettra sans doute « *d'offrir une meilleure garantie de la personne protégée* »⁶¹⁵. Les conditions d'accès à la profession, par leur restriction, insistent sur la volonté de limiter les conflits d'intérêt et sur l'indépendance dont doivent faire preuve les protecteurs professionnels. Bien que n'étant prévue qu'en dernier recours, la faculté de désigner un protecteur extérieur à la famille présente cet avantage de soumettre la mesure à un professionnel soumis à des contrôles et une surveillance renforcés comme cela est notamment le cas en matière de logement, de comptes bancaires ou de libéralités. Le législateur impose que les comptes bancaires soient ouverts au nom du majeur protégé, que chacune des opérations financières soient distinctes et fassent l'objet d'un compte de gestion annuel. L'ensemble de ces règles nouvelles interdit le recours aux comptes pivots dont l'existence était néfaste pour les majeurs en protection. Cette pratique est celle « *qui consiste, pour les gérants de tutelle et les associations tutélaires, à verser sur un compte unique ouvert à leur nom les avoirs de tous les majeurs dont ils assurent la protection et de percevoir les intérêts générés par ce compte* » comme le précise le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs.

264. Méfiance en cas de libéralité. En ce qui concerne les libéralités, le législateur a étendu sa suspicion à l'égard des mandataires judiciaires lorsque le majeur handicapé mental souhaite leur consentir une libéralité. L'article 909 C. civ. les vise explicitement aux côtés des professionnels de santé intervenant dans la prise en charge de la personne⁶¹⁶. Il s'agit d'une preuve que la méfiance doit rester de mise et que les conflits d'intérêts demeurent possibles dans ces relations mettant en jeu une personne faible. Les professionnels qui travaillent au contact direct des personnes dites vulnérables sont plus facilement tentés d'abuser de leur position pour obtenir de la part de la personne faible une quelconque gratification. Tel a déjà été le cas d'une dame de compagnie condamnée par les magistrats de la Cour de cassation

⁶¹⁴ Y. Favier, « Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs : une nouvelle profession sociale », art. préc.

⁶¹⁵ M. Douchy-Oudot, « Les mandats judiciaires », art. préc.

⁶¹⁶ L'alinéa 2 de l'article 909 C. civ. dispose : « *Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité* ».

pour avoir fait émettre à son profit des chèques de la part de la personne âgée dont elle s'occupait⁶¹⁷.

265. Rémunération, conséquence de la professionnalisation. Le corollaire de la professionnalisation réside dans la rémunération des mandataires, rémunération qui peut en outre constituer un moyen de lutte contre les conflits d'intérêts. Ces derniers font très souvent suite à des litiges d'ordre financier que la rémunération peut atténuer. Les modalités sont prévues par un décret du 1^{er} août 2011⁶¹⁸ qui vise plus particulièrement les mandataires personnes physiques. Le montant de cette rémunération varie en fonction de quatre critères listés à l'article R472-8 CASF : la nature des missions à exécuter, le moment où ces missions sont exercées, le lieu de vie du protégé et le montant de ses ressources. Le majeur protégé participe donc directement au financement de sa protection tandis que « *les financements publics, qu'ils émanent de l'Etat, des départements ou des organismes de sécurité sociale, prennent un caractère subsidiaire* »⁶¹⁹. Chaque majeur protégé va donc participer à hauteur de ses possibilités à la rémunération de son protecteur, le différentiel étant apporté par des finances publiques.

Le mode de financement diverge selon que le mandataire est une personne privée ou une association : le statut du MJPM est un critère essentiel et commun mais il est parfois accompagné d'autres critères entrant en compte dans le système de financement de la mesure. Si le majeur protégé a toujours à sa charge une partie de la rémunération du mandataire en fonction de ses ressources, d'autres éléments sont pris en compte lorsque la mesure est exercée par un mandataire privé. Mme Rossignol dresse une liste de ces critères « *notamment la nature de la mission de protection ou encore le lieu de résidence du majeur (à domicile ou en établissement)* »⁶²⁰. Cette différence de traitement est consécutive à un décret du 1^{er} août 2011⁶²¹ publié le 4 août par la Direction Générale de la Cohésion Sociale (DGCS). Les majeurs protégés par une association ne versent une rémunération qui n'est calculée que sur la base de leurs ressources mais correspondant « *au coût de la prestation la*

⁶¹⁷ Cass. crim. 15 févr. 2006, n°05-84320.

⁶¹⁸ Décret n°2011-936 du 1^{er} août 2011 relatif à la rémunération des mandataires judiciaires et à diverses mesures de simplification en matière de protection juridique des majeurs, JO 4 août 2011.

⁶¹⁹ E. Marcovitch et C. Lagache, « Mandataires et délégués : fonctions, responsabilités et rémunération », *Droit et Patrimoine*, 2009, p 180.

⁶²⁰ I. Rossignol, « Qu'est-ce-qu'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs ? », <http://isabellerossignolmjpm.e-monsite.com>.

⁶²¹ Décret n°2011-936 du 1^{er} août 2011 relatif à la rémunération des mandataires judiciaires et à diverses mesures de simplification en matière de protection juridique des majeurs et de l'arrêté relatif à la rémunération des personnes physiques exerçant l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs à titre individuel.

plus chère du barème des MJPM privés »⁶²². Cette différence de traitement en fonction de la nature du mandataire profite véritablement aux principaux financeurs publics impliqués dans la protection des majeurs que sont plus particulièrement l'Etat ou la Sécurité sociale.

266. Limiter les conflits d'intérêts par la rémunération. Chaque mandataire reçoit une rémunération en échange de la protection qu'il exerce, l'envie d'aller à l'encontre des intérêts de la personne pour privilégier les siens et abuser de sa position sera peut être moindre que si la mesure était bénévole, sans pour autant faire l'amalgame entre bénévolat et malhonnêteté. Mais le fait de percevoir une rémunération impose de rendre des comptes quant à la gestion des affaires du majeur protégé et incite peut être plus fortement à respecter l'intérêt et les besoins de la personne.

267. Regards attentifs du juge des tutelles et du procureur. Le Procureur est un maillon important dans la lutte contre les conflits d'intérêts en ce qu'il intervient dans la procédure d'agrément venant finaliser la formation au sens large des mandataires judiciaires et constituant un préalable nécessaire à tout exercice professionnel. Sans être la personne qui délivre directement l'agrément au futur mandataire, le Procureur doit être sollicité par le préfet de département pour donner un avis conforme quant à la demande d'agrément qui leur est soumise. Après examen de diverses pièces, par exemple le bulletin n°1 du casier judiciaire et un rapport d'enquête de moralité, le procureur peut valider la demande (et la délivrance de l'agrément) la rejeter ou garder le silence ce qui, s'il se prolonge au delà de 4 mois, constitue un rejet tacite⁶²³.

Si le procureur intervient largement dans la procédure d'agrément préalable à l'exercice de la profession de mandataire judiciaire, le juge des tutelles, initialement « *écarté de ce dispositif* [celui des MJPM] »⁶²⁴, n'en demeure pas moins un outil de contrôle non négligeable. L'agrément délivré constitue un garde fou dans la limitation des conflits d'intérêts, mais le juge des tutelles a lui aussi un rôle important puisque l'article 417 C. civ. lui offre la possibilité de « *les dessaisir de leur mission* » et de « *solliciter la radiation* »⁶²⁵. Il

⁶²² I. Rossignol, « Qu'est-ce-qu'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs ? », art. préc.

⁶²³ Tout rejet de la part du procureur de la République fait courir un délai d'un an au cours duquel le « candidat » ne peut plus demander d'agrément.

⁶²⁴ Y. Favier, « Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs : une nouvelle profession sociale », art. préc.

⁶²⁵ L'article 417 C. civ. prévoit que le juge des tutelles puisse se prononcer sur d'éventuelles sanctions à l'encontre du mandataire judiciaire défaillant : « *Le juge des tutelles peut prononcer des injonctions contre les*

exerce donc un pouvoir de contrôle important sur la bonne conduite de la mesure par les mandataires judiciaires relevant de son ressort. Cette faculté implique que le juge conserve un regard attentif sur le déroulement des mesures qu'il ordonne quand bien même elles seraient confiées à des professionnels.

B. Les conditions d'exercice

La volonté de professionnaliser la protection et de recourir à du personnel formé et qualifié a nécessité la mise en place de modules de formation qui aboutissent à l'obtention d'un certificat national de compétences. Toutefois, avant de s'inscrire dans cette formation, il convient de justifier de certaines conditions, notamment d'âge et de moralité comme le prévoit l'article L471-4 CASF⁶²⁶. La moralité exige que la personne n'ait pas été condamnée pour des faits susceptibles de laisser penser qu'il ne peut exercer une telle charge sans risque pour le majeur protégé. Quant à la condition d'âge, elle impose à la personne souhaitant s'inscrire à la formation d'avoir au moins 21 ans. Ces conditions constituent un préalable au suivi de la formation spécifique dispensée dans différents établissements privés ou universitaires.

1° Le suivi d'une formation spécifique

268. Accès à la formation. Depuis 2007, le législateur a organisé le suivi obligatoire d'une formation pour les personnes souhaitant devenir mandataire judiciaire, formation qui n'était pas demandée auparavant et qui s'impose à tout mandataire, personne physique mais aussi personne morale⁶²⁷ par le biais des personnes physiques de l'association qui exerceront

personnes chargées de la protection et condamner à l'amende civile prévue par le code de procédure civile celles qui n'y ont pas déféré.

Il peut les dessaisir de leur mission en cas de manquement caractérisé dans l'exercice de celle-ci, après les avoir entendues ou appelées.

Il peut, dans les mêmes conditions, demander au procureur de la République de solliciter la radiation d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs de la liste prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles ».

⁶²⁶ L'alinéa 1^{er} de l'article L471-4 CASF précise explicitement que « Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs doivent satisfaire à des conditions de moralité, d'âge, de formation certifiée par l'Etat et d'expérience professionnelle ».

⁶²⁷ L'obligation faite aux personnes morales de suivre la formation découle de l'alinéa 2nd de l'article L471-4 CASF : « Lorsque le mandat judiciaire à la protection des majeurs a été confié à un service mentionné au 14°

personnellement la protection. La réussite à cette formation sera primordiale pour la suite du parcours et l'obtention de l'agrément. La finalité de la formation consiste en l'obtention du « certificat national de compétence pour l'exercice de mandataire judiciaire ». Une personne peut être admise dans la formation si, comme le précise Mme Pécaut-Rivolier, elle est « titulaire d'un diplôme assimilé à bac +2 ou justifie d'une ancienneté d'au moins trois ans dans un emploi exigeant normalement un diplôme ou un titre de ce niveau »⁶²⁸. Cette exigence va de pair avec la condition d'âge précédemment citée et démontre que l'exercice d'une telle profession est préférable avec un niveau intellectuel et une expérience suffisants. Il existe donc des jurys de sélection au sein de chaque école dispensant cette formation, chacun des dossiers étant analysé et scruté attentivement.

269. Contenu de la formation. La formation menant au certificat national est divisée en deux parties : un volet théorique et un volet pratique consistant en un stage dont la durée est de dix semaines consécutives. Cette formation pratique, sur le terrain, est nécessairement précédée d'un enseignement théorique d'une durée de 300 heures et composé de différents modules traitant des aspects juridiques appliqués notamment au secteur social et médico-social, de la gestion, de la protection de la personne et de la fonction même de mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

L'ensemble de la formation doit apporter des connaissances sur le fonctionnement global de la protection, ses limites, ses interactions avec les autorités judiciaires mais aussi sur la personne même du protégé et sur les causes d'affaiblissement de ses facultés afin d'adapter au mieux les moyens à mettre en œuvre. Un point particulier de la formation est l'enseignement de la déontologie⁶²⁹. Il s'agit par ce biais de faire comprendre aux futurs mandataires judiciaires qu'il existe des règles de bonne pratique et que le point central de leur mission future est le respect de l'intérêt du majeur. En outre, lorsque l'on parle de déontologie, le rapprochement peut naturellement être fait avec les professions médicales. Il serait même possible et envisageable de pousser le mimétisme plus loin en pensant à la création d'un

du I de l'article L. 312-1, les conditions prévues au premier alinéa sont exigées des personnes physiques appartenant à ce service qui ont reçu délégation de celui-ci pour assurer la mise en oeuvre de la mesure ».

⁶²⁸ L. Pécaut-Rivolier, « Protéger un majeur vulnérable », éd. Delmas, 2010, 1^{ère} éd., n°706, p 141.

⁶²⁹ Selon le vocabulaire juridique de l'Association Henri-Capitant, la déontologie est entendue comme « l'ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel », G. Cornu, Association Henri-Capitant, « Vocabulaire juridique », 2008, PUF, p 292.

Pour en savoir plus sur la déontologie, voir par exemple : A. Garapon, « La déontologie du travailleur social : repère ou repaire ? », *RDSS*, 1^{er} oct. 1993, n°4, p 725 ; F. Fresnel, « L'avocat mandataire judiciaire à la protection des majeurs », *Gaz. Pal.*, 16 févr. 2010, n°47, p 14.

Ordre qui viendrait sanctionner les manquements à cette déontologie, proposition qui sera étudiée dans un développement ultérieur⁶³⁰.

270. Différentes dispenses. L'accès à la formation connaît des exceptions aux principes qui viennent d'être présentés, principalement à travers des dispenses dues à une expérience avérée dans le milieu. Certaines personnes ont la possibilité de demander à être dispensées de certains modules si elles peuvent justifier d'un diplôme ou d'une expérience en rapport avec les matières du module. Par exemple, la personne qui aurait obtenu un diplôme en gestion peut demander une exonération de la partie théorique relative à l'apprentissage des aspects de la gestion. Mais certains modules, à l'image de celui qui traite de la protection de la personne, ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation en ce qu'ils constituent le cœur de l'enseignement et surtout des règles relatives à la pratique à venir.

La dispense peut aussi concerner la partie pratique de la formation, c'est-à-dire que des personnes justifiant d'une certaine expérience peuvent demander à ne pas effectuer le stage. Il faut, dans cette hypothèse, avoir une expérience d'une durée minimum de 6 mois dans le monde de la tutelle. La décision finale revient alors au directeur de l'établissement au vu de l'expérience avancée par le candidat. Dès lors qu'une dispense est accordée à un candidat, celui-ci devra valider tous les autres modules afin d'obtenir le certificat national.

En amont, des dispenses peuvent être accordées pour l'entrée dans la formation. Il est en effet possible pour différents professionnels de demander une équivalence grâce à leur expérience et à leur acquis professionnels comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article D471-3 CASF⁶³¹. Certains professionnels des établissements de santé, d'organismes de tutelle ou encore relevant du champ de l'action sociale sont susceptibles de demander une équivalence s'ils ne disposent pas des diplômes requis pour que leur candidature soit acceptée. Cette demande d'équivalence est examinée par l'école qui décide ou non de l'approuver. C'est aussi une hypothèse envisageable pour un juriste parce que l'obtention d'une licence donne un diplôme de niveau II, niveau supérieur à celui requis pour obtenir une éventuelle équivalence. Dans ce cas, le candidat sera certainement exonéré de tout ou partie du module juridique inclus dans la formation.

⁶³⁰ Cf. *infra*. n°s 283 s.

⁶³¹ Cet article énonce que « Pour pouvoir accéder à cette formation, elles doivent être titulaires d'un diplôme ou titre enregistré au niveau III du répertoire national des certifications professionnelles ou, pour les ressortissants d'un autre Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat à partie à l'accord sur l'Espace économique européen, d'un titre équivalent ou, le cas échéant, justifier d'une ancienneté d'au moins trois ans dans un emploi exigeant normalement un diplôme ou titre de ce niveau ».

Le suivi de cette formation et sa réussite ne constituent qu'une étape dans la reconnaissance du mandataire judiciaire. L'obtention du certificat national de compétence, délivré par le chef de l'établissement au nom de l'Etat, permet de passer à la seconde étape de processus qui se situe au niveau préfectoral.

2° L'inscription sur une liste préfectorale

271. Contrôle des conditions par le préfet. Le préfet de département procède au contrôle des conditions de formation développées précédemment avant de délivrer un agrément qui peut prendre diverses formes en fonction de la nature, privée ou associative, du mandataire judiciaire. Toutefois, le fait de répondre aux exigences de formation n'est pas le seul critère que le préfet va prendre en compte au moment de délivrer éventuellement l'agrément. Il convient de respecter une répartition géographique correcte des mandataires et de s'adapter aux besoins de chaque région. La loi nouvelle impose de prendre en compte les besoins régionaux et d'adapter le nombre de mandataires ; par conséquent, un candidat pourra être rejeté si la direction des affaires sociales estime qu'il y a un nombre suffisant de mandataires au sein de la région, « *le schéma pourrait être directement opposé aux candidats pour refuser des candidatures qui apparaîtraient surnuméraires* »⁶³². Cette barrière à la libre installation des MJPM constitue une sorte de *numerus clausus*, mais plus élaboré que celui qui existe chez les médecins puisqu'il permet une répartition géographique des mandataires en lien avec les besoins géographiques, « *l'évolution de la population, les services déjà existants, les objectifs à atteindre* »⁶³³.

272. Élément essentiel à l'inscription : l'agrément. Avant d'être définitivement inscrit sur une liste départementale, le mandataire doit obtenir un agrément, une autorisation ou une déclaration en fonction du type de mandataire dont il s'agit. Mais, quelle que soit l'habilitation exigée, elle sera toujours donnée en tenant compte du schéma régional d'organisation sociale et elle requiert l'intervention du préfet. Les MJPM étant de trois types, il existe corrélativement trois habilitations :

⁶³² L. Pécaut-Rivolier, « Protéger un majeur vulnérable », éd. *Delmas*, 2010, 1^{ère} éd., n°710, p 144.

⁶³³ M. Douchy-Oudot, « Les mandats judiciaires », art. préc.

- les services de tutelle nécessitent d'obtenir une simple autorisation de la part du préfet de département après que celui-ci se soit assuré de la compétence et du bien-fondé du projet du mandataire ;
- un exercice individuel : l'habilitation prend alors la forme d'un agrément délivré par le préfet après avis du procureur de la République ;
- les préposés d'établissements dans lesquels la personne réside ou est soignée doivent être déclarés au préfet de département par l'établissement, l'information étant ensuite directement relayée au procureur de la République, sous peine d'une amende pénale dont le montant peut atteindre 30000 euros⁶³⁴.

Une précision supplémentaire s'impose relativement à cet agrément puisque celui-ci est généraliste et non spécifique, en ce sens que sa délivrance à un mandataire l'oblige à accepter n'importe quelle mesure dès lors qu'il en a le temps. L'agrément présume des compétences générales des MJPM ce qui implique que le juge des tutelles peut les solliciter dans n'importe quel domaine de la protection.

273. Instauration d'un délai de mise en place. Puisque la protection par des tiers existait déjà avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle mais ne bénéficiait pas du même encadrement, un délai de deux ans à compter du 1^{er} janvier 2009, date d'entrée en vigueur de la réforme, avait initialement été décidé afin que les professionnels obtiennent l'agrément nouvellement créé. Mais ce délai a été allongé d'un an par la loi du 12 mai 2009 portant simplification du Droit⁶³⁵. Donc à partir du 1^{er} janvier 2012, tout professionnel qui n'aurait pas l'habilitation du préfet est susceptible d'être poursuivi pénalement, les sanctions pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 15000 euros d'amende aux termes de l'article L473-1 CASF.

274. Inscription sur la liste départementale et prestation de serment. L'agrément donné au mandataire lui permet ensuite d'être inscrit sur une liste départementale tenue par le préfet qui

⁶³⁴ L'article L473-2 CASF prévoit cette peine : « *Le fait, pour un établissement mentionné au 6° ou au 7° du I de l'article L. 312-1, de désigner l'un de ses agents sans effectuer la déclaration prévue à l'article L. 472-6, de le maintenir dans l'exercice de ses fonctions malgré l'opposition prévue par l'article L. 472-8 ou la suspension ou l'annulation de la déclaration prévue à l'article L. 472-10 ou de modifier son activité sans effectuer la déclaration prévue par l'article L. 472-7 est puni de 30 000 Euros d'amende* ».

⁶³⁵ Loi n°2009-256 du 12 mai 2009 portant simplification du droit, JO 13 mai 2009.

la centralise. Outre le fait de prendre en compte les inscriptions sur cette liste, le préfet – et ses services notamment la direction départementale de la cohésion sociale⁶³⁶ (celle que l'on retrouve en Meurthe et Moselle) ou la direction départementale de la cohésion sociale et de la protection des populations⁶³⁷ – doit l'actualiser comme le préconise l'article L471-2 CASF. Cette liste permet d'évaluer les rapports entre l'offre et la demande et de guider dans les délivrances ultérieures d'habilitation. Elle permet aussi une lisibilité accrue et doit servir de guide pour le juge des tutelles qui aurait besoin de désigner un mandataire.

Une fois l'inscription enregistrée par le préfet ou ses services, les autorités judiciaires organisent, dans le mois qui suit, la prestation de serment qui constitue l'ultime étape avant l'exercice de la profession. La prestation de serment doit s'effectuer devant le tribunal d'instance du chef-lieu du département⁶³⁸ et elle porte principalement sur les devoirs de loyauté et de discrétion professionnelle auxquels le mandataire va être soumis durant l'exercice de sa profession. Le contenu du serment est prévu dans l'article R471-2 CASF et il est le suivant pour tout mandataire judiciaire à la protection des majeurs⁶³⁹ : *« Je jure et promets de bien et loyalement exercer le mandat qui m'est confié par le juge et d'observer, en tout, les devoirs que mes fonctions m'imposent. Je jure également de ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à ma connaissance à l'occasion de l'exercice du mandat judiciaire »*

Déjà relativement chargé, le chemin pour arriver à un exercice licite de la profession de MJPM comporte une étape supplémentaire consistant en la souscription, obligatoire, d'une assurance de responsabilité civile. Les nombreuses attentes placées dans les mandataires judiciaires en font des personnages assez exposés et leur mission réside dans la protection de personnes faibles, leurs responsabilités sont donc importantes.

⁶³⁶ La direction départementale de la cohésion sociale a plusieurs finalités, notamment d'insertion, de vie associative, de protection des personnes vulnérables et de la jeunesse. C'est pourquoi elle regroupe le service cohésion sociale de l'ancienne DDASS / le comité médical, le volet jeunesse et sports au niveau départemental, la politique de la ville et la prévention des expulsions, le volet social du logement, le chargé de mission aux droits de la femme et à l'égalité et le délégué départemental à la vie associative.

⁶³⁷ La direction départementale de la cohésion sociale et de la protection des populations a des missions identiques à la précédente auxquelles s'ajoutent celles de veille sanitaire et de sécurité dans les domaines de protection des consommateurs (répression des fraudes). Elle se veut un interlocuteur privilégié des agences régionales de santé.

⁶³⁸ Ainsi, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs qui est inscrit et qui souhaite exercer en Meurthe et Moselle devra prêter serment devant le tribunal d'instance de Nancy. Bien qu'il existe aussi un tribunal d'instance à Briey, il semble nécessaire, aux termes des dispositions de l'article R471-2 CASF, que le serment doive être prêté au chef lieu du département, soit Nancy.

⁶³⁹ Pour un mandataire privé, la prestation de serment est effectuée par lui ; pour un mandataire personne morale, celui qui prête serment est un représentant de celle-ci qui exercera personnellement les mesures de protection.

§2) Les MJPM : des attentes impliquant des responsabilités

275. Corollaire de la professionnalisation. La professionnalisation de la protection est certes une avancée importante pour les majeurs protégés et le respect de leurs droits, c'est pourquoi les exigences à l'encontre des mandataires sont plus grandes. Au titre d'acteur dans la protection des majeurs, l'article 421 C. civ. les rend « *responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction* ». Les MJPM entrent donc dans le même système de responsabilité que l'ensemble des autres acteurs de la protection, notamment le juge des tutelles et les protecteurs familiaux, à l'exception des curateurs qui ne sont responsables qu'en cas de faute lourde ou de dol. Or, cette procédure ne laisse pas indifférent sur plusieurs points, à commencer par le fait qu'elle mette, au niveau de la responsabilité, sur un pied d'égalité les MJPM, professionnels, et les protecteurs familiaux, bénévoles dans la grande majorité des cas et « *qui voient leur responsabilité engagée dans les mêmes conditions* »⁶⁴⁰.

La responsabilité des mandataires judiciaires est principalement indirecte, l'Etat s'y substituant le plus souvent. Si le système semble satisfaisant, il pourrait, nous semble-t-il être amélioré en réglementant cette profession et en se calquant sur les professions soumises à un Ordre.

A. La tutelle de l'Etat en matière de responsabilité

La responsabilité des MJPM n'est pas prioritairement recherchée en cas de faute dans l'exécution de la mesure. La nature de la faute fait l'objet d'imprécisions dans les textes ce qui provoque des ambiguïtés auxquelles il sera nécessaire de tenter de pallier. Une action en responsabilité à l'encontre des mandataires judiciaires pourra être enclenchée dès lors qu'ils n'ont pas exécuté leur mission avec « *des soins prudents, diligents et avisés dans le seul*

⁶⁴⁰ M. Rebourg, « La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs missions », *Dr. Fam.*, n°7, juill.2010, étude 17.

intérêt de la personne protégée » selon les termes de l'article 496 C. civ. relativement à l'exécution d'une mesure de tutelle. En ce qui concerne les MJPM, il existe une alternative spécifique quant à l'action en responsabilité lorsque la faute a été commise à l'occasion du service public de la justice.

1° Le principe atténué d'une responsabilité indirecte

276. Garantie étatique couvrant l'ensemble des mandataires. Bien qu'indirecte, la responsabilité est générale en matière de protection des majeurs et elle « *s'applique donc indépendamment de l'origine – judiciaire ou conventionnelle – de la protection* »⁶⁴¹.

A l'image du système de responsabilité des juges des tutelles, l'Etat se substitue très souvent aux mandataires dans les affaires les mettant en cause pour une faute, en principe quelconque, commise dans l'exécution de sa mission ; « *l'Etat est donc garant des fautes commises par tous les MJPM* »⁶⁴². Ce commentaire de Mme Rebourg appelle deux remarques quant aux mandataires « couverts » par l'Etat et à la protection des majeurs. L'auteure englobe l'ensemble des MJPM dans ses propos, ce qui laisse penser que les mandataires qui exercent individuellement, à titre privé seraient aussi couverts par l'Etat en cas de faute commise durant l'exécution de la mesure. Cette intervention de l'Etat se justifie aisément par la priorité qui est donnée au dédommagement de la victime quand bien même il pèse sur les MJPM une obligation d'assurance. Il y a, pour la victime potentielle, une double protection contre le risque d'insolvabilité.

La seconde remarque a trait à la protection des majeurs qui se trouve accrue et garantie par l'Etat dans cette hypothèse puisque l'Etat, en se substituant au MJPM, permet la réparation du préjudice subi par la victime dont les droits auraient été bafoués. L'intervention de l'Etat dans la réparation du dommage subi par les victimes démontre une nouvelle fois l'importance de la notion d'intérêt de la personne. Si celui-ci n'est pas privilégié, la mesure est fautive. La personne protégée devient le cœur du dispositif, l'ensemble de l'exécution de la mesure devant nécessairement se faire dans son intérêt. L'Etat constitue le dernier rempart au respect de l'intérêt de la personne car il sera sollicité pour l'indemnisation dans la majorité des cas.

⁶⁴¹ M. Rebourg, « La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs missions », art. préc.

⁶⁴² M. Rebourg, « La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs missions », art. préc.

277. *Utilisation plus fréquente de l'action récursoire ?* L'alinéa second *in fine* de l'article 422 C. civ. prévoit expressément cette faculté à l'égard du mandataire judiciaire fautif. Quand bien même cette procédure n'est que rarement – voire jamais – utilisée à l'encontre des juges des tutelles, il est probable qu'elle le soit beaucoup plus souvent lorsque sera mis en cause un MJPM. L'explication est simple : elle réside dans l'obligation de s'assurer qui pèse sur ces professionnels contrairement aux juges des tutelles. Par conséquent, en exerçant son action récursoire, l'Etat ne vise pas directement et personnellement le mandataire mais sait qu'il aura affaire à sa compagnie d'assurance. Or, en se retournant contre le mandataire fautif, l'Etat sait qu'il s'adresse à un assureur dont la solvabilité est quasi certaine et le risque de banqueroute largement plus limité que celui du mandataire. Il y aurait donc moins de scrupules à déclencher cette action récursoire afin que l'Etat se fasse rembourser l'indemnité engagée du fait de la faute du mandataire judiciaire.

278. *Faille dans le système de responsabilité indirecte.* La responsabilité des MJPM n'est cependant pas qu'indirecte et c'est justement ce qui en fait la particularité. Les mandataires judiciaires sont en effet les seuls acteurs de la protection des majeurs dont la responsabilité peut être recherchée directement par la victime. Le nouvel article 422 C. civ.⁶⁴³, issu de la loi du 5 mars 2007, ouvre cette voie de la saisine directe du mandataire fautif, laissant donc le choix à la victime de se tourner vers l'Etat ou vers le mandataire. Il existe donc, pour la victime, une alternative quant à la personne à poursuivre ; cette alternative s'explique encore une fois par la souscription obligatoire d'une assurance de responsabilité civile par le mandataire judiciaire.

La question qui se pose alors est de connaître les causes d'une telle obligation à la charge des MJPM, tandis que cette souscription n'est pas obligatoire pour les juges des tutelles par exemple. Les mandataires sont directement au contact de la personne à protéger et de son patrimoine et effectuent les actes de la sphère patrimoniale et extra patrimoniale en lieu et place du majeur protégé. Ce contact rapproché avec le majeur et la substitution de personne dans la réalisation des actes est très certainement la raison pour laquelle la loi impose la souscription d'une assurance pour les mandataires judiciaires. Ces derniers sont impliqués de manière plus directe dans les actes du quotidien des majeurs protégés, parfois source de

⁶⁴³ Cet article énonce clairement, en son alinéa second visant spécifiquement le cas des MJPM, que : « *Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise par le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, l'action en responsabilité peut être dirigée contre celui-ci ou contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire* ».

situations compliquées et risquées. Il convenait alors de protéger les mandataires qui pouvaient se retrouver confrontés à des procédures lourdes.

279. *Effets de l'obligation d'assurance.* Finalement, l'obligation d'assurance des mandataires judiciaires est bénéfique et utile non seulement pour les majeurs protégés en ce qu'ils ont le choix de la personne à viser en cas d'action en responsabilité, mais aussi pour les mandataires qui se trouvent protégés par le biais de cette assurance. Pour faire respecter ses droits, le majeur protégé ne sera plus forcé d'engager la responsabilité de l'Etat dans une procédure qui peut être lourde, mais il aura la faculté de la faire directement contre le mandataire fautif, celui-ci étant solvable par le biais de son assureur. Mais la véritable finalité de cette obligation d'assurance à la charge des MJPM caractérise aussi (et surtout ?) un transfert du risque de faute dans la gestion de la protection des majeurs du secteur public vers le secteur privé. En imposant à un MJPM de souscrire une assurance, le législateur a certainement souhaité délier l'Etat des conséquences financières de ces agents pour impliquer davantage le monde assurantiel.

2° L'ambiguïté quant à la nature de la faute

280. *Principe : une faute quelconque.* Pour que la responsabilité des mandataires judiciaires soit engagée, il faut au préalable que soit commise, au cours de l'exercice de sa mission, une faute. Il existe toutefois des imprécisions néfastes autour de cette notion de faute, notamment quant à la nature de la faute susceptible d'engager la responsabilité des MJPM. L'article 421 C. civ. vise clairement la « *faute quelconque* », ce qui signifie qu'une faute légère suffit à engager la responsabilité du protecteur. Mais il prévoit aussi un cas exceptionnel concernant le curateur qui ne peut être tenu pour responsable que si la faute est lourde. Donc la faute quelconque est le principe dans la grande majorité des mesures de protection, la faute lourde ne concernant que la curatelle. La faute quelconque susceptible d'engager la responsabilité de l'organe protecteur peut se produire indifféremment dans des actes de gestion du patrimoine ou à l'occasion d'actes personnels. La faute quelconque est le plus souvent caractérisée par une inattention ou une négligence, ce qui peut être le cas lors de l'oubli du versement d'un loyer par exemple, ou encore lorsque l'organe de protection ne se préoccupe suffisamment du majeur du fait d'un manque de temps. La faute du juge des tutelles susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat peut aussi résider dans l'absence de

vérification de la solvabilité d'une succession. Enfin, le comportement du tuteur est fautif dès lors qu'il oublie de transmettre le rapport annuel de gestion au juge des tutelles sur lequel pèse la mission générale de surveillance de la protection.

Le problème qui se pose alors est celui de la pluralité de rôles que peut avoir le mandataire judiciaire. Cette difficulté est accentuée par la catégorisation des actes à effectuer durant la mesure qui n'implique pas toujours la mise en place d'une représentation.

281. Inadaptation de la distinction. Un mandataire judiciaire peut exercer différentes missions et être désigné pour n'importe quelle mesure de protection. Il remplira donc à tour de rôle les fonctions de curateur et de tuteur, étant par conséquent soumis à un régime de responsabilité différent car la faute à l'origine de la procédure n'a pas la même nature. Ainsi, lorsqu'il exerce les fonctions de tuteur, il est soumis au régime basé sur la faute quelconque ce qui n'est plus le cas lorsqu'il a le rôle de curateur. Il convient même d'approfondir encore la question puisque lors d'une mesure de tutelle, le protecteur est parfois amené à ne jouer qu'un rôle d'assistant du majeur protégé, tel est notamment le cas pour certains actes personnels si l'état de la personne ne lui permet pas de décider seule.

En matière de protection de la personne, le législateur a clairement hiérarchisé les actes en permettant au majeur protégé, dès lors que son état le lui permet, de décider seul comme le prévoit l'article 459 C.civ⁶⁴⁴. L'alinéa 2 de ce même article traite de l'hypothèse dans laquelle le majeur ne serait pas capable de donner un consentement propre, il appartiendra alors au juge des tutelles ou au conseil de famille de mettre en place une assistance puis une représentation au cas où l'assistance s'avèrerait insuffisante. Cette hiérarchisation découle des principes de nécessité et de subsidiarité qui guident la protection des majeurs et qui permettent un respect de la capacité et d l'autonomie des personnes. Mais elle peut être source d'incertitudes en ce qui concerne la responsabilité des protecteurs, notamment celle des MJPM.

Pendant une mesure de tutelle, le mandataire peut être amené à ne jouer qu'un rôle d'assistance, ce qui signifie que, « *suivant la logique du législateur, il ne devrait voir sa responsabilité engagée qu'en cas de faute lourde ou de dol à l'instar du curateur puisque son*

⁶⁴⁴ Le premier alinéa de cet article place clairement la décision entre les mains du majeur protégé : « *Hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet* ».

rôle est identique »⁶⁴⁵. Par conséquent, le tuteur ne peut être soumis qu'au régime de la faute quelconque comme le prévoit le texte de l'article 421 C. civ., sa mission l'obligeant parfois à exercer les mêmes fonctions d'assistance que le curateur. Quel type de faute est alors susceptible d'engager sa responsabilité ? Conserve-t-il le régime des tuteurs alors qu'il exerce une mission d'assistance qui relève en principe du curateur ?

282. Clarification en distinguant selon la mission. Pour répondre à ces questions, la législation en vigueur n'est que trop peu explicite et ambiguë. Les termes de l'article 421 C. civ. ne sont pas les plus judicieux en ce qui concerne la nature de la faute engageant la responsabilité des protecteurs. Sans doute aurait-il été plus simple et plus lisible de distinguer selon la mission et non selon le rôle du protecteur. Puisque le tuteur et le curateur peuvent dans certaines hypothèses avoir des missions similaires – notamment d'assistance –, il serait préférable de fonder autrement les procédures en responsabilité. Nous proposons de ne plus distinguer selon qu'il s'agit d'un tuteur ou d'un curateur mais plutôt en fonction de la mission exercée par le protecteur.

Lorsque le mandataire judiciaire n'est sollicité que pour assister le majeur protégé, sa responsabilité ne pourrait être engagée qu'en cas de faute lourde alors que s'il est sollicité pour représenter la personne, l'élément déclencheur serait la caractérisation d'une faute quelconque. La modification est rapide à effectuer dans le texte du Code civil, l'article 421 précisant que le protecteur, dans sa mission d'assistance, voit sa responsabilité engagée en cas de faute lourde ou de dol tandis que lorsqu'il exécute une mission de représentation, sa responsabilité sera engagée suite à une faute quelconque.

B. L'utilité d'une régulation ordinale

La prise en compte de la personne du majeur dans la protection est une préoccupation récente inculquée notamment par les règles du droit médical replaçant le patient au cœur du processus décisionnel. Des nouvelles missions ont donc été attribuées aux mandataires judiciaires relativement aux décisions touchant à la personne du majeur qu'ils protègent. La question se pose alors naturellement de rassembler l'ensemble des MJPM au sein d'un Ordre

⁶⁴⁵ M. Rebourg, « La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs missions », art. préc.

comme peuvent l'être certains professionnels de santé. Lorsque l'on étudie le droit des incapacités, notamment les réformes récentes, il ressort de manière flagrante que les lois en matière de santé ont servi de modèle, c'est pourquoi il serait judicieux de créer un Ordre des mandataires judiciaires. Cet organe donnerait en outre des garanties supplémentaires aux majeurs protégés quant au respect de leurs droits et constituerait un organe de surveillance globale quant au protecteur, aussi bien dans sa vie professionnelle que dans sa vie personnelle.

1° Une protection supplémentaire

283. Utilité d'un tel organe. Une proposition de loi a été déposée au Sénat le 18 août 2011 concernant la création d'un tel ordre⁶⁴⁶. Cette proposition a fait l'objet de critiques, notamment de la part des associations tutélaires par l'intermédiaire de sa présidente qui avance qu'être MJPM est « *une mission et pas encore une profession* » et que « *la défense des intérêts des futurs adhérents et professionnels est une mission habituellement dévolue à un syndicat ou une fédération professionnelle* »⁶⁴⁷.

Cependant, les missions de l'Ordre sont plus larges que ce qui est présenté par Mme David et il s'agit d'un organe qui apporterait des bénéfices incontestables pour les majeurs protégés tout en permettant de décharger certains autres acteurs du monde de la protection, à l'image du juge des tutelles ou du préfet.

284. Respect de la déontologie. La création d'un Ordre constituerait un échelon supplémentaire dans les sanctions des manquements des protecteurs. Il pourrait être même l'organe qui serait exclusivement compétent en matière de sanctions lors du non-respect de la déontologie dont l'ensemble des règles serait regroupé dans un code. Or, la rédaction de ce code incomberait naturellement à l'Ordre ce qui limiterait les décalages qui peuvent exister lorsque les textes émanent de juristes et non des professionnels eux-mêmes. A partir du moment où l'activité des MJPM concerne des actes conclus pour le compte d'une autre personne, la déontologie semble essentielle et elle serait le prolongement naturel de la bonne moralité qui est exigée dans les conditions d'exercice de la profession. L'ordre serait alors le

⁶⁴⁶ Proposition de loi n°781 du 18 août 2011 relative à la création d'un ordre professionnel des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, présentée par Mme Joëlle Garriaud-Maylam.

⁶⁴⁷ A.-M. David, « Création d'un ordre professionnel des mandataires judiciaires à la protection des majeurs », *D.* 2011, p 2920.

garant de cette déontologie et des règles de bonne conduite et son champ d'action s'en trouverait élargi par rapport aux juridictions ordinaires.

Un code de déontologie devrait alors instauré et annexé au CASF qui contient l'essentiel des dispositions relatives aux modalités de fonctionnement et d'organisation de la profession de MJPM. Il pourrait, à l'instar de ce qui a été fait pour les médecins en 1995, prendre la forme d'un décret et régir de manière plus précise la juridiction ordinale.

285. *Etendue de la faute disciplinaire.* Le Code civil prévoit une indemnisation des fautes commises dans l'organisation et le fonctionnement de la mesure, mais reste muet à propos des fautes relevant du mandataire en dehors de la sphère professionnelle. Or, il nous semble que l'exercice d'une mesure de protection mérite que le protecteur soit irréprochable même dans sa vie personnelle, tout comme le médecin et l'avocat sont justiciables de leur Ordre même en dehors de l'exercice de leur profession. Certaines dérives, bien que relevant de la vie privée du professionnel, pourraient avoir des répercussions sur le volet professionnel de la personne ou démontrer un aspect de sa personnalité qui serait incompatible avec un déroulement satisfaisant de la mesure de protection. Il semble pertinent de priver un mandataire de la possibilité d'exercer des mesures de protection s'il a tendance à escroquer dans sa vie privée. Il en est de même d'un professionnel de la protection qui serait condamné pour viol en dehors de l'exercice de sa profession, le danger qu'il représente et la gravité des actes effectués pourraient alors justifier une sanction ordinale.

Ainsi, la faute disciplinaire susceptible d'être à l'origine d'une procédure ordinale n'est pas clairement définie mais il est admis, en matière médicale notamment, que le comportement du professionnel dans sa vie privée peut constituer une faute de nature à engager une procédure. La mise en place d'une juridiction ordinale permettrait donc d'avoir une vision plus globale de la notion de faute, dans la sphère professionnelle mais aussi dans la sphère personnelle.

2° Dans l'intérêt du protégé et des autres

286. *Défense des majeurs protégés.* L'instauration d'un ordre des MJPM aurait nécessairement un bénéfice pour le protégé puisqu'il aurait une vision plus large de la notion de faute que les autres juridictions. De plus, à travers les sanctions qu'il peut prononcer, l'Ordre peut être considéré comme le protecteur extrême des majeurs protégés puisque nous pouvons légitimement imaginer que la sanction ultime serait, à l'image de ce qui existe dans

les autres Ordres, la radiation. Elle est donc la sanction susceptible d'être prononcée dans les cas de fautes les plus graves. Pouvant paraître disproportionnée, elle permet pourtant qu'un professionnel ayant commis une faute grave de ne plus pouvoir exercer cette profession et d'éviter ainsi tout risque de récidive à l'encontre d'un autre majeur dont les facultés sont altérées. Le mandataire radié ne pourrait alors plus changer de département et éventuellement demander son inscription dans un autre département ; la seule manière d'espérer retrouver un emploi de MJPM sera de faire une demande de relèvement d'incapacité après avoir laissé s'écouler un délai de 3 ans.

En outre, le jugement du comportement fautif se ferait par ses pairs, c'est-à-dire des professionnels habitués à être confrontés à ces situations. La décision pourrait donc être mieux perçue, ressentie comme plus juste puisque prononcée par des personnes exerçant la même profession.

287. Bénéfices pour les mandataires judiciaires. La création d'un Ordre n'aurait pas seulement une finalité de sanction des professionnels, elle leur permettrait aussi d'avoir une véritable influence dans la prise de décision les concernant. Les professions qui sont déjà soumises à une structure ordinale sont directement impliquées dans la mise en place de règles nouvelles dans leur branche. Cette hypothèse est expressément prévue dans la proposition de loi du 18 août 2011, l'article 3 3° précisant que l'Ordre devra être « *consulté par les pouvoirs publics sur les orientations en matière de régime de protection des majeurs* ». Cette consultation va de pair avec la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession qui fait partie intégrante des missions confiées à l'Ordre.

La défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession implique non seulement que les éléments ayant un comportement litigieux soient écartés. Mais elle signifie aussi que les règles applicables à la profession soient le plus conformes possibles à la finalité poursuivie par la profession, soit la défense de l'intérêt du majeur protégé, et les plus adaptées aux situations concrètes auxquelles les mandataires sont confrontés dans l'exercice de la protection. Lorsque l'exercice de la profession est bien encadré, les dérives sont très limitées ce qui est doublement salubre : pour les protégés qui subissent moins d'abus et pour les protecteurs dont les missions et la déontologie sont clairement définies.

288. Aspects positifs de l'instauration d'un Ordre. Malgré les critiques et les détracteurs à l'idée de créer un Ordre des MJPM, cette solution nous semble satisfaisante en ce qu'être mandataire judiciaire constitue désormais une véritable profession dont les enjeux imposent la

soumission à une déontologie dont le respect serait contrôlé au niveau ordinal. En outre, ce contrôle s'appliquerait non seulement au domaine professionnel mais aussi dans la vie privée du mandataire, ce qui semble logique car le comportement d'une personne dans sa vie personnelle peut démontrer des aspects de sa personnalité parfois incompatibles avec l'exercice d'une profession dont la finalité est directement liée aux faiblesses d'autrui, ce qui peut être le cas de la malhonnêteté ou de la cupidité.

Bien que la mission de sanction constitue une part importante de son activité, elle ne doit pas occulter les autres rôles, notamment ceux de défense de l'honneur de la profession et de participation à la mise en place de règles nouvelles concernant la profession. Regrouper l'ensemble des professionnels au sein d'un Ordre permettrait d'uniformiser les pratiques et de faire entendre les souhaits de la profession d'une seule et même voix.

« *Se prenant en charge elle-même, la profession optimiserait son efficacité, sa déontologie et sa représentativité* »⁶⁴⁸, c'est en ces termes que la rédactrice du projet de loi déposé au Sénat en août 2011 a résumé la situation. Nous la rejoignons totalement dans cette idée de créer un échelon ordinal pour regrouper l'ensemble des MJPM.

⁶⁴⁸ Les termes de Mme J. Garriaud-Maylam ont été repris, « Vers un ordre professionnel des mandataires judiciaires à la protection des majeurs », *Lamy Dr. civ.*, 2010, p 86.

Conclusion Chapitre 2

289. *Transfert du contrôle du mandat de protection future.* La contractualisation de la protection constitue une avancée en matière d'incapacité et de respect de l'autonomie des personnes en situation de handicap mental mais aussi le prolongement d'une volonté affichée dès 2002 – par le biais de la loi du 2 janvier rénovant l'action sociale et médico-sociale – de tenir compte des besoins et des souhaits de la personne faible. La protection contractuelle se traduit par l'instauration du mandat de protection future qui induit une représentation du mandant mais uniquement pour les actes expressément visés dans le texte du mandat. Incompatible avec toute autre mesure juridique, il demeure sous la surveillance générale du juge des tutelles qui doit se comporter comme le garant de l'intérêt du majeur et parfois interférer dans le mandat, notamment puisque la protection peut s'avérer incomplète. Ce contrôle, qui relève du juge des tutelles, serait peut être plus efficace s'il était transféré au juge d'instance.

Le transfert de ce contrôle se justifierait d'autant plus que le mandat de protection future serait inscrit en marge de l'extrait de naissance pour qu'un minimum de publicité soit assurée et pour pallier à l'insécurité juridique actuelle qui règne autour de ce mécanisme. Cette insécurité juridique vaut bien entendu pour les tiers, éventuels cocontractants du mandant, mais aussi pour les juges des tutelles qui doivent vérifier qu'aucun mandat de protection future n'existe avant de prononcer une mesure juridique de protection. En ce qu'il est source de représentation, il peut être perçu comme plus attentatoire que la sauvegarde de justice et que la curatelle qui font pourtant l'objet d'une mesure de publicité par le biais d'une inscription sur l'acte de naissance.

290. *Professionnalisation de la protection.* En outre, bien que la priorité familiale ait été réaffirmée par le législateur en 2007 au moment de la réforme de la protection des majeurs, la loi nouvelle a donné naissance à une nouvelle profession : les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Après avoir suivi une formation spécifique sanctionnée par la délivrance d'un agrément, ces professionnels de la protection feront l'objet d'une inscription sur une liste préfectorale. Les nombreux intervenants dans la protection des majeurs sont désormais englobés dans cette unique catégorie des MJPM qui, comme les autres organes de la protection sont indirectement responsables puisque couverts par l'Etat dans l'exercice de

leurs fonctions. Toutefois, il conviendrait de les soumettre à une structure ordinale qui permettrait d'accroître la sécurité et la protection en donnant un droit de regard sur la vie privée de ces intervenants. Compte tenu de la faible utilisation de l'action récursoire par l'Etat, l'instauration d'un Ordre des MJPM sensibiliserait les professionnels à la déontologie et aux bonnes pratiques à suivre dans l'exercice de leurs fonctions et en dehors, la sanction ultime étant la radiation et donc l'interdiction définitive d'exercer ce métier, comme cela existe pour les médecins ou les avocats par exemple.

CONCLUSION DU TITRE 2

291. *Eviter les ouvertures abusives : certificat circonstancié et filtrage par le procureur.*

La protection des majeurs a évolué dans le sens d'une prise en compte de la personne même du majeur et de la préservation de son autonomie, c'est pourquoi des procédés ont été instaurés dans le but de limiter les ouvertures abusives de mesures. Le texte de la réforme de 2007 érige le constat médical de l'altération des facultés mentales comme condition essentielle de l'ouverture d'une protection. Ceci se traduit par l'obligation d'obtenir un certificat circonstancié émanant d'un médecin inscrit sur la liste du procureur qui devient acteur primordial en lieu et place du médecin traitant. Si le certificat circonstancié est un rempart à l'ouverture abusive de mesures, quelques atténuations doivent être apportées, notamment du fait de la position nouvelle de la Cour de cassation qui respecte le refus du majeur de se faire examiner même si son intérêt le commande et du fait du prix élevé de ce certificat qui incite à saisir le procureur de la République au lieu du juge des tutelles.

Le procureur constitue l'autre rempart à l'ouverture abusive des mesures en ce qu'il est un intermédiaire entre les requérants et le juge des tutelles. Bien qu'indirectement responsable comme le préconise le droit commun, le droit des majeurs protégés n'exige qu'une faute quelconque. Ce système est nocif, c'est pourquoi le modèle des curateurs – commission d'une faute lourde – devrait être appliqué. Mais il convient de rester méfiant quant à une trop grande liberté offerte au procureur qui pourrait s'avérer inconciliable avec l'impartialité guidant l'exercice de sa mission. L'Ordre des médecins pourrait alors avoir un rôle de consultation comme il le fait pour les candidats experts.

292. *Mise en place d'une protection contractuelle et professionnelle.* Outre ces nouveautés dans le volet judiciaire de la protection, l'avancée de l'autonomie se traduit aussi par la mise en place du mandat de protection future qui émane du majeur lui-même qui souhaiterait anticiper une altération de ses facultés. Cependant, des imprécisions sont préjudiciables relativement à un fonctionnement satisfaisant du MPF. La principale difficulté résulte de l'absence de publicité à l'origine d'une insécurité juridique pour les juges des tutelles et les éventuels cocontractants du mandant et qui doit être outrepassée par une inscription en marge de l'extrait de naissance. Cette formalité justifierait en outre que le contrôle du mandat soit effectué par le juge d'instance et non plus par le juge des tutelles.

Pour préserver l'autonomie des personnes protégées et éviter les risques de dérives et d'abus, une nouvelle profession a été créée : les mandataires judiciaires à la protection des majeurs qui englobent l'ensemble des acteurs de la protection. Même si les protecteurs naturels demeurent les membres de la famille, ces mandataires présentent la garantie de la professionnalisation et d'une formation spécifique débouchant sur un agrément prouvant leurs compétences en la matière. Mais, en tant que protecteurs qui exercent au contact de personnes fragiles et dépendantes, il serait intéressant de leur appliquer un code de déontologie dont les éventuels manquements seraient sanctionnés devant une instance ordinale. Cette dernière aurait également la possibilité de vérifier dans la vie privée des mandataires si rien n'est contraire à l'exercice d'une telle profession, facilement source d'abus.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

293. *Extension de la protection.* La philosophie nouvelle de la protection développée depuis 2005 et consacrée par la réforme du 5 mars 2007 implique de manière beaucoup plus directe la personne même du majeur à protéger ou protégé. La prise en charge est beaucoup plus globale qu'auparavant, elle concerne la personne même du majeur avant son patrimoine. La finalité du législateur n'est plus de préserver le patrimoine de ces personnes fragiles mais de tenter de favoriser leur autonomie ou le retour vers une autonomie plus grande. C'est dans cet objectif d'autonomisation des personnes handicapées mentales que de nombreuses modifications ont été apportées à la législation antérieure. C'est par exemple le cas de l'exigence d'un certificat médical circonstancié pour ouvrir ou renouveler une mesure de protection, la simplification de la levée des mesures ou encore la suppression de la saisine d'office du juge des tutelles.

294. *Juge des tutelles et difficultés pratiques.* En effet, ce dernier a une charge de travail importante susceptible de nuire à un exercice optimal de sa mission de garant de l'intérêt des personnes à protéger. Cependant, cet allègement n'est qu'apparence : l'application des grands principes directeurs – nécessité, subsidiarité et proportionnalité – est favorable aux majeurs à protéger mais source de travail plus lourd et donc de responsabilité pour les juges des tutelles. Mais, pour remplir l'objectif prioritaire d'autonomisation, l'individualisation des mesures est un facteur indispensable : la réforme du 5 mars 2007 distingue à ce sujet les mesures sociales – visant à un retour vers une autonomie budgétaire et se substituant à l'ancienne tutelle aux prestations sociales et à la curatelle pour oisiveté, intempérance ou prodigalité – et les mesures judiciaires. Il est en outre clairement affirmé une incompatibilité stricte entre ces deux catégories de mesures. Les mesures judiciaires sont les plus attentatoires et doivent par conséquent être activées en dernier recours. Elles ne sont plus définitives, en plus d'être temporaires, elles peuvent faire l'objet d'un recours par le biais d'une LRAR devant un magistrat spécialisé, le délégué à la protection des majeurs, devant la cour d'appel. Les requérants potentiels sont plus nombreux qu'auparavant, le législateur prend désormais en compte l'entourage de fait du majeur protégé ce qui inclut de nouvelles personnes et ne limite pas le recours à la seule famille. Cette extension est salutaire puisque, juridiquement, la famille ne bénéficie d'aucune définition précise.

295. *Plus d'acteurs pour une protection adaptée.* La protection des majeurs fait intervenir de nouveaux acteurs, ce qui ne signifie pas que l'autonomie des majeurs est parallèlement bafouée. Pourtant, les missions qui sont décrites dans le texte de loi démontrent que leur intervention se fait dans l'intérêt des majeurs protégés que leur action ait lieu lors de mesures judiciaires mais aussi lors de mesures contractuelles.

La protection judiciaire fait intervenir un médecin habilité, inscrit sur la liste du procureur de la République, qui écarte de la procédure le médecin traitant. Le certificat circonstancié est une pièce essentielle mais le majeur peut refuser de se soumettre à l'examen médical ; la Cour de cassation a affirmé que ce refus doit être respecté ce qui empêcherait la mise en œuvre d'une protection à l'égard d'une personne susceptible d'en avoir véritablement besoin. C'est pourquoi il faut espérer que cet arrêt de la Cour de cassation reste isolé. Il conviendra toutefois d'être suffisamment attentif aux compétences des médecins inscrits sur la liste puisque leur certificat a une valeur très importante lors de l'ouverture d'une mesure.

L'autre nouvel acteur en matière de protection judiciaire est le procureur de la République qui est un filtre entre les requérants et le juge des tutelles. Il dispose d'une indépendance totale en ce qui concerne l'élaboration de la liste des médecins habilités. Par conséquent il sera nécessaire d'être prudent afin d'éviter que les intérêts personnels n'influencent cette mission cruciale dans le nouveau système de protection des majeurs.

Enfin, en matière de protection dite contractuelle, c'est-à-dire celle qui découle du mandat de protection future, la mesure revient dans plus de la moitié des cas à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Il s'agit d'un professionnel, formé spécifiquement à cet effet et qui permet de pallier l'absence familiale ou les conflits familiaux qui seraient nuisibles à la bonne protection du majeur handicapé mental. Les MJPM sont les seuls organes de la protection dont la responsabilité peut directement être engagée en cas de faute. Du fait de leur rôle de gestion de la personne et du patrimoine d'autrui, il serait intéressant et sécurisant de créer un Ordre qui surveillerait le respect de la déontologie et des règles de bonne conduite applicables aux mandataires.

Même si la protection fait désormais intervenir des acteurs nouveaux et extérieurs, leur mission s'inscrit dans une optique de retour à l'autonomie pour les majeurs protégés. De plus, l'exercice de cette autonomie impose que les personnes puissent s'exprimer et se prononcer sur des actes personnels et intimes.

PARTIE 2 : LA PROTECTION DE LA DÉCISION PERSONNELLE

296. Implication des majeurs protégés. La protection des personnes handicapées mentales concerne non seulement le volet patrimonial mais aussi, de manière plus récente, la personne même du majeur. Le législateur souhaite que soit mise en avant la notion d'autonomie et que chaque personne, en fonction de son état, puisse en bénéficier. Le respect de la personne passe nécessairement par le respect de ses choix et de ses décisions afin qu'elle soit directement actrice de sa protection et qu'elle puisse continuer à interagir sur sa vie et certains actes importants en ce qu'ils ont trait au domaine personnel, voire intime. La prise en compte de la décision du majeur protégé démontre que la philosophie nouvelle découlant de la réforme du 5 mars 2007 prouve définitivement le souhait du législateur de reconnaître une protection de la personne et de laisser les personnes handicapées mentales disposer autant que possible de leurs droits. Il convient d'éviter toute marginalisation de cette catégorie de personnes et aussi d'éviter de leur appliquer des règles qui leur sont spécifiques.

297. Intégration au processus décisionnel. L'autonomie dont il est question dans les dispositions nouvelles implique que les majeurs protégés participent, en fonction de leur état, à la vie de la société et qu'ils conservent un pouvoir d'expression. Si les mesures judiciaires de protection n'ont pas foncièrement changé du fait de la réforme, le constat nouveau du législateur et d'un grand nombre de citoyens reflète qu'« *il est des actes si personnels que seul l'intéressé peut les accomplir* »⁶⁴⁹. Il est clair que « *penser pour l'autre n'est pas sans danger* » comme l'a précisé Mme Morelle⁶⁵⁰, le majeur protégé doit conserver un pouvoir décisionnel et tout ne peut lui être imposé. Les règles actuelles le font participer au processus décisionnel en fonction de l'état de ses facultés.

Mais, en tout état de cause, « *quelle que soit la protection mise en place, la personne vulnérable conserve une marge d'autonomie* »⁶⁵¹, la personne ne peut être exclue des matières

⁶⁴⁹ H. Fulchiron et A. Caron-Déglise, « La protection judiciaire des majeurs : nouveau droit, nouveaux droits », *Lamy Dr. civ.*, 2010, n°73 (supplément), p 11

⁶⁵⁰ C. Morelle, « Appréhender le handicap ? », in. G. Zribi et J-L. Chapellier (sous la dir.), « *Penser le handicap mental* », éd. ENSP, 2005, p 26.

⁶⁵¹ H. Fulchiron et A. Caron-Déglise, « La protection judiciaire des majeurs : nouveau droit, nouveaux droits », art. préc.

qui la touchent de manière intime. Cette mise à l'écart ferait « *encourir le risque de ne pas entendre l'autre* »⁶⁵² ; nous pouvons parler de risque car, malgré la mise en place d'une mesure de protection, le majeur peut disposer des facultés nécessaires à donner un avis voire à consentir à un acte. Il ne faut pas gommer ces compétences, même si elles demeurent résiduelles, du seul fait de l'ouverture d'une mesure.

Bien que dans certains cas l'autonomie soit absolue et que le consentement du majeur protégé est indispensable (Titre 1), ce n'est pas toujours le cas. Le caractère incontournable de la décision personnelle émanant de la personne protégée concerne les domaines les plus intimes, qu'ils relèvent de la sphère patrimoniale ou de la sphère extrapatrimoniale. Mais cette participation totale et directe n'est pas toujours possible ou prévue par le législateur. Dans certaines hypothèses, la décision personnelle du majeur protégé n'est plus un élément obligatoire mais elle est seulement prise en compte (Titre 2). La consultation de la personne protégée permet de l'écouter et de tendre à respecter au mieux ses attentes ce qui constitue la finalité des lois récentes relatives à la protection des majeurs.

⁶⁵² C. Morelle, « Appréhender le handicap ? », art. préc., p 26.

TITRE 1 : LE CARACTÈRE INCONTOURNABLE DE LA DÉCISION PERSONNELLE

298. *Adaptation de la protection pour préserver les compétences décisionnelles.* La reconnaissance de la personne du majeur protégé impose que lui soit garanti au mieux et de la manière la plus autonome possible l'exercice de ses droits ; la réforme de 2007 a « reconstruit la protection des personnes vulnérables sur les droits de la personne »⁶⁵³ et démontre la volonté du législateur d'« abandonner son approche paternaliste »⁶⁵⁴. C'est en ce sens qu'ont été consacrés les principes directeurs de nécessité, subsidiarité et proportionnalité et que le rôle des tiers intervenant dans la protection des majeurs a été modifié. Cette philosophie nouvelle impose aussi que les décisions et les souhaits de la personne soient pris en compte et respectés quand bien même elle ferait l'objet d'une mesure de protection. Le constat médical qui est à l'origine de la mise en place d'une mesure de protection prend alors toute son importance en ce qu'il peut influencer sur la détermination des compétences dont le majeur dispose encore. Le respect de l'autonomie des personnes handicapées mentales tel qu'il est édicté oblige le juge des tutelles et l'ensemble des acteurs de la protection à préserver et favoriser l'exercice de ces compétences. La finalité n'est plus d'enfermer le majeur dans un étai de protection mais de rendre cette protection mouvante pour que chacun puisse utiliser les ilots de compétences évalués par un médecin habilité.

Cette autonomie, qui « se trouve au centre du dispositif législatif »⁶⁵⁵, passe nécessairement par la garantie du respect des décisions prises par le majeur protégé. Même si « le législateur a souhaité donner la primauté au consentement de la personne protégée »⁶⁵⁶, ses décisions ont un poids différent en fonction du domaine dans lequel elles trouvent à s'appliquer. Il bénéficie certes du droit de décider mais selon que ses choix portent sur la matière patrimoniale (Chapitre 1) ou sur des éléments plus personnels et intimes (Chapitre 2),

⁶⁵³ H. Fulchiron et A. Caron-Dégliise, « La protection judiciaire des majeurs : nouveau droit, nouveaux droits », art. préc.

⁶⁵⁴ F. Kessler, « L'autonomie des personnes handicapées dans la loi du 11 février 2005 », *RDSS*, p 382.

⁶⁵⁵ F. Kessler, « L'autonomie des personnes handicapées dans la loi du 11 février 2005 », art. préc.

⁶⁵⁶ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », *Defrénois*, 30 janv. 2009, n°2, p 185.

les règles ne seront pas forcément identiques et les interventions extérieures plus ou moins limitées. Le législateur a en effet distingué selon que la décision n'est que personnelle ou qu'elle requiert un consentement strictement personnel, auquel cas aucune intervention tierce n'est autorisée.

Chapitre 1 : La décision personnelle et l'aspect patrimonial

299. Patrimoine et décision du majeur. Depuis la réforme de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, la protection a été recentrée sur le volet extrapatrimonial qui était jusque là délaissé par le législateur. Si la personne fait désormais l'objet d'une protection adaptée et individualisée pour préserver l'autonomie et l'indépendance, les avancées n'ont pas uniquement concerné cet aspect. Si la prise en compte de la personne même du majeur était indispensable, il convenait en outre d'apporter des modifications quant à la gestion du patrimoine. En matière patrimoniale, tous les actes n'ont pas la même valeur et le même impact, c'est pourquoi tous ne sont pas soumis au même régime et aux mêmes autorisations. Lorsqu'un majeur est sous tutelle, le tuteur peut seul conclure un bail d'habitation ou ouvrir un premier compte au nom du majeur alors qu'il doit obtenir l'autorisation du juge des tutelles pour vendre un immeuble ou modifier un compte et en ouvrir un nouveau. Toutefois, certaines hypothèses permettent au majeur de s'exprimer pleinement et de disposer d'une autonomie plus grande. Il en va ainsi relativement au logement et aux libéralités (Section 1). Ce sont deux cas dans lesquels la volonté de la personne handicapée mentale est prioritaire ou même nouvellement accessible pour le cas du testament suite à la réforme de 2007 (après autorisation du juge des tutelles). Quand bien même la rédaction d'un testament – acte unilatéral comme le rappellent Mme Baillon-Wirtz et M. Delfosse⁶⁵⁷ – ou d'une donation – contrat selon les mêmes auteurs – ne relève pas uniquement du majeur sous tutelle, il s'agit d'un pas en avant dans la reconnaissance des compétences car, avant 2007, ces actes étaient impossibles.

300. Emploi et patrimoine. Le patrimoine des personnes handicapées mentales n'est pas figé et peut varier en fonction des revenus de celles-ci. Tous les handicaps ne sont pas des obstacles à l'activité professionnelle et le fait de travailler permet, outre l'intérêt financier, de conserver des liens sociaux et des relations. L'insertion professionnelle des personnes en situation de handicap (Section 2) correspond au volet social essentiel de la santé et est un palliatif certain à la marginalisation de la population handicapée. En fonction du degré

⁶⁵⁷ A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, « *La réforme du droit des majeurs protégés. Loi n°2007-308 du 5 mars 2007* », Litec, coll. Pratique notariale, p 123, n°469

d'altération des facultés mentales et des compétences de la personne, l'orientation se fait soit en milieu ordinaire soit en milieu protégé.

Section 1 : La gestion du patrimoine

Le majeur protégé peut disposer d'un patrimoine plus ou moins important qu'il convient de gérer au mieux en préservant son intérêt. La volonté du législateur de faire intervenir directement le majeur dans la prise de décision est largement empreinte dans la sphère patrimoniale de la protection, notamment en ce qui concerne le logement et les libéralités. Bien que le législateur, en 1968, ait centré la protection sur les biens, des avancées marquantes ont été constatées suite à la réforme du 5 mars 2007. La protection concerne désormais autant la personne elle-même que ses biens mais l'autonomie occupe une part grandissante dans la gestion du patrimoine du majeur protégé. Ce dernier peut librement choisir le lieu de sa résidence (§1) et il dispose d'une liberté accrue en matière de libéralités (§2), plus particulièrement dans la conclusion d'un testament.

§1) Le logement et le choix du lieu de résidence du majeur protégé : une avancée relative

301. Importance du logement. Défini comme un « *immeuble bâti servant à l'habitation principale (ou secondaire) d'une personne ou d'une famille qui l'occupe à titre de propriétaire, de locataire ou d'occupant* »⁶⁵⁸, le logement est entendu largement. Lorsque l'on évoque le mot « logement », on pense nécessairement à la maison ou l'appartement de la personne. Mais il peut aussi s'agir de la chambre pour les personnes qui sont accueillies dans différents types d'établissements (foyers d'accueil, maison de retraite, hôpital...) ⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ G. Cornu, Association Henri-Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, 9^{ème} éd., 2011, p 560.

⁶⁵⁹ La Cour d'appel de Paris avait reconnu, dans un arrêt du 17 mars 1986, que la chambre d'hôpital était un espace privatif. Cette position peut être transposée pour les établissements sociaux et médico-sociaux, à tel point qu'un arrêté du 26 avril 1999 a considéré qu'il s'agissait de la « *transposition du domicile* ».

Le logement du majeur handicapé mental fait, depuis longtemps, l'objet d'une attention particulière de la part du législateur en ce qu'il représente un repère très important pour la personne, et que l'en priver est susceptible d'avoir des conséquences négatives sur son état de santé et son insertion dans la société. Déjà sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968⁶⁶⁰ le logement faisait l'objet d'une protection particulière. L'article 490-2 du C. civ⁶⁶¹. précisait qu'il devait être conservé à la disposition du majeur protégé « *aussi longtemps qu'il est possible* ». Ce n'est donc pas une idée nouvelle ou une innovation du législateur que de penser qu'il est essentiel que le majeur protégé puisse disposer le plus tard possible d'un environnement qui lui soit familier et connu, un lieu où il dispose d'un maximum d'habitudes et de références. Le logement, bien que « *d'abord un bien* »⁶⁶², « *est ce qui le [le majeur] rattache au social, qui maintient son lien dans la société* »⁶⁶³. Cette expression résume parfaitement la situation du logement de la personne protégée et justifie la spécificité qui lui est accordé au fur et à mesure des évolutions législatives depuis le 3 janvier 1968. Certes, le logement n'est juridiquement qu'un bien, mais il dispose, aux yeux de la personne, d'une valeur plus importante par le biais de son caractère familier, connu et certainement rassurant.

Les textes originels, notamment la loi du 3 janvier 1968, se sont principalement intéressés à l'aspect patrimonial de la protection des majeurs dont les facultés intellectuelles sont altérées avant que le législateur n'étende ces préoccupations protectrices en 2007 et ne les recentre sur la personne. Le logement est un repère essentiel pour une majorité de personnes handicapées mentales ce qui justifie l'autonomie décisionnelle dont elles disposent en la matière. Cependant, le libre choix offert au majeur n'est que de façade dans certaines situations, notamment lors de la vente du logement.

⁶⁶⁰ Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des majeurs incapables,

⁶⁶¹ Cet article figurait dans le chapitre 1^{er} du livre onzième intitulé « Dispositions générales », ce qui sous-entend que cet article trouvait à s'appliquer à tout majeur protégé quelle que soit la mesure à laquelle il était soumis.

⁶⁶² Expression de J. Hauser, « Des personnes et des biens : le logement du majeur protégé. Rapport de clôture », *Droit et Patrimoine*, 2011, p 199.

⁶⁶³ L. Pécaut-Rivolier, « La vente d'une partie du mobilier du logement du majeur protégé ne nécessite pas l'avis médical si le majeur reste à son domicile », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, *AJ Fam.* 2010, p 283.

A. L'autonomie décisionnelle en matière de choix de résidence

Si le majeur est libre de choisir le lieu de sa résidence, il convient de se demander ce qu'englobe ce terme et en quoi il diverge du domicile et de logement. Le logement est juridiquement un bien mais il dispose d'un statut particulier puisque la personne handicapée mentale dispose d'une liberté de choix. Il est essentiel de déterminer la qualification juridique exacte de ce bien afin de justifier et d'expliquer l'autonomie dont dispose la personne.

1° La définition de la résidence

302. Large champ d'application. La résidence est entendue de manière plus large que le domicile en ce sens qu'elle correspond à un « *lieu où une personne physique demeure d'une façon assez stable, mais qui peut n'être pas son domicile [...]* »⁶⁶⁴. La distinction avec le domicile trouve une illustration simple dans la résidence secondaire, qui, à la différence du domicile, n'est pas habitée de manière permanente. Le critère de permanence est donc primordial afin de distinguer le domicile et la résidence ; la résidence principale – celle que l'on occupe habituellement – étant très souvent perçue comme le domicile. Le doyen Carbonnier parle de « *présomption simple de permanence* » pour caractériser le domicile. Ce critère d'occupation habituelle et permanente trouve une autre application : il s'agit du cas de certains fonctionnaires qui bénéficient d'un domicile de fonction différent du domicile conjugal. Le domicile présente trois caractéristiques⁶⁶⁵, dont celle de l'unicité⁶⁶⁶, qui empêchent, juridiquement, d'en avoir plusieurs. Il a donc fallu trancher dans ces hypothèses de fonctionnaires ne vivant pas avec leur famille pour des raisons professionnelles. Il s'ensuit que le domicile est celui où vit le fonctionnaire et que sa famille se trouve dans la résidence conjugale.

303. Traitement différent entre le domicile et la résidence ? Bien que la distinction entre domicile et résidence existe en droit français, les textes nouveaux issus de la réforme du 5 mars 2007 leur accordent une protection identique concernant les majeurs protégés. Sous l'empire de la loi de 1968, la protection ne touchait que le logement, c'est-à-dire le domicile

⁶⁶⁴ G. Cornu, Association Henri-Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, 9^{ème} éd., 2011, p 905.

⁶⁶⁵ Outre le fait qu'il doive être unique, le domicile est aussi nécessaire et inviolable.

⁶⁶⁶ « Nul ne peut avoir plus d'un domicile », Cass. req., 1^{er} fév. 1911.

de la personne. En 2007, le législateur a eu une vision plus globale et a fait bénéficier de cette protection particulière la résidence secondaire que possède éventuellement la personne protégée. Par conséquent, en matière de protection du logement des majeurs protégés, le critère d'occupation permanente s'efface et tous les biens immobiliers susceptibles d'être habités entrent dans le champ d'application de l'article 426 C. civ. Pourtant, la situation de la résidence secondaire n'a pas toujours été si claire et la jurisprudence⁶⁶⁷ l'avait jusque-là exclue du champ protecteur.

304. Nécessité d'une résidence. Concernant l'autonomie des personnes en situation de handicap mental, l'avancée principale suite à la réforme de 2007 réside dans la liberté quant au choix du lieu de sa résidence. L'article 459-2 C. civ. le précise explicitement : « *La personne protégée choisit le lieu de sa résidence* ». Cet article fait partie des dispositions nouvelles qui consacrent une part d'autonomie aux majeurs protégés⁶⁶⁸, mais une autonomie plus relative que celle affirmée à l'article 458 C. civ. relatif aux actes nécessitant un consentement strictement personnel qui peuvent par conséquent être exécutés uniquement par le majeur lui-même. Dans ces hypothèses, l'autonomie du majeur est donc absolue, alors que le juge peut, à titre subsidiaire, « *en cas de difficulté* »⁶⁶⁹, intervenir dans le choix de la résidence de la personne. Le majeur n'est pas aussi indépendant et libre dans son choix que pour les actes nécessitant un consentement strictement personnel. Cette relativité dans l'autonomie accordée au majeur protégé s'explique par le fait qu'il est important, voire essentiel, de déterminer une résidence ; important quant à la possibilité d'avoir un toit, mais important aussi pour bénéficier des droits liés à la résidence. La détermination de la résidence a aussi une importance quant à la compétence juridictionnelle, au règlement d'une succession ou au paiement des impôts par exemple.

⁶⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 18 fév. 1981, Rémy JCP N 1981, Nerson RTD Civ. 1982.

⁶⁶⁸ Plus particulièrement aux majeurs sous curatelle et sous tutelle puisque cet article est inclus dans une sous-section 4 intitulée « *Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne* ».

⁶⁶⁹ Article 459-2 al. 3 C. civ.

2° La qualification du logement

305. *Frontières de la notion de logement.* Toutefois, « à l'évidence, autour du logement se jouent bien d'autres considérations que des considérations patrimoniales »⁶⁷⁰. En 2007, la volonté du législateur de recentrer la protection sur la personne de l'incapable a accru la protection du logement en ce sens qu'il n'est pas un bien comme les autres ; la protection s'en est alors trouvée élargie. Outre la résidence secondaire qui a fait l'objet de développements précédemment, entrent désormais dans le champ d'application de l'article 426 C. civ., les objets indispensables aux personnes handicapées ou aux soins qui leur sont prodigués. Ces objets s'ajoutent aux meubles meublants et aux souvenirs personnels dont le sort était déjà prévu par la législation ancienne.

La solution est la même en ce qui concerne les comptes bancaires qui doivent être laissés à la disposition du majeur protégé dès lors qu'ils ont été ouverts à son nom comme le prévoit l'article 427 C. civ.

306. *Statut du logement : un simple bien ?* De manière de plus en plus importante la protection des majeurs s'est élargie et ouverte sur des aspects beaucoup plus personnels ; la protection du seul patrimoine n'est plus prioritaire, la personne même du majeur fait désormais l'objet d'une attention toute particulière. Le logement, de par sa « *nature hybride* »⁶⁷¹, se situe à la frontière des sphères patrimoniale et personnelle et emprunte même des caractéristiques à chacune. Sa dimension patrimoniale a une origine juridique indéniable alors que son aspect personnel est beaucoup plus psychologique au vu de tout ce qu'il peut représenter pour la personne en situation de handicap mental. Comme l'a mentionné le Professeur Hauser, la vision actuelle et récurrente du logement constitue un retour vers l'analyse d'Aubry et Rau qui affirmaient que le patrimoine était une « *émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle* »⁶⁷². Par conséquent, bien qu'il soit clair que le logement fasse partie du patrimoine du majeur protégé, son statut ne peut être assimilé à celui d'un simple bien.

⁶⁷⁰ Cela est très justement précisé par M. Azavant, « Effets généraux (comptes et logements) et effets personnels », *Droit et patrimoine*, 2009, p 180.

⁶⁷¹ M. Azavant, « Effets généraux (comptes et logements) et effets personnels », art. préc.

⁶⁷² Aubry et Rau, « Droit civil français », tome VI, *LGDJ*, 6^{ème} éd., 1951, p 231.

307. *Mutisme quant au statut de l'animal domestique*⁶⁷³. Cependant, la loi est restée une nouvelle fois muette quant au devenir de l'animal domestique, ce qui est regrettable. Toujours considéré comme un bien meuble au sens de l'article 528 C. civ., l'animal domestique ne semble pas bénéficier d'un statut privilégié qui lui accorderait une protection accrue et lui permettrait de se voir appliqué un régime particulier et plus adapté. La classification et la division en différentes catégories permettent d'appliquer le régime juridique le plus approprié à chaque élément en fonction de la catégorie dans laquelle il est classé selon la théorie du Professeur Loiseau rappelée dans son étude relative aux biens⁶⁷⁴.

Protégé par les dispositions du C. pén.⁶⁷⁵ et du C. rural⁶⁷⁶, l'animal domestique ne bénéficie d'aucune disposition similaire au sein du C. civ. malgré les fréquentes demandes et pressions de la part des associations (notamment « 30 millions d'amis ») et de certains auteurs⁶⁷⁷. De plus en plus l'animal est sorti de la catégorie des biens sans toutefois faire partie de la catégorie des personnes. Bien que doté de sentiments et d'une sensibilité, l'animal ne peut être assimilé à une personne. Le problème qui se pose alors est plus large puisque le droit français est majoritairement divisé en deux catégories : les personnes et les biens. En se fondant sur cette classification, les animaux ne peuvent être que des biens, quand bien même ils seraient des biens particuliers.

Le rapport *Antoine* remis au Ministre de la Justice le 10 mai 2005 relatif au régime juridique de l'animal préconise la création d'une nouvelle catégorie. Il s'agit alors de permettre « l'extraction de l'animal du droit des biens sans bouleversement des grandes structures du droit civil »⁶⁷⁸. Il conviendrait alors de faire figurer le terme « animaux » dans l'intitulé du Livre second du C. civ. qui contiendrait en outre un livre entier relatif au traitement juridique des animaux, ce qui est sous-entendu par Madame la Présidente Antoine lors de la rédaction du rapport. Il se verrait ainsi appliquer des règles et des dispositions qui

⁶⁷³ Pour une étude approfondie sur le statut de l'animal, voir J. Ségura, « *Animaux et droit : de la diversité des protections à la recherche d'un statut* », thèse Nancy, 2006.

⁶⁷⁴ J.-Cl. Civil, art.527 à 532.

⁶⁷⁵ Le C. pén. sanctionne la maltraitance commise à l'égard des animaux domestiques par le biais des dispositions de l'article 521-1 C. pén. Le fait de punir l'auteur d'actes cruels ou de sévices graves commis à l'encontre d'un animal domestique démontre qu'il ne s'agit pas de biens meubles ordinaires contre lesquels cette incrimination n'existe pas.

⁶⁷⁶ L'article L214-1 précise que « l'animal étant un être sensible [...] », cette notion de sensibilité reconnue à l'animal le distingue alors clairement de tout autre bien meuble.

⁶⁷⁷ Pour le Professeur Putman, il serait judicieux d'en faire un « bien protégé » qui sortirait de la catégorie des biens. D'autres vont plus loin dans l'analyse et souhaitent, à l'image de Françoise Ringel, créer une catégorie *sui generis* spécifique aux animaux. Le Professeur Marguénaud approfondit cette vision des choses en proposant de donner la personnalité juridique aux animaux en prenant comme modèle celle des personnes morales (« La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, chr., p 205).

⁶⁷⁸ F. Dumont, « L'animal : un être juridiquement en devenir », *Lamy Dr. Civ.* 2006, n°23, p 63.

lui seraient particulières et plus adaptées prenant en compte, outre son statut indéniable de bien, ses sentiments et sa sensibilité – caractéristiques qui le rapprochent de l'être humain –.

L'extension de la protection aux objets personnels aurait pu être plus judicieuse encore si elle avait concerné aussi l'animal domestique qui peut être un repère essentiel pour le bien-être de la personne. Ce rapprochement eut été d'autant plus cohérent que l'article 39 d'un décret du 9 juillet 1991⁶⁷⁹, modifié en 1997, précise explicitement que les animaux, comme les objets de nature personnelle, ne sont pas saisissables. Il s'agit d'un argument supplémentaire qui plaide en faveur d'un statut particulier à donner à l'animal domestique afin qu'il soit protégé au même titre que le logement du majeur protégé. Ceci est d'autant plus vrai que le bien-être des personnes handicapées doit être préservé puisque la santé, au sens de l'OMS, n'est pas seulement l'absence de maladie mais un « *état de bien être total physique, social et mental de la personne* »⁶⁸⁰.

B. Les incohérences soulevées lors de la vente

Le logement, bien que devant être conservé le plus longtemps possible, peut faire l'objet d'une vente ou d'une aliénation. Or, les formalités de cet acte peuvent être critiquées et peuvent être perçues comme contraires au développement de l'autonomie de la personne handicapée mentale. L'autonomie voudrait que le majeur protégé puisse seul décider du sort de son logement ; or, il s'avère que sa marge de manœuvre n'est pas si large. Les critiques touchent très souvent l'intervention du juge des tutelles lors de la vente de l'habitation de la personne et le recours nécessaire à un médecin spécialiste lorsque la décision est prise de placer la personne dans une institution.

⁶⁷⁹ Décret n°91-650 du 9 juil. 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, modifié par le décret n°97-375 du 17 avril 1997 modifiant l'article 39 du décret n°92-755 du 31 juil. 1992 instituant des nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution.

⁶⁸⁰ Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats. 1946; (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n°. 2, p. 100) et entré en vigueur le 7 avril 1948.

1° Une intervention extérieure nécessaire

308. *Acte de disposition et autorisation du juge des tutelles.* La vente d'un bien immobilier constitue un acte de disposition, c'est-à-dire, au sens d'un décret du 22 décembre 2008⁶⁸¹, qu'elle « engage le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou pour l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire ». Cet acte nécessite donc que le tuteur y ait été autorisé par le conseil de famille, s'il a été constitué, ou par le juge des tutelles. C'est justement à ce sujet que naissent de nombreuses interrogations, notamment sur la valeur à donner à cette autorisation du juge des tutelles lors de l'aliénation d'un bien immobilier appartenant au majeur protégé. Le juge des tutelles est sollicité afin de déterminer si cette vente est nécessaire ou dans l'intérêt de la personne, mais son intervention se limite à cela. Par conséquent, la vente, bien qu'autorisée, est toujours susceptible de faire l'objet d'une action fondée sur le trouble mental dans les conditions prévues à l'article 414-1 C. civ. : « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit ». Cette autorisation du juge des tutelles, complément de la volonté du tuteur ou du curatelaire et de son curateur, paraît superflue en ce sens qu'elle n'exclut pas la possibilité d'intenter une action pour trouble mental. Cependant, il convient de nuancer l'efficacité de cette dernière du fait d'un problème probatoire évident consistant à démontrer a posteriori un état mental qui aurait pu nuire à la validité de l'acte. Comme le résume parfaitement le Professeur Hauser, « le juge des tutelles apprécie l'intérêt du majeur mais n'est pas garant de l'intégrité de son consentement au moment de l'acte »⁶⁸².

309. *Inutilité du recours au juge des tutelles.* Cette situation crée naturellement une insécurité juridique relativement à la transaction⁶⁸³ ; les acheteurs n'étant pas à l'abri d'une action en réduction ou en rescision sur le fondement de l'article 414-1 précédemment cité. Les exemples jurisprudentiels démontrent qu'une vente peut être annulée dès lors qu'il existe la preuve qu'au moment de sa conclusion, la personne était atteinte d'un trouble mental. Une vente impliquant une personne handicapée mentale est susceptible d'être annulée plusieurs semaines voire plusieurs mois après s'il est prouvé que le trouble mental existait au moment

⁶⁸¹ 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.

⁶⁸² J. Hauser, « Insanité d'esprit et autorisation du juge des tutelles pour vendre le logement », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, *RTD Civ.* 2011, p 103.

⁶⁸³ D. Martel, *AJ Fam.* 2011, n°1, p 14.

de la conclusion de l'acte ce qui pourrait priver le cocontractant du bénéfice de la vente. Ont ainsi déjà été annulés par exemple des compromis de vente d'un appartement⁶⁸⁴.

Dans cette hypothèse, l'obligation de demander l'autorisation du juge des tutelles nous semble superflue, voire source d'un encombrement – voire d'un « sur-encombrement » – des instances et d'une lourdeur des procédures. Madame Coutant-Lapalus⁶⁸⁵ va plus loin dans l'analyse et opère une distinction judicieuse dans le type d'autorisation accordée par le juge des tutelles en matière de vente du logement d'un majeur protégé. Elle fait la différence entre l'autorisation du juge des tutelles quant à la disposition de son logement dont la nécessité « *apparaît discutable* »⁶⁸⁶ et celle accordée en vue de l'assistance du majeur, souhaitant aliéner son logement, par son curateur. Cette dernière autorisation, au sens de l'auteure, « *paraît opportune* »⁶⁸⁷. Alors que ces deux autorisations existent dans un but commun de protection du majeur, l'une semble effectivement peu utile eu égard à ses effets. Ainsi, la suppression de l'autorisation *a priori* du juge des tutelles concernant la vente du logement du majeur protégé semble judicieuse. Le curateur est censé agir dans l'intérêt du majeur ; or, c'est justement cet intérêt qui doit guider le juge des tutelles lors de sa décision d'aliéner la résidence de la personne.

310. Accroître la liberté du majeur lors de la vente. Par conséquent, l'autonomie dont dispose la personne handicapée dans le choix de sa résidence se trouve restreinte par le recours nécessaire à une personne tierce pour résilier le bail du logement ancien. Même si les textes prévoient que le majeur protégé peut seul choisir le lieu de sa résidence, les moyens mis en œuvre ne lui permettent pas de le faire effectivement et de mener à bien le processus à terme sans l'intervention d'une autre personne. La protection –illusoire – découlant de l'autorisation du juge des tutelles pourrait être écartée ce qui allègerait la procédure et limiterait les restrictions apportées à l'autonomie, déjà relative, du majeur protégé. Il serait judicieux de permettre au majeur, non seulement de choisir seul son lieu de résidence, mais de lui donner les moyens et les outils juridiques pour éviter trop de recours à des personnes

⁶⁸⁴ Voir par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2012, n°11-13154 et Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n°09-13635. A l'inverse, lorsque le trouble n'existait pas au moment où l'acte a été conclu, l'annulation ne sera pas prononcée, voir en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 2009, n°07-19499.

⁶⁸⁵ C. Coutant-Lapalus, « Vente du logement d'un majeur en curatelle. L'autorisation du juge des tutelles », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, *JCP N* 2011, n°3, p 27.

⁶⁸⁶ C. Coutant-Lapalus, « Vente du logement d'un majeur en curatelle. L'autorisation du juge des tutelles », art. préc.

⁶⁸⁷ C. Coutant-Lapalus, « Vente du logement d'un majeur en curatelle. L'autorisation du juge des tutelles », art. préc.

tierces. Dans le champ de l'article 459 C. civ. offrant une autonomie relative, il est nécessaire de limiter les interventions externes et de faciliter les choix de la personne, assistée de son représentant lorsque son intérêt le guide. Sur ce fondement, certains auteurs, à l'image de Mme Pécaut-Rivolier, poussent plus loin l'analyse et la contradiction jusqu'à remettre en cause l'existence de l'autonomie relative prévue aux articles 459 et suivants C. civ. Elle pose clairement le problème par le biais de cette question : « *Comment le majeur peut-il choisir seul son lieu de résidence si, pour mettre fin aux droits qui le lient à l'ancienne et, par conséquent, disposer des ressources nécessaires, il est soumis à des formalités qui dépendent d'autres que lui ?* »⁶⁸⁸. Cette interrogation reflète le souci plus large qui existe en droit des incapacités et qui démontre qu'une trop grande protection de l'individu est parfois néfaste, notamment en ce qui concerne l'exercice de son autonomie. Les différents textes aboutissent même parfois à un enchevêtrement presque illisible et en tout cas nuisible à l'exercice des droits de la personne. C'est ici le cas en ce qui concerne l'articulation délicate entre l'article 426 C. civ. qui prévoit les modalités autour du logement du majeur protégé et l'article 459-1 du même code qui délimite une sphère d'autonomie relative accordée à la personne. Quid du majeur qui vivrait dans un taudis ? Puisque toute personne est libre de choisir son logement et le lieu de sa résidence, il est possible de vouloir rester dans son habitation alors que les conditions ne sont pas favorables. Le dernier alinéa de l'article 426 C. civ.⁶⁸⁹ prévoit des atténuations à la liberté de choix du majeur lorsque son intérêt le commande. Il semble que si le logement est dans un état de salubrité tel que l'intérêt du majeur soit de le quitter, une autorisation du juge des tutelles peut déclencher le processus de vente du logement.

La question peut aussi se poser lors de la vente du logement du majeur protégé pour payer l'institution qui est susceptible d'accueillir la personne ou qui l'accueille déjà, le règlement des frais engendrés peut nécessiter la mise en vente du logement.

⁶⁸⁸ L. Pécaut-Rivolier, « Logement et majeur protégé », *AJ Fam.* 2008, p 384.

⁶⁸⁹ L'alinéa 3 de l'article 426 C. civ. prévoit : « *S'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit disposé des droits relatifs à son logement ou à son mobilier par l'aliénation, la résiliation ou la conclusion d'un bail, l'acte est autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué, sans préjudice des formalités que peut requérir la nature des biens* ». Antérieurement à la réforme du 5 mars 2007, il convenait d'obtenir en plus l'avis du médecin traitant aux termes de l'ancien article 490-2 C. civ.

2° Le passage en institution : une procédure plus lourde

311. *Suppléments de procédure : avis d'un médecin spécialiste.* La vente ou la résiliation du bail du logement du majeur protégé peut être source de critique dans une autre hypothèse : lorsque le majeur quitte son logement pour rejoindre une institution spécialisée. Outre la procédure précédemment décrite, notamment l'autorisation du juge des tutelles, ce cas impose une étape supplémentaire venant alourdir le mécanisme. Il était prévu, sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968, le recours au médecin traitant pour confirmer la nécessité d'intégrer un établissement spécialisé. La réforme du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs rend cette procédure « médicale » avant un placement en structure spécialisée plus lourde puisqu'elle impose l'avis d'un médecin spécialiste inscrit sur la liste du procureur de la République comme c'est le cas lors de l'ouverture d'une mesure de protection aux termes de l'article 431 C. civ. Il n'est toutefois jamais question du paiement du prix de ce recours à un médecin spécialiste, prix fixé à 160 euros lors de l'ouverture d'une mesure⁶⁹⁰. Il serait exagéré de réclamer une seconde fois cette somme à la personne devant quitter son logement pour rejoindre un établissement d'accueil. De plus il serait intéressant que le médecin spécialiste amené à se prononcer lors de l'ouverture d'une mesure de protection le fasse en même temps concernant la conservation du logement de la personne. Bien qu'il semble inconcevable qu'il puisse se prononcer pour une durée trop importante, les textes pourraient obliger le spécialiste inscrit sur la liste à prévoir, pour une période limitée, si la conservation du logement par la personne handicapée est envisageable et souhaitable. En pratique, nous pouvons penser que le médecin spécialiste se prononce sur la durée de conservation du logement pour la durée pour laquelle la mesure de protection est ouverte.

312. *Renforcer la sécurité juridique.* En se prononçant ainsi, le médecin spécialiste constituerait une sorte de garantie quant à l'état des facultés mentales du majeur ce qui pourrait éviter les trop nombreux recours sur le fondement de l'article 414-1 C. civ. La délivrance du certificat circonstancié suite à l'audition et à un examen approfondi de la personne serait alors un gage de sécurité juridique autour des transactions conclues sur le logement dans un délai raisonnable. Nous éviterions ainsi la remise en cause éventuelle de l'autorisation du juge des tutelles par une action fondée sur le trouble mental de l'individu au moment de l'acte. Pour que l'impact du médecin spécialiste soit plus grand et à plus long

⁶⁹⁰ Ce tarif a été fixé par le décret n°2008-1485 du 22 décembre 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection des majeurs, JO 31 déc. 2008.

terme, un réexamen régulier serait le bienvenu : lors du renouvellement éventuel de la mesure de protection prévu dans le nouveau texte de loi⁶⁹¹, le médecin spécialiste qui avait été sollicité initialement devrait renouveler son avis quant à la conservation du logement par le majeur qu'il auditionne de nouveau. Suite à cette déclaration par le médecin spécialiste pourrait être instaurée une période durant laquelle les facultés mentales seraient considérées comme suffisantes non pas pour conclure les actes en question avec, le cas échéant, recours au curateur ou au tuteur mais en priorité pour des choses moins importantes telles que la gestion de l'argent de poche ou l'utilisation de certains moyens de paiement. Le majeur conserverait ainsi une certaine autonomie proportionnelle à ses compétences et à son intérêt.

§2) Les libéralités et les majeurs protégés

313. *Evolutions quant aux libéralités impliquant des personnes handicapées mentales.* Les libéralités, entendues comme les donations entre vifs et les testaments, ont connu des évolutions positives en matière d'autonomie concernant les personnes en situation de handicap mental. Les législations successives – depuis la loi du 3 janvier 1968 – accordent une liberté grandissante au majeur protégé dans sa faculté à disposer de son patrimoine. Les principales avancées relativement aux libéralités et à l'autonomie laissée aux personnes dont les facultés mentales sont altérées sont récentes puisqu'elles datent d'une loi de 2006⁶⁹² et de la réforme de la protection des majeurs de 2007⁶⁹³. Il convient cependant de nuancer, cette liberté ne pouvant être absolue car « *la quête de l'autonomie ne doit pas sacrifier la protection* »⁶⁹⁴ comme cela est justement souligné par M. Noguéro. Ce sont par conséquent des petites touches d'autonomie qui sont insérées dans les mécanismes de libéralités touchant les majeurs protégés. En outre, les nouveautés législatives en question sont parfois sources de difficultés voire d'incohérences entre certaines dispositions et certains textes.

⁶⁹¹ La loi nouvelle du 5 mars 2007 prévoit en effet que les mesures de protection ne seront prononcées que pour une durée déterminée. L'article 439 C. civ. concerne plus particulièrement la sauvegarde de justice et précise « *qu'elle ne peut excéder un an* », tandis que l'article 441 C. civ. indique les mesures de curatelle et de tutelle ne peuvent « *excéder cinq ans* ».

⁶⁹² Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF 24 juin 2006.

⁶⁹³ Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF 7 mars 2007.

⁶⁹⁴ D. Noguéro, « Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés », *LPA*, 5 janv. 2010, n°3, p 5.

Les efforts consentis par le législateur quant à la reconnaissance de l'individu handicapé mental et de son autonomie se font à divers niveaux : non seulement pour les donations et le testament mais aussi en ce qui concerne le majeur protégé en tant que donateur (ou testateur) et donataire (ou testataire). Toutes les hypothèses sont donc envisagées, l'autonomie des personnes handicapées est favorisée quelle que soit la position de celles-ci dans la relation. La vision a principalement changé en ce qui concerne les majeurs placés sous tutelle qui, contrairement aux autres, disposaient de pouvoirs beaucoup plus restreints quant à la réalisation de donations ou de testaments.

A. Un changement de philosophie par rapport aux libéralités

Traditionnellement, tout testament rédigé postérieurement à l'ouverture d'une mesure de tutelle était frappé de nullité, ce qui traduisait « *la défiance du droit civil à l'égard des libéralités* »⁶⁹⁵. La justification de ce sentiment de crainte et de peur trouve son fondement dans le souhait de protection des majeurs handicapés mentaux, Mme Peterka énonçait de manière judicieuse et vraie que « *l'intention libérale est d'autant plus suspecte qu'elle émane d'une personne dont les facultés personnelles, et notamment intellectuelles, sont diminuées* »⁶⁹⁶. Il est clair que ce sont des personnes dont l'état nécessite une attention toute particulière puisque les abus sont plus fréquents. Si les majeurs protégés disposent d'une autonomie plus grande en la matière, des paradoxes demeurent quant à l'application de certains grands principes.

1° Une autonomie grandissante

314. Tendances nouvelles. L'évolution des mœurs et de la loi a entraîné un revirement et l'adoption d'une nouvelle philosophie par rapport aux libéralités impliquant des majeurs protégés, à tel point que la réforme du 5 mars 2007 constitue l'achèvement du processus de « *libéralisation des libéralités* »⁶⁹⁷ comme l'a indiqué M. Grimaldi. La loi de 2007 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 est l'aboutissement d'une évolution législative rendant le majeur

⁶⁹⁵ I. Maria, « La capacité testamentaire : une aptitude quasi-absolue ? », *Dr. Fam.* n°2, février 2010, comm. 31.

⁶⁹⁶ N. Peterka, « Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007 », *Dr. Fam.* 2007, étude 20.

⁶⁹⁷ M. Grimaldi, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 », *D.* 2006 p 2851 et n°5 p 2854.

protégé, notamment sous tutelle, nettement plus autonome dans le domaine des libéralités. Ainsi, celles-ci ne sont plus sources de crainte mais deviennent au contraire « *des outils de solidarité familiale et [...] de protection de l'héritier vulnérable* »⁶⁹⁸. Il est alors intéressant de rechercher les causes de cette inversion de la tendance, mais aussi de mettre en avant des incohérences survenues suite à cette nouvelle vision des libéralités.

315. Démarche autonomiste progressive. D'abord nul de droit lorsque rédigé après l'ouverture d'une mesure de tutelle⁶⁹⁹, le testament voit progressivement l'étau qui l'entoure se desserrer. Les avancées marquantes proviennent de deux lois récentes, de 2006 et de 2007. Pour la doctrine dominante⁷⁰⁰, le testament a toujours été considéré comme un acte à caractère personnel, voire strictement personnel. Pourtant, si la capacité de tester a toujours été reconnue aux majeurs dont les facultés mentales sont altérées, le cas des majeurs sous tutelle a été récemment amélioré. Le principe initial de nullité du testament rédigé par un majeur sous tutelle a peu à peu été abandonné pour favoriser l'autonomie des majeurs lors de la rédaction d'un tel acte. En 2006, le législateur avait déjà entamé la démarche autonomiste puisque, sous conditions, il avait permis au majeur sous tutelle de faire un testament valable. Ces conditions résident dans l'intervention de personnes tierces, à savoir le conseil de famille – ou le juge des tutelles – et le tuteur dans un rôle inhabituel. En effet, le majeur sous tutelle a alors la possibilité de rédiger un testament s'il est assisté par le tuteur et après avoir obtenu l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille. Le majeur sous tutelle peut donc valablement tester sous réserve des deux conditions précédemment citées. Il ne peut, seul, tester ; mais tout testament rédigé par un majeur sous tutelle ne fait plus systématiquement l'objet de nullité.

⁶⁹⁸ N. Peterka, « Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007 », art. préc.

⁶⁹⁹ Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968, l'article 504 C. civ. le prévoyait expressément : « *le testament fait après ouverture de la tutelle sera nul de droit* ». Selon M. Lemouland, il ne s'agissait que d'une application particulière du principe énoncé à l'article 502 C. civ. indiquant que tous les actes passés postérieurement à l'entrée en vigueur de la mesure de tutelle étaient nuls de droit (J.-J. Lemouland, « Le testament de l'incapable dans la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* n°11, nov. 2006, étude 48).

⁷⁰⁰ J.-J. Lemouland, « Le testament de l'incapable dans la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* n°11, nov. 2006, étude 48 (« *caractère essentiellement personnel et révocable* »), J. Massip, « Recours contre une décision autorisant un majeur sous tutelle à faire un testament en la forme authentique », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, *Defrénois*, 30 nov. 2001, n°22, p 1358 (« *acte éminemment personnel* »), N. Peterka, « Bref aperçu de la transmission volontaire de patrimoine à l'aune de la réforme de la protection juridique des majeurs », *Gaz. Pal.*, 18 déc. 2007, n°352, p 5, J. Massip, « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2009, p 437 (« *le testament revêt un caractère strictement personnel* »).

316. Simplification de l'accès au testament et rapprochement des actes éminemment personnels. La réforme du 5 mars 2007 apporte des modifications essentielles relativement à l'autonomie des majeurs en tutelle dans la rédaction de testament, le rapprochant ainsi de la qualification d'acte strictement personnel qui lui est reconnue de manière constante. Les dispositions textuelles prévoient, à compter du 1^{er} janvier 2009, que le majeur handicapé mental n'a plus besoin de recourir à son tuteur. L'unique condition qui subsiste pour la rédaction valable d'un testament par un majeur sous tutelle est celle de l'autorisation donnée préalablement par le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué. Dès lors, le testament se rapproche indéniablement des actes listés à l'article 458 C. civ. dont la réalisation implique nécessairement et uniquement le consentement du majeur. La question se pose alors de savoir pourquoi le testament n'a pas été explicitement prévu parmi ces actes par le législateur en 2007 sachant que son caractère purement personnel était depuis longtemps reconnu et mis en avant par la doctrine. Le testament fonctionne, depuis l'entrée en vigueur de la réforme de 2007, sur le même modèle que les actes strictement personnels de l'article 458 C. civ., à savoir qu'il ne peut faire l'objet ni d'assistance ni de représentation.

Cependant, il nous semble peu judicieux de faire de ces actes une catégorie à part, qui plus est avec une terminologie mal adaptée comme cela sera présenté lors d'un développement ultérieur⁷⁰¹. Comme peut légitimement se poser la question avec les actes médicaux, les évolutions législatives contemporaines déplacent le questionnement vers le testament. La liste de l'article 458 C. civ. concerne plus spécialement des actes relatifs à l'état de la personne, mais des actes susceptibles d'entrer dans cette catégorie sont par le fait écartés. Le Professeur Guével⁷⁰² a mis en avant une distinction importante en soulignant les actes purement personnels qui n'ont aucune incidence sur les tiers. C'est, nous semble-t-il, le cas des actes médicaux et des testaments où seul le patrimoine du testateur est modifié.

Cet allègement dans les conditions qui encadrent la réalisation d'un testament par un majeur sous tutelle permet d'en finir avec l'hypocrisie du caractère strictement personnel caractérisant le testament. Comment affirmer que le testament est un acte personnel alors qu'il était d'abord interdit puis ouvert mais sous condition d'assistance ? L'autonomie croissante apportée au majeur en tutelle par le biais des lois de 2006 puis 2007 dans la réalisation d'un

⁷⁰¹ Cf. *infra*. n°399 et n°400.

⁷⁰² D.Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA*, 4 nov. 2010, n°220, p 30.

testament met en avant son caractère personnel et « *gomme l'injure faite au caractère éminemment personnel du testament* »⁷⁰³.

317. Révocation du testament. En supprimant la condition d'assistance pour les majeurs sous tutelle, le législateur rapproche la réalisation du testament de sa révocation, celle-ci ayant toujours été libre comme le précise l'alinéa 3 de l'article 476 C. civ. Cet alinéa ne fait aucune distinction selon que le testament a été conclu avant ou après l'ouverture de la mesure de protection. Se pose alors la question du parallélisme des formes qui, dans cette hypothèse, n'est pas respecté. Bien que nous tendions progressivement vers une autonomie absolue du majeur protégé en matière testamentaire, subsiste encore l'autorisation préalable du conseil de famille afin que le testament soit valablement constitué. Plusieurs solutions ont alors été proposées, parmi lesquelles la conclusion d'un acte authentique ce qui permettrait au majeur de l'accomplir seul devant notaire ou encore « *d'accorder l'exercice de la révocation au tuteur muni de l'autorisation du juge des tutelles quand le majeur est dans l'impossibilité absolue d'agir* »⁷⁰⁴. Selon cette théorie serait donc préconisé un exercice, certes subsidiaire, de la révocation du testament au profit du tuteur.

318. Généralités quant aux donations. A l'image de la matière testamentaire, les avancées relatives aux donations des majeurs protégés se sont faites progressivement et de manière récente pour les plus marquantes. La loi du 3 janvier 1968 (article 505 anc. C. civ.) permettait au tuteur de faire des donations au nom du majeur mais seulement avec une autorisation préalable du conseil de famille. En outre, le nombre de donataires était restreint puisqu'il ne pouvait s'agir que des descendants ou du conjoint. Dans ce cadre déjà restrictif, s'ajoutait une condition supplémentaire pour le cas où la donation avait lieu en faveur des descendants : elle se faisait alors en avancement de part successorale. Sous l'empire de cette législation de 1968, le consentement personnel de l'intéressé est inexistant et n'a pas à être demandé.

Des étapes ont été franchies dans la quête d'une autonomie plus grande avec les lois de 2006 et 2007 précédemment citées dans l'hypothèse du testament. Il convient tout de même de distinguer selon la mesure dont fait l'objet le majeur en question, les règles n'étant pas identiques en curatelle et en tutelle.

⁷⁰³ Expression de N. Peterka, « Bref aperçu de la transmission volontaire de patrimoine à l'aune de la réforme de la protection juridique des majeurs », *Gaz. Pal.* n°352, 18 déc. 2007, p 5.

⁷⁰⁴ N. Peterka, « Bref aperçu de la transmission volontaire de patrimoine à l'aune de la réforme de la protection juridique des majeurs », art. préc.

319. Donations et curatelle. En ce qui concerne d'abord le majeur en curatelle, il n'y a que peu à dire si ce n'est que l'assistance du curateur est indispensable comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article 470 C. civ.⁷⁰⁵. L'autonomie est par conséquent réduite par rapport au testament ce qui peut logiquement s'expliquer par les influences néfastes dont peut être l'objet le majeur en curatelle mais aussi par le fait qu'il s'agit d'un acte grave concernant le patrimoine. En outre, la loi de 2007 est venue limiter très sérieusement la faculté d'effectuer une donation en faveur du curateur. En 1968, le législateur n'avait rien prévu à ce sujet ce qui sous entendait évidemment que ce type de donation n'était pas interdit bien que « *suspect* » comme l'a souligné M. Raoul-Cormeil⁷⁰⁶. Désormais, une « *opposition d'intérêts avec la personne protégée* » est présumée à partir du moment où une donation est faite par l'intéressé en faveur de son curateur⁷⁰⁷. Le sentiment de méfiance l'a emporté sur une autonomie plus grande du majeur protégé qui voit donc restreint le champ des personnes susceptibles de faire l'objet d'une donation.

320. Donations et tutelle. La situation du majeur sous tutelle est différente, mais il dispose, lui aussi, d'une autonomie croissante au fur et à mesure des législations citées à tel point que selon Mme Peterka, « *l'assouplissement des règles relatives à la capacité de disposer à titre gratuit du majeur sous tutelle atteint son apogée avec les donations entre vifs* »⁷⁰⁸. Le majeur sous tutelle s'est vu doté de pouvoirs plus importants en matière de donations. La loi du 23 juin 2006 a tout d'abord ouvert la possibilité à ces personnes d'effectuer une donation à un public plus large que celui initialement prévu – descendants en avancement d'hoirie et conjoint –. Sont depuis potentiellement donataires, outre les catégories précédemment citées, les frères et sœurs du majeur ainsi que leurs descendants (les « *collatéraux privilégiés* » selon Mme Peterka). Cette loi est donc la source d'un élargissement de la population cible des donations d'un majeur en tutelle. Si juridiquement il n'y a pas véritablement de justification, en revanche l'aspect psychologique semble avoir joué un rôle déterminant dans cette

⁷⁰⁵ Cet alinéa indique que « *Elle [la personne en curatelle] ne peut faire de donation qu'avec l'assistance du curateur* ».

⁷⁰⁶ G. Raoul-Cormeil, « Les libéralités consenties à une personne vulnérable ou par elle », *JCP N* n°36, 5 sept. 2008, 1272.

⁷⁰⁷ Alinéa 3 article 470 C. civ. : « *Le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsqu'il est bénéficiaire de la donation* ».

⁷⁰⁸ N. Peterka, « Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007 », *Dr. Fam.* n°5, mai 2007, étude 20.

extension. Mais il demeure le nécessaire recours à l'autorisation préalable du conseil de famille afin que le tuteur puisse faire la donation au nom de l'intéressé.

L'état ne s'est véritablement desserré qu'avec la réforme du 5 mars 2007, c'est à partir de là que le majeur en tutelle a été impliqué de façon plus grande et plus autonome dans le processus de la donation. Les dispositions relatives aux donations effectuées par un majeur en tutelle se trouvent désormais à l'article 476 C. civ. qui étend les facultés de la personne en la matière. L'autonomie du majeur protégé progresse en effet sur plusieurs points suite à la réforme de 2007. Elle concerne tout d'abord les donataires potentiels dont la liste a été largement étendue, plus aucune restriction n'existe à l'heure actuelle⁷⁰⁹. Par exemple les ascendants ou les partenaires pacsés qui étaient exclus jusque-là peuvent bénéficier d'une donation d'un majeur en tutelle.

En outre, la personne ne sera plus systématiquement représentée lors de l'exécution d'un tel acte ; au contraire, la représentation ne devient que subsidiaire. L'implication du tuteur dans la conclusion d'une donation est variable en fonction du degré d'altération des facultés intellectuelles de l'intéressé ; le principe de proportionnalité réaffirmé par le législateur en 2007 guide cette faculté de modulation qui « *permet au juge d'ajuster le rôle du tuteur en fonction de la capacité de discernement de la personne protégée* »⁷¹⁰. Bien qu'il subsiste, comme en matière testamentaire, une obligation d'autorisation de la part du juge des tutelles ou du conseil de famille, le majeur est impliqué directement dans le processus. Si ses facultés le lui permettent, la donation qu'il envisage ne requerra qu'une simple assistance du tuteur⁷¹¹ et le majeur participera à l'acte. Ce dernier ne se retrouve privé de toute capacité d'exercice que lorsque ses facultés sont gravement altérées. A l'image de ce qui a été voulu et institué pour le droit de vote, le principe en matière de donation est renversé : l'autonomie devient le principe et « *la représentation devra être envisagée comme un remède* »⁷¹².

⁷⁰⁹ Le nouvel article 476 C. civ. ne vise plus aucune personne en particulier, plus aucune restriction quant aux donataires n'existe comme cela est souligné par plusieurs auteurs : selon M. Raoul-Cormeil, il peut donner « *sans restriction intuitu personae* » (G. Raoul-Cormeil, « Les libéralités consenties à une personne vulnérable ou par elle », *JCP N* n°36, 5 sept. 2008, 1272), Mme Peterka précise que le texte « *les tolère quelle que soit l'identité du donataire* » (N. Peterka, « Bref aperçu de la transmission volontaire de patrimoine à l'aune de la réforme de la protection juridique des majeurs », *Gaz. Pal.* 18 déc. 2007, n°352, p 5).

⁷¹⁰ N. Peterka, « Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007 », *Dr. Fam.* n°5, mai 2007, étude 20.

⁷¹¹ L'assistance du tuteur est un procédé exceptionnel puisqu'il n'est explicitement prévu que dans le cas des donations, mais le juge des tutelles peut y avoir recours pour d'autres actes qu'il devra viser spécifiquement lors du rendu de sa décision.

⁷¹² G. Raoul-Cormeil, « L'incapable du nouveau droit des libéralités et des successions », *JCP N* n°26, 29 juin 2007, 1202.

321. Atténuations. Toutefois, il convient de relativiser ces avancées d'autonomie en matière de donations puisque des risques nouveaux apparaissent. En élargissant la liste des donataires potentiels, de nouvelles dérives peuvent se produire, de plus nombreuses personnes peuvent tenter d'influencer de manière malveillante le majeur handicapé mental. Les intentions malveillantes pourront être favorisées dans certaines hypothèses comme celle d'un patient Alzheimer avec sa femme de ménage ou une aidante qui viendrait régulièrement chez lui pour éviter un trop grand isolement.

2° Une source de paradoxes dans les principes habituels

322. Incohérence des textes relatifs à la curatelle. La possibilité offerte au majeur sous tutelle de tester de manière pratiquement autonome constitue certes une avancée significative mais elle n'est pas sans poser de problèmes. Le testament tel qu'il est actuellement conçu pour le majeur en tutelle et prévu à l'alinéa 2 de l'article 476 C. civ., c'est-à-dire suite à la seule autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, n'est pas en accord avec les règles relatives à la curatelle. L'article 467 C. civ. pose le principe que l'assistance du curateur est indispensable pour tous les actes qui, en tutelle, nécessitent une autorisation de la part du conseil de famille ou du juge des tutelles⁷¹³. Si nous suivons les dispositions de cet article, le majeur sous curatelle souhaitant conclure un testament devrait être assisté de son curateur. Or, lorsque l'on se reporte au texte de l'article 470 C. civ., on remarque un certain paradoxe avec ce qui vient d'être dit. En effet, aux termes de cet article, « *la personne en curatelle peut librement tester sous réserve des dispositions de l'article 901* ». Par conséquent, le majeur faisant l'objet d'une mesure de curatelle serait libre de tester sauf altération avérée de ses facultés mentales. Pourtant, sous tutelle, l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles est requise ce qui devrait entraîner l'application de l'article 467 C. civ., et donc l'assistance du curateur. Mais ce n'est pas la conception retenue puisqu'il est admis et consacré que le majeur sous curatelle peut valablement tester seul, l'assistance du curateur n'étant requise que dans les hypothèses de donations⁷¹⁴.

⁷¹³ Article 467 C. civ. : « *La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille* ».

⁷¹⁴ L'alinéa 2 de l'article 470 C. civ. le précise de manière explicite : « *Elle [la personne en curatelle] ne peut faire de donation qu'avec l'assistance du curateur* ».

323. Créer une exception testamentaire. Toutefois, il serait totalement incohérent par rapport aux évolutions législatives actuelles et à la volonté d'accroître l'autonomie des personnes en situation de handicap mental d'imposer au majeur en curatelle l'assistance de son curateur alors que le majeur en tutelle en est libéré. Pour mettre fin à cette incohérence qui avait été mise en lumière par M. Lemouland⁷¹⁵, la modification devrait se porter au niveau de l'article 467 C. civ. qui devrait tenir compte de l'exception testamentaire. Il serait alors judicieux d'ajouter explicitement le cas du testament dans le texte – « *sauf en matière testamentaire* » – ou de prévoir une liste plus large d'actes ne remplissant pas ces conditions. En revanche, la suppression de cet article ne peut se justifier sur le fondement de quelques actes, rares, qui sont sources de contradictions. En pratique, il est peu probable d'être confronté à ce genre de problème puisque, pour être valable, un testament olographe⁷¹⁶ doit être entièrement rédigé par le testateur, c'est-à-dire le majeur protégé. En fonction du degré d'altération de ses facultés, la personne ne sera pas toujours à même de mener à bien cette rédaction et devra se tourner vers un notaire et obtenir une autorisation du juge des tutelles qui se veut être le garant de l'intérêt du majeur.

324. Suppression du recours au conseil de famille. La meilleure solution serait, selon nous, d'écarter la nécessaire autorisation du conseil de famille. Celle-ci, outre le fait qu'elle ne soit pas forcément judicieuse, peut s'avérer dangereuse parce que le conseil de famille ne se base pas sur un certificat médical comme cela serait le cas si l'autorisation devait être délivrée par le juge des tutelles⁷¹⁷. L'autorisation est donc délivrée en la simple connaissance de faits, sans s'intéresser réellement à l'état des facultés de la personne. En l'absence d'éléments ou de vérifications médicales, l'autorisation a moins de poids et peut conduire à la réalisation d'actes contraires à l'intérêt du majeur protégé. Pourquoi alors ne pas laisser tomber ce système d'autorisation émanant du conseil de famille et permettre au majeur en tutelle de

⁷¹⁵ J.-J. Lemouland, « Le testament de l'incapable dans la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* n°11, nov. 2006, étude 48.

⁷¹⁶ Le testament olographe est celui qui est le plus répandu et il ne nécessite pas le passage devant un notaire contrairement au testament authentique. Sur le testament olographe, voir par exemple : F. Letellier, « Le testament, expression de la volonté individuelle », *Defrénois*, 15 févr. 2009, n°3, p 319 ; C. Jeanne, « Validité du testament olographe privant le conjoint survivant de sa vocation légale dans la succession de son époux », *Lamy Dr. civ.*, 1^{er} sept. 2008, n°52, p 48 ; P. Delmas Saint-Hilaire et J. Casey, « Testament olographe nul : recopier n'est pas vouloir », *RJPF*, 1^{er} mars 2008, n°3, p 25 ; B. Beignier, « Testament olographe », *Dr. Fam.*, 1^{er} févr. 2008, n°2, p 36 ; B. Beignier, « Forme des testaments : du nécessaire besoin de forme », *Dr. Fam.*, 1^{er} déc. 2007, n°12, p 24.

⁷¹⁷ Voir en ce sens I. Maria, « La capacité testamentaire : une aptitude quasi-absolue ? », *Dr. Fam.* n°2, fév. 2010, comm. 31 et P. Malaurie, « Les successions. Les libéralités », *éd. Defrénois*, 3^{ème} éd. 2008, n°324, p 163.

tester en toute indépendance ? Il pourrait alors être judicieux d'exiger un acte authentique afin d'exercer un contrôle minimum sur l'acte et sur son bien-fondé.

B. La nullité du testament, l'insanité d'esprit et la période suspecte

325. Délimitation délicate de l'insanité d'esprit. Ces avancées en la matière ne rendent donc plus un testament nul de droit à partir du moment où il est effectué par un majeur protégé. Désormais, tout majeur protégé peut valablement rédiger un testament, le seul moyen de l'annuler résidant dans la démonstration de l'insanité d'esprit de l'auteur de l'acte⁷¹⁸. Toutefois, il existe un problème de preuve évident lorsqu'il s'agira de rapporter une altération des facultés mentales existant au moment de l'acte ou qui était notoirement connue. Très rapidement, la jurisprudence va inclure dans cette condition de notoriété la connaissance par l'autre partie du véritable état de l'intéressé⁷¹⁹. Si l'insanité d'esprit est très délicate à prouver a posteriori, elle ne découle pas non plus systématiquement de la mise en place d'une mesure juridique de protection. Par conséquent, la réforme du 5 mars 2007 sur la protection juridique des majeurs a fait de « *l'insanité d'esprit une notion autonome par rapport aux causes légales d'ouverture de régime de protection* »⁷²⁰. L'instauration d'une protection juridique à l'égard d'une personne constitue certes un indice mais n'est plus, en tant que telle, synonyme d'insanité d'esprit au sens d'une annulation d'un acte testamentaire. Le lien n'est donc plus automatiquement fait entre insanité d'esprit et ouverture d'une mesure de protection : il n'est « *qu'une présomption simple d'insanité d'esprit si le testament est daté de l'époque de l'ouverture de la mesure de protection* »⁷²¹.

Il convient donc d'apporter une preuve certaine de l'altération des facultés mentales de l'individu afin de pouvoir annuler le testament litigieux. Une jurisprudence ancienne⁷²² a

⁷¹⁸ L'article 414-1 C. civ. pose le principe général puisqu'il s'applique à tous les actes : « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit [...]* ». Cette règle est reprise de manière plus spécifique à l'article 901 C. civ. en ce qui concerne les libéralités : « *Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit [...]* ».

⁷¹⁹ Cette assimilation de la condition de notoriété à la connaissance par le bénéficiaire découle de la jurisprudence et d'un arrêt de la Cour de cassation de 1983 (Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1983, Bull. civ. 1983, I, n°282). Ceci a été repris par le législateur et intégré au texte de l'article 464 C. civ. qui précise de manière explicite que « *[...] l'altération de ses facultés personnelles était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés [...]* ».

⁷²⁰ T. Fossier, « Donation et testament du majeur en curatelle », note sous CA Douai 19 mai 2008, *Dr. Fam.* n°2, fév. 2009, comm.19.

⁷²¹ G. Raoul-Cormeil, « L'incapable du nouveau droit des libéralités et des successions », *JCP N* n°26, 29 juin 2007, 1202.

⁷²² Cass. civ. 4 fév. 1941, *Dr. adm.* 1941, p 113.

précisé ce que recouvre exactement l'insanité d'esprit : selon la Cour de cassation, toutes les affections mentales ayant un impact négatif sur l'intelligence ou le discernement du disposant. Deux problèmes surviennent par rapport à l'insanité d'esprit et à l'annulation des testaments faits par les majeurs protégés : la preuve, nous l'avons déjà évoquée, mais aussi les personnes titulaires de l'action en nullité.

326. Preuve difficilement rapportable. Il est toujours délicat de rapporter la preuve d'un acte antérieur, plus encore lorsqu'il s'agit de démontrer une éventuelle altération des facultés mentales. L'ouverture d'une mesure de protection constitue un indice mais ne suffit pas – plus – à elle seule à entacher un acte de nullité. L'obligation de conclure un acte authentique permettrait une certaine garantie quant à l'état de la personne. Le notaire, bien que ne bénéficiant pas de toutes les connaissances nécessaires, constituerait un premier maillon dans le contrôle des facultés mentales du testateur. La preuve de l'altération des facultés mentales doit, en outre, être apportée médicalement quand bien même il ne soit pas évident de rapporter une preuve d'un état antérieur.

327. Période suspecte : aide à la preuve. Cependant, des procédés ont été mis en place afin de faciliter la démonstration de cet état fragile du testateur ; il s'agit plus particulièrement de l'instauration de la période suspecte à l'image de ce qui existe déjà dans les procédures collectives.

Déjà utilisée avant la réforme de 2007, cette période a malgré tout été réduite à cette occasion, l'article 464 C. civ. prévoyant désormais une durée de deux ans. Ainsi, les actes conclus dans les deux années qui précèdent la mise en œuvre d'une mesure de protection, quelle qu'elle soit, peuvent faire l'objet d'une remise en cause. Mais, l'annulation de l'acte litigieux n'est là encore pas systématique. Les dispositions issues de la loi du 5 mars 2007 prévoient en priorité une réduction de l'acte en cause lorsque la diminution des facultés intellectuelles est prouvée et avant l'écoulement d'un délai de 5 ans suivant l'ouverture de la mesure de protection. La nullité ne peut être demandée que de manière plus subsidiaire et la condition essentielle pour qu'une action en nullité soit ouverte est l'existence d'un préjudice pour la personne protégée. Dans un souci de protection de la personne protégée et de ses intérêts, les actes effectués au cours de la période suspecte peuvent faire l'objet d'une action en réduction ou en nullité dans les hypothèses de préjudice subi par la personne handicapée.

Mme Maria relève justement que « *l'article 464 sera souvent un bon moyen de remettre en cause des libéralités souscrites avant le placement sous un régime de protection* »⁷²³, mais il ne faut pas tomber dans l'abus et garder en tête que « *cette rétroactivité doit, comme toute rétroactivité, rester exceptionnelle* »⁷²⁴. Le législateur, en 2007, a étendu l'utilisation et l'application de la période suspecte aux majeurs placés sous curatelle.

328. Insécurité juridique heureusement réduite. L'existence de la période suspecte est importante et bénéfique pour la protection des majeurs dont les facultés sont altérées et parfois aussi des bénéficiaires. Toutefois, comme tout procédé rétroactif, elle pose le problème de la sécurité juridique car il y a un risque de remise en cause d'un acte dont les effets sont actuels.

329. Titulaires de l'action. Les juges ont souvent été amenés à se positionner sur des demandes concernant la validité du testament d'une personne dont les facultés mentales ont été altérées. En la matière, le principe général est posé à l'article 414-2 C. civ. qui affirme que l'action en nullité ne peut être engagée que par l'intéressé de son vivant. Mais si l'acte en cause est un testament, il convient naturellement de songer au cas où l'intéressé serait décédé. L'alinéa deuxième de l'article précédent prévoit le cas du majeur décédé et restreint les facultés d'action des héritiers en les soumettant à des conditions à l'exception des libéralités qui ne font l'objet d'aucune restriction quant à l'exercice d'une action. A la lecture de ces dispositions nous pouvons donc déduire que les héritiers peuvent valablement engager une action contre une libéralité une fois que l'intéressé est mort ; mort qui devient par conséquent le point de départ de l'action en réduction ou en nullité des héritiers comme le prévoit explicitement l'alinéa 3 *in fine* de l'article 1304 C. civ. Ceci se comprend aisément puisque les testaments ne commencent à produire leurs effets qu'au moment du décès du testateur⁷²⁵. Ce contentieux⁷²⁶ est particulièrement important en volume, les héritiers étant très souvent méfiants quant à la véritable intention testamentaire de leur parent protégé décédé.

⁷²³ I. Maria, « La capacité testamentaire : une aptitude quasi-absolue ? », *Dr. Fam.* n°2, fév. 2010, comm. 31.

⁷²⁴ J. Hauser, « Testament et période suspecte. Des conditions de l'application de l'article 503 et du consentement dans les testaments », *RTD Civ* 2006, p 89.

⁷²⁵ Ceci a été rappelé par les juges de la CA de Douai le 19 mai 2008.

⁷²⁶ Voir par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, n°09-68276, Bull. 2010, I, n°229 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2010, n°08-14002 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n°02-13107, Bull. 2004, I, n°198, p 164.

Section 2 : L'insertion professionnelle du majeur protégé

330. Respect du droit au travail. Les personnes handicapées – altération des facultés psychiques, physiques, mentales et/ou cognitives – doivent avoir accès à l'emploi. Au même titre que les valides, elles disposent d'un droit au travail leur permettant en principe de s'épanouir dans leur vie sociale. Les possibilités ouvertes aux personnes en situation de handicap concernant l'emploi sont doubles : le milieu ordinaire ou le milieu dit protégé. Selon le milieu vers lequel le majeur sera orienté, les dispositions juridiques applicables différeront et il ne bénéficiera donc pas des mêmes mesures. En matière de travail des personnes handicapées, la loi du 11 février 2005⁷²⁷ a permis, outre la confirmation de l'état antérieur, de clarifier les positions et d'accroître le nombre de dispositions favorables aux parties les plus vulnérables. Les procédés de discrimination positive⁷²⁸ instaurés prennent alors tout leur sens en ce qu'ils sont censés permettre de rétablir l'équilibre rompu du fait du handicap. La discrimination positive, entendue comme le « *traitement préférentiel réservé à des catégories de citoyens défavorisées par mesure de compensation moyennant la rupture de l'égalité juridique* »⁷²⁹, est un moyen de compensation du handicap dans certains domaines tels que le milieu du travail.

331. Importance de la dimension sociale dans la santé. En 1946, l'Organisation Mondiale de la Santé définit la santé comme « *un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* »⁷³⁰. Dès lors, la santé ne se définit plus seulement par opposition à la maladie, elle correspond à un bien-être total. Or, celui-ci a un volet social dont l'épanouissement nécessite une insertion sociale réussie et stable. Cette dimension sociale de la santé occupe une place très importante, l'emploi devient

⁷²⁷ Loi n°2005-102 du 11 fév. 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JO 12 fév. 2005.

⁷²⁸ Relativement à la discrimination positive, voir par exemple : M. Borgetto et J. Damon, « Genre et protection sociale », *RDSS*, 1^{er} nov. 2009, n°6, p 989 ; D. Tharaud, « Les discriminations positives ou la figure triangulaire de la proportionnalité », *RTDH*, 1^{er} juill. 2008, n°75, p 743 ; C. Geslot, « Egalité devant la loi sociale et discriminations positives », *AJDA*, 23 oct. 2006, n°35, p 1961 ; J. Grangé, « Discrimination positive et expériences récentes », *Semaine sociale Lamy*, 10 avr. 2006, n°1256, p 45 ; F. Abikhzer, « La discrimination positive en France : un concept mort-né ? L'avenir juridique d'une conception identitaire », *Revue de la recherche juridique*, 1^{er} oct. 2005, p 2081 ; A. Triomphe, « La compensation du handicap dans la loi du 11 février 2005 : du mythe à la réalité », *RDSS*, 1^{er} mai 2005, n°3, p 371.

⁷²⁹ G. Cornu, Association Henri-Capitant, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 8^{ème} éd., 2008, p 315.

⁷³⁰ Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946 ; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats et entré en vigueur le 7 avril 1948

alors un outil essentiel de la bonne santé des personnes. Bien qu'il s'agisse d'un élément très important de la santé, le travail constitue en outre « *une condition essentielle de leur [les personnes handicapées] intégration sociale* »⁷³¹. Pour de nombreux philosophes, parmi lesquels Hannah Arendt, cette idée d'intégration sociale est plus profonde : elle permettrait de reconnaître à la personne handicapée une certaine dignité⁷³² en évitant la marginalisation et de créer un tissu relationnel ne pouvant être que bénéfique⁷³³. Cette position qui place l'intégration sociale comme un rempart à l'exclusion découle d'un changement de vision de la personne handicapée dans son rapport avec le travail (§1). Ce changement a permis de mettre en place des outils plus élaborés pour favoriser l'emploi de cette catégorie de personnes (§2).

§1) La prise en compte de la personne handicapée dans le monde du travail

Le monde du travail doit permettre à la personne en situation de handicap de s'épanouir et de continuer à entretenir des contacts et des relations avec l'extérieur afin d'éviter une exclusion certaine. La position selon laquelle handicap rime forcément avec inaptitude à l'emploi doit être combattue et c'est ce que s'efforce de faire le législateur au gré des dispositions qu'il modifie. Désormais le handicap n'est plus un obstacle à l'exercice d'une profession, la personne handicapée dispose d'un droit au travail au même titre que les autres quand bien même des adaptations peuvent être faites. En outre, la terminologie a changé et ceci démontre que le législateur a une philosophie plus positive à l'égard de l'emploi des personnes handicapées. Cependant, il convient de nuancer puisque des points noirs subsistent, notamment en ce qui concerne le nombre croissant de possibilités de dérogations offertes aux employeurs pour éviter d'intégrer des travailleurs handicapés dans leurs équipes.

⁷³¹ M. Borgetto, « Handicap et aptitude à l'emploi », *RDSS* 2011, p 789.

⁷³² Cette notion fait suite aux atrocités commises durant le second conflit mondial ce qui a provoqué la reconnaissance de la dignité dans le droit international. La consécration se fait par le biais de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 dont les articles 1^{er}, 22 et 23 traitent expressément de la dignité humaine.

⁷³³ M. P. Pédrot indique à raison que « *le travail est vecteur d'identité, de participation à la vie sociale et à la reconnaissance d'autrui* », « Handicap, aptitude à l'emploi et vulnérabilité », *RDSS* 2011, p 791.

A. La place du handicap dans le droit au travail

Le handicap fait, depuis le début du XX^{ème} siècle, l'objet d'une attention particulière dans le monde du travail. Mais il convient d'apporter des nuances à cette affirmation puisqu'initialement les règles ne concernaient que les personnes handicapées physiques. La préoccupation de l'emploi des personnes atteintes d'un autre handicap est beaucoup plus récente et cette différence se ressent encore aujourd'hui dans l'emploi. S'il est indispensable de faire un panorama de l'évolution du handicap dans le monde du travail, il conviendra aussi d'analyser l'emploi des personnes handicapées dans le secteur public qui doit être une référence.

1° L'évolution historique du droit au travail pour les personnes handicapées

332. Génèse. L'idée du travail des personnes handicapées n'a pas attendu la Seconde Guerre Mondiale et la consécration de la notion de dignité humaine ou la définition de l'OMS pour germer dans les politiques. Les premiers pas remontent au début du 20^{ème} siècle, à la suite du conflit de 1914-1918, lorsqu'ont été créés des emplois réservés pour les blessés et mutilés de guerre. Il s'agissait en fait de la mise en place d'une « *politique de discrimination positive traduisant la solidarité de la nation envers ceux qui se sont sacrifiés pour elle* »⁷³⁴. Bien que cela concerne en premier lieu les handicaps physiques, cette mesure indique une volonté de compenser la diminution des capacités de travail causée par un handicap. Cette volonté va s'afficher de plus en plus clairement au fur et à mesure des évolutions législatives, à tel point que 2005 marque le véritable point d'orgue du changement de vision quant à la personne handicapée désormais perçue comme une personne à part entière.

Plusieurs auteurs relèvent cette nouvelle approche du handicap et de la personne handicapée ; ainsi, M. Pédrot souligne très justement que « *le regard sur le handicap a changé en appréhendant la personne handicapée de façon plus large, avec son corps, sa fragilité, sa vulnérabilité, ses capacités de résilience* »⁷³⁵ et M. Borgetto note aussi clairement ce changement de perception car « *la personne handicapée doit être conçue non plus seulement comme un objet de soins mais aussi et surtout comme un sujet de droit* »⁷³⁶. Entre

⁷³⁴ J-M. Lattes, « Le travail de la personne handicapée », *Lamy Dr. civ.* 2010, n°73.

⁷³⁵ P. Pédrot, « Handicap, aptitude à l'emploi et vulnérabilité », art. préc.

⁷³⁶ M. Borgetto, « Handicap et aptitude à l'emploi », art. préc.

le point de départ caractérisé par la reconnaissance du service de la nation de la part des mutilés de guerre à la prise en considération de la personne handicapée dans sa dimension personnelle et apte au travail, plusieurs étapes importantes sont à souligner.

333. Naissance des COTOREP. L'apparition de la Sécurité Sociale en 1945⁷³⁷ ne tranche pas avec la politique antérieure sur l'invalidité dont le degré est notamment évalué en fonction de la capacité de travail restante. Le lien entre le handicap et le travail se renforce et la mise en place, en 1957⁷³⁸, d'une priorité d'embauche pour les travailleurs handicapés constitue le fondement de la politique actuelle de discrimination positive concernant l'emploi des personnes en situation de handicap. Cependant, les objectifs (trop ?) élevés⁷³⁹ fixés par cette loi force le législateur à intervenir en 1975. Ainsi, la loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées fait de l'intégration sociale des personnes handicapées une priorité, les commissions techniques d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) constituant l'outil choisi alors pour y parvenir, « *la clef de voûte du nouveau système* »⁷⁴⁰.

Ces organes ont une importance essentielle dans l'emploi des personnes handicapées puisqu'ils évaluent les besoins des travailleurs et les orientent de la manière la plus adaptée et personnalisée possible après avoir éventuellement proposé des formations⁷⁴¹. Conscient des particularités dans la branche de l'emploi des personnes handicapées, le législateur préconise une utilisation et un traitement spécifique par la COTOREP qui se veut un véritable relais entre le travailleur et le monde professionnel. La preuve du bon fonctionnement et de l'intérêt de ces commissions réside dans leur longévité puisqu'elles ne céderont leur place que le 1^{er} janvier 2006, date d'entrée en vigueur de la loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des chances.

334. Apports de la législation de 2005. Entre temps, les dispositions législatives ont été modifiées et adaptées afin que l'insertion professionnelle des personnes handicapées devienne une réalité. La loi du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés⁷⁴² en

⁷³⁷ Ord. n°45-2250 du 4 oct. 1945 instituant la Sécurité Sociale, JO 6 oct. 1945.

⁷³⁸ Loi n°57-1223 du 23 nov. 1957 sur le reclassement professionnel des travailleurs handicapés, JO 24 nov. 1957.

⁷³⁹ L'objectif clairement affiché par le législateur à l'époque était que 10% de l'effectif des entreprises d'au moins 10 salariés correspondent à des emplois occupés par des travailleurs handicapés.

⁷⁴⁰ J-M. Lattes, « Le travail de la personne handicapée », art. préc.

⁷⁴¹ Les formations feront l'objet d'un développement ultérieur, cf. *infra*. n°357 s.

⁷⁴² Loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, JO 12 juillet 1987.

est une bonne illustration car elle aménage une nouvelle obligation d'emploi, un nouveau quota. Face au manque de réalisme du chiffre de 10% évoqué en 1957, le législateur décide en 1987 de le ramener à 6% et de viser uniquement les entreprises qui embauchent plus de 20 salariés⁷⁴³. La discrimination positive prend alors tout son sens en ce qu'elle impose aux employeurs de prendre en considération les travailleurs handicapés⁷⁴⁴. En 2005, le législateur a permis de clarifier la situation quant au point de savoir quels travailleurs sont particulièrement visés par cette discrimination positive à l'embauche. Aux termes de la loi, « *trois catégories de travailleurs sont concernées : ceux dont l'état de travailleurs handicapés a été retenu, les personnes titulaires de la carte d'invalidité, les bénéficiaires de l'allocation aux adultes handicapés* »⁷⁴⁵. Le handicap s'entend donc de manière large et ne regroupe pas seulement les personnes dont la qualité de travailleur handicapé est reconnue par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (ou la COTOREP avant le 1^{er} janvier 2006).

Cette loi nouvelle a également permis d'éclaircir le contour de l'effectif de 20 salariés à prendre en compte afin de savoir si le quota de 6% est ou non applicable. Si certains travailleurs étaient exclus de l'effectif avant l'entrée en vigueur des dispositions de la loi de 2005⁷⁴⁶, la notion d'effectif total correspond désormais à l'ensemble des salariés de l'entreprise sans exception, qu'ils soient à mi-temps, stagiaires ou intérimaires.

Enfin, la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des chances a consacré le droit à la compensation et prévoit que « toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de la citoyenneté ». Il convient alors de se demander si le travail est ou non reconnu en tant que droit fondamental afin de savoir si l'Etat doit prendre les mesures nécessaires à la facilitation de son accès. Les auteurs s'accordent à donner une réponse positive, « le travail étant désormais considéré comme un droit fondamental pour les

⁷⁴³ Quota toujours en vigueur à l'heure actuelle comme le prévoit l'article L5212-2 C. trav. : « *Tout employeur emploie, dans la proportion de 6 % de l'effectif total de ses salariés, à temps plein ou à temps partiel, des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés, mentionnés à l'article L. 5212-13* ».

⁷⁴⁴ Mais des exceptions existent relativement à cette obligation d'embauche, la loi prévoyant des issues de secours en faveur des employeurs qui ne souhaiteraient pas, ou qui ne pourraient pas, employer de personnes handicapées dans leur effectif.

⁷⁴⁵ Y. Dagonne-Labbe, « Fait générateur et l'obligation légale d'emploi des travailleurs handicapés », note sous CAA Marseille, 5^{ème} ch., 13 février 2006, n°03MA00153, *JCP G* n°5, 31 janv. 2007, II 10018.

⁷⁴⁶ Décret n°88-77 du 22 janvier 1988 pris pour l'application de la loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés.

handicapés »⁷⁴⁷. En 2005, le législateur donne une définition précise du handicap mais sans pour autant exclure la dimension sociale et emploi de la vie de ces personnes.

335. *Application du droit au travail aux personnes handicapées : l'employabilité.* Des modifications terminologiques et dans l'acception des mots révèlent la préoccupation croissante du handicap dans le monde de l'emploi et du travail. Le terme « employabilité » d'utilisation récente a été adapté et modelé au phénomène du handicap. Initialement employé pour désigner une « *utilisation optimale de la force de travail* »⁷⁴⁸ où le handicap est totalement rejeté, ce terme est désormais différemment perçu. L'employabilité correspond à « *une stratégie visant à maintenir certaines populations au travail pour éviter leur marginalisation* »⁷⁴⁹. Il y a une adaptation directe au handicap ce qui permet une intégration plus simple des travailleurs handicapés au monde du travail ; l'emploi leur demeurant ouvert au même titre que les travailleurs valides. Par ce changement terminologique dans la définition de l'employabilité, il est clair que l'on a souhaité insister sur l'insertion – ou la réinsertion – de certaines populations dans le monde du travail. C'est la prise en compte de la personne en tant que possesseur de droits qui a abouti à cette nouvelle vision et à cette volonté de rendre une vie sociale aux personnes handicapées en leur offrant la possibilité de travailler. M. Chevallier résume la situation de manière exacte lorsqu'il affirme que « *l'employabilité devient alors la traduction tangible du droit fondamental des handicapés à l'emploi* »⁷⁵⁰.

2° L'emploi, le handicap et le secteur public

336. *Résultats insuffisants.* Malgré le changement de vision par rapport au travail des personnes handicapées et les différents systèmes instaurés par la loi pour favoriser leur accès à l'emploi, les chiffres demeurent relativement mauvais⁷⁵¹. Il convient de préciser que les chiffres dans la fonction publique d'Etat sont loin d'être satisfaisants puisque le nombre de travailleurs handicapés embauchés atteint en moyenne 4%. Pourtant, le droit au travail étant

⁷⁴⁷ J. Chevallier, « Réflexions conclusives sur “Handicap et aptitude à l'emploi” », *RDSS* 2011, p 873.

⁷⁴⁸ J. Le Goff, « Employabilité et handicap », *RDSS* 2011, p 796.

⁷⁴⁹ J. Chevallier, « Réflexions conclusives sur “Handicap et aptitude à l'emploi” », art. préc.

⁷⁵⁰ J. Chevallier, « Réflexions conclusives sur “Handicap et aptitude à l'emploi” », art. préc.

⁷⁵¹ Les travailleurs handicapés connaissent un taux de chômage supérieur aux autres (19,1% contre 9,5% en 2011) et le quota de 6% fixé dans les entreprises de 20 salariés au moins est loin d'être respecté : dans le secteur privé, il n'est que de 3,7% et dans le secteur public il n'atteint que 4%. Nous sommes donc loin des prétentions de 6% de travailleurs handicapés dans les plus grandes entreprises.

un droit reconnu comme fondamental, l'Etat devrait mettre en œuvre les mesures nécessaires afin que chacun puisse en disposer de la manière la plus libre et égalitaire possible. Loin d'être réellement le cas, le juge administratif se montre toutefois prévenant à l'égard des personnes handicapées souhaitant intégrer le secteur public. Il met à la charge de l'administration des obligations dans le but de favoriser l'emploi des travailleurs handicapés : la protection de la dignité de la personne⁷⁵², la protection de l'accès aux emplois du service public en étant beaucoup plus attentif dans le repérage d'éventuelles mesures discriminatoires et l'adaptation de l'environnement de travail (dont une partie majeure réside dans la mise aux normes en matière d'accessibilité comme cela a été développé antérieurement).

M. le Professeur Rihal souligne que « *pour le juge, la fonction publique doit se montrer exemplaire dans l'intégration des personnes handicapées* »⁷⁵³. Si le fond de sa pensée est juste et louable, les chiffres démontrent que le chemin est encore long. Bien que des efforts dans l'aide et la compensation du handicap soient faits par le législateur, l'administration n'est encore que trop peu réceptive au problème de l'emploi des personnes handicapées et à l'accès à l'emploi pour ces personnes.

337. Concours. Le problème s'est posé en amont, notamment lors du passage de concours menant à la fonction publique. Les juges administratifs font donc preuve d'une plus grande vigilance à cet égard comme le démontre l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat en 2009 relativement à l'aide à apporter à un candidat handicapé dans un concours de l'administration sanitaire et sociale⁷⁵⁴. Le respect de l'égalité des chances doit permettre à chacun des candidats aux concours de la fonction publique de participer pleinement aux épreuves, c'est sur ce fondement que le Conseil d'Etat a rendu sa décision ; « *cette aide doit être adaptée au concours et au candidat* »⁷⁵⁵. Les juges administratifs souhaitent donner une dimension réellement profitable aux aides accordées aux personnes handicapées en les rendant les plus efficaces possible. La première marche vers la fonction publique réside dans les concours,

⁷⁵² Le fondement de cette exigence réside dans la jurisprudence relative au lancer de nains « Commune de Morsang-sur-Orge » du Conseil d'Etat en date du 27 octobre 1995. Le Commissaire du gouvernement notait à l'époque que « *une attraction consistant ainsi, en vue de flatter les plus vils instincts, à ravalier au rang d'objet une personne handicapée à raison de son handicap ne nous paraît pas pouvoir trouver sa place dans une société civilisée* » (Lebon 372, concl P. Frydman).

⁷⁵³ H. Rihal, « La conceptualisation du handicap en droit français : l'aptitude à l'emploi à la lumière de la jurisprudence administrative », *RDSS* 2011, p 816.

⁷⁵⁴ Arrêt CE 18 nov. 2009 *M. Wright* : le candidat, déficient visuel, sollicite une assistance, particulièrement pour la lecture des articles dont une synthèse est demandée. Mais le rôle de l'assistant a clairement été défini comme une aide à l'écriture, ce qui n'a pas été d'un grand secours pour le candidat.

⁷⁵⁵ R. Fontier, « Annulation des délibérations d'un jury pour aide inadaptée à un candidat handicapé », *AJFP* 2010, p 130.

ceux-ci doivent aussi respecter le principe d'égalité et les handicaps doivent y être compensés de manière efficiente et efficace. Il est alors légitime de se demander s'il ne serait pas judicieux de réserver des places pour les personnes en situation de handicap lors de ces concours comme cela existe concernant les étudiants étrangers en médecine ou en pharmacie par exemple. Il conviendrait alors de déterminer un quota de places qui reviendraient aux personnes présentant un handicap médicalement reconnu. Le secteur public devant être exemplaire, il s'agirait d'une manière de tendre vers les 6% légaux⁷⁵⁶ en utilisant la discrimination positive.

338. Monde universitaire. A l'image des mesures qui sont susceptibles d'être prises pour les concours de la fonction publique, l'emploi des personnes handicapées peut aussi être facilité au niveau universitaire. Certes la loi de février 2005⁷⁵⁷ prévoit un aménagement physique et matériel des établissements, mais il doit être complété par des mesures d'aide plus personnelles et correspondant aux besoins de chacun des étudiants en éprouvant le besoin. Nous pensons alors plus naturellement aux handicaps physiques ou cognitifs qui concernent la majorité des cas, tous les handicaps sont pourtant explicitement visés dans la loi et ils doivent donc tous faire l'objet de compensation dans le cas où une demande serait faite de la part d'un étudiant. Désormais, les universités devront travailler de concert avec les associations de personnes handicapées mais aussi et surtout avec les maisons départementales pour les personnes handicapées qui deviennent un relais privilégié dans l'action de compensation du handicap dans l'enseignement supérieur.

339. Compensation en secteur privé : les formations. Ce droit à compensation se retrouve aussi dans le secteur privé principalement par le biais des actions de formation. L'accès est en effet ouvert aux travailleurs handicapés d'une entreprise au même titre que tout autre travailleur valide comme le prévoit un décret du 15 avril 1988⁷⁵⁸. De plus, certaines formations sont ouvertes de manière spécifique aux personnes en situation de handicap ou

⁷⁵⁶ L'article L5212-2 C. trav. dispose que : « *Tout employeur emploie, dans la proportion de 6 % de l'effectif total de ses salariés, à temps plein ou à temps partiel, des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés, mentionnés à l'article L. 5212-13* ».

⁷⁵⁷ La loi du 11 février 2005 avait déjà renforcé la responsabilité des universités mais ce texte a été complété par la loi n°2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et aux responsabilités des universités qui donne aux présidents d'universités la charge de veiller personnellement à la bonne application des normes en matière d'accessibilité (matérielle et au niveau des enseignements).

⁷⁵⁸ Décret n°88-368 du 15 avr. 1988 fixant les taux et les montants des rémunérations versées aux stagiaires de formation professionnelle, JO 19 avr. 1988.

reconnues comme des travailleurs handicapés ce qui peut se traduire comme le prolongement de l'existence de discrimination positive à l'embauche par l'intermédiaire des quotas. Il s'agit en réalité de formations avant toute décision définitive d'orientation du travailleur permettant de cerner au plus près le travailleur et de l'aiguiller vers un emploi qui lui corresponde au mieux. Ainsi, ces « *stages de pré-orientation d'une durée de huit à douze semaines* »⁷⁵⁹ sont mis en place dans le but de favoriser l'insertion professionnelle du travailleur handicapé en prenant en compte ses aptitudes et ses capacités et en les confrontant à ses souhaits.

L'accès à ce pré-emploi se fait sur décision de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) qui siège au sein des MDPH aux côtés d'un référent spécialisé dans l'insertion professionnelle des personnes handicapées. Ces commissions ont donc une importance toute particulière en matière de travail et de handicap, notamment en ce qui concerne l'orientation des personnes handicapées souhaitant s'insérer dans le monde professionnel.

B. L'aptitude à l'emploi

340. *Changement terminologique.* La vision actuelle a une connotation nettement plus positive en ce qu'elle met en avant l'aptitude à l'emploi de la personne handicapée, non plus uniquement son incapacité ou son inaptitude. La personne handicapée est désormais perçue comme quelqu'un qui conserve une faculté de travail et qu'il convient de privilégier tant que l'altération de ses facultés ne l'empêche pas complètement d'exercer une profession. La reconnaissance du statut de travailleur handicapé est pourtant source d'un contentieux assez marqué et qui est surtout desservi par un manque d'uniformisation. Évaluée par la CDAPH, cette aptitude à l'emploi peut être contournée par les employeurs qui disposent d'alternatives dans l'emploi de personnes en situation de handicap.

341. *Quelques chiffres.* Le chômage touchant les travailleurs handicapés est un véritable fléau puisque cette catégorie de personnes subit un taux de chômage avoisinant les 20%, soit le double de la population dite valide. Toutefois, en se penchant *a priori* sur les chiffres de l'emploi des travailleurs handicapés, il est possible de se réjouir puisqu'entre 2008 et 2011 le taux d'emploi a augmenté de plus de 29%. Mais pour vérifier la réalité de ce chiffre, il faut

⁷⁵⁹ J-M. Lattes, « Le travail de la personne handicapée », art. préc.

s'intéresser aux évolutions législatives et réglementaires que ce domaine a connues. Beaucoup de choses ont changé en ce qui concerne le décompte des travailleurs handicapés au sein d'une entreprise soumise à l'obligation d'emploi.

Les stagiaires handicapés qui ont été évoqués précédemment sont considérés comme inclus dans l'effectif de l'entreprise dès lors que la durée de leur stage atteint 40 heures. Antérieurement à la loi du 1^{er} décembre 2008 réformant les politiques de l'insertion, la durée minimale du stage afin que le stagiaire soit décompté était de 150 heures. De plus, cette même loi a écarté le critère des six mois de présence au sein de l'entreprise pour le décompte de l'effectif et a simplifié les parts représentant chacun des employés ; les salariés à temps partiel sont désormais inclus dans l'effectif global de l'entreprise. Par conséquent, les conditions pour que les travailleurs handicapés soient incorporés dans le décompte de l'effectif de l'entreprise sont simplifiées ce qui permet d'arriver plus rapidement au quota de 6%.

En outre, l'embauche des personnes en situation de handicap a tendance à se faire de manière de plus en plus précaire, l'usage du CDD ayant plus que doublé depuis 2008⁷⁶⁰ et le recours à des intérimaires se développant de manière significative. En parallèle, le CDI est un contrat de moins en moins utilisé concernant l'embauche de salariés handicapés (44% en 2011, soit un recul de 5% par rapport à 2008) et ils sont conclus plus souvent pour des emplois à temps partiel contrairement aux autres salariés⁷⁶¹. Il est important de faire la différence en fonction du type de handicap du travailleur car « *les trois formes de handicaps, physique, mental et psychique, ne posent pas les mêmes types de problème et n'impliquent pas les mêmes aménagements* » comme le relève l'Observatoire des inégalités dans son rapport « Handicap et accès à l'emploi : efficacité et limites de la discrimination positive » du 13 novembre 2006. Il semble que le handicap psychique soit celui qui fasse le plus peur et qui, par conséquent, ouvre le plus la porte à la discrimination. Si le handicap peut faire penser à un rendement plus faible qu'un travailleur classique, le rapport précédent démontre que « *Les personnes atteintes d'un handicap mental ou psychique subissent une certaine discrimination, en dehors même de toute considération des différences de productivité entre les individus* ». il semble donc que les chiffres soient tronqués et que la tendance soit plutôt à l'emploi des personnes à mobilité réduite, les personnes handicapées mentales ou psychiques faisant l'objet d'un taux d'emploi moindre.

⁷⁶⁰ En 2011, 33% des emplois de travailleurs handicapés se faisaient par le biais de CDD contre seulement 13% en 2008 (chiffres tirés de Dares, Analyses n°081, nov. 2011).

⁷⁶¹ 45% des CDI conclus avec un travailleur handicapé sont des emplois à temps partiel contre seulement 20% pour l'ensemble des embauchés.

Si les chiffres semblent satisfaisants de prime abord, il convient de les relativiser puisque les emplois sont précaires et que les conditions d'accès au décompte de l'effectif ont été passablement simplifiées. L'étude menée par la Dares en novembre 2011 prouve « *qu'à champ législatif comparable, le nombre de nouveaux bénéficiaires aurait baissé de 23,8% par rapport à 2008* ». Les effets de la loi du 1^{er} décembre 2008 ne modifient que les apparences et ne sont pas forcément salutaires pour les personnes handicapées.

La personne handicapée dispose d'un droit au travail et les textes favorisent son insertion dans le monde professionnel mais elle demeure source de contentieux. Ce dernier est actuellement réparti entre les ordres administratifs et judiciaires et peut faire intervenir des juridictions d'exception ce qui nuit gravement à la lisibilité. Alors que les chiffres sont à relativiser, l'instauration de dérogations à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés est une source de contournement des quotas légaux.

1° La personne handicapée et le contentieux relatif à l'aptitude à l'emploi

342. Reconnaissance du statut de travailleur handicapé. Le 1^{er} janvier 2006, date d'entrée en vigueur de la loi de février 2005 relative à l'égalité des chances, correspond au remplacement des COTOREP par les CDAPH qui sont instituées dans chacune des MDPH. Quelques changements ont tout de même été opérés en ce qui concerne l'évaluation des capacités du travailleur. Les COTOREP déterminaient un taux d'incapacité qui influait ensuite sur la décision qui était prise quant à la reconnaissance du statut du travailleur. Or, la problématique s'est déplacée vers un champ plus positif puisque la personne est désormais évaluée en fonction de son « aptitude au travail ». Le code du travail conserve une attache par rapport au taux d'incapacité, il élimine d'office du potentiel champ des travailleurs handicapés ceux dont le taux d'incapacité dépasse 80%. Au sens de l'article L5213-1 C. trav., « *Est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique* » ce qui est susceptible d'englober un nombre important de travailleurs.

La CDAPH est alors chargée de faire une estimation des chances de la personne d'occuper un emploi en priorité sur le marché traditionnel du travail. La question à laquelle les membres

de la commission doivent répondre est celle de savoir si la personne qu'ils auditionnent⁷⁶² est capable d'avoir une activité professionnelle ordinaire. Plusieurs critères sont alors examinés, parmi lesquels la nature de l'emploi, les conditions de travail ou encore l'entreprise d'accueil. C'est au regard de l'état de la personne handicapée et de ces différents critères que la décision sera prise et l'orientation la plus favorable déterminée.

Le statut de travailleur handicapé peut aussi être reconnu à une personne qui a déjà travaillé mais qui a subi un accident de travail la rendant inapte à poursuivre. Initialement salarié « classique », l'accident du travail a pu avoir un impact sur son inaptitude future à continuer sur le même poste. Dès lors que la consolidation des séquelles de l'accident est médicalement prononcée, la personne, après conseil de sa caisse d'assurance maladie pourra se tourner vers la CDAPH qui se penchera sur sa demande de reconnaissance du statut de travailleur handicapé et qui l'orientera vers l'un ou l'autre des secteurs ordinaire ou protégé et dans les démarches à effectuer pour bénéficier des aides.

343. Eclatement préjudiciable du contentieux relatif à l'aptitude à l'emploi. Si la mission des CDAPH semble simple – se prononcer sur la possibilité de travailler et orienter vers le milieu ordinaire ou protégé –, il n'en est rien dans les faits. En effet, cette appréciation est souvent source de conflits et de contentieux dont plusieurs juridictions peuvent avoir connaissance. Outre la traditionnelle séparation des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives⁷⁶³, d'autres, d'exception, sont susceptibles d'être saisies dans le cadre de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé : il s'agit par exemple du tribunal du contentieux de l'incapacité institué depuis une loi du 18 janvier 1994⁷⁶⁴ et compétent pour les litiges concernant l'invalidité ou l'incapacité de travail d'un assuré social. Il peut se prononcer à propos des décisions évaluant les taux d'incapacité faisant suite à un accident du travail ou désignant l'établissement qui recevra le travailleur handicapé. Il est le juge des décisions des commissions de recours amiable et des caisses régionales d'assurance maladie relatives à l'invalidité ou à l'incapacité d'un travailleur. Le président de ce tribunal est un magistrat de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire et c'est le seul professionnel

⁷⁶² Cette audition de la personne ou de son représentant est une obligation légale datant de 2005 et prévue désormais à l'article L241-7 CASF qui parle de « *consultation* » et pas d'audition.

⁷⁶³ T. confl. 14 mars 1988, Préfet de Saône et Loire. L'ordre administratif est compétent en ce qui concerne la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé et l'insertion sociale, professionnelle et scolaire alors que l'ordre judiciaire connaît de ce qui a trait à la délivrance de la carte d'invalidité, aux allocations ou au placement en établissement.

⁷⁶⁴ Loi n°94-43 du 18 janv. 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, JORF 19 janv. 1994.

puisque les deux autres membres sont des représentants des travailleurs salariés, des représentants des employeurs ou des travailleurs indépendants répartis de manière paritaire (un représentant de chaque catégorie)⁷⁶⁵.

344. *Discussion autour de la nature du recours contre les décisions de la CDAPH.* Ces multiples compétences sont évidemment sources de flou et d'alourdissement du contentieux. La loi du 11 février 2005 a en effet été relativement évasive sur ce sujet : elle prévoyait la suppression des commissions départementales des travailleurs handicapés (CDTH), juridictions administratives spécialisées compétentes en matière de recours contre les décisions rendues par les COTOREP. M. le Professeur Rihal résume clairement ce manque de précision lorsqu'il affirme que « *le législateur de 2005 a simplement prévu que les décisions des CDAPH peuvent faire l'objet d'un recours devant la juridiction administrative* »⁷⁶⁶.

Toutefois, ce manque de précision dans les termes et les tournures employés par le législateur sont nuisibles, quid de la nature du recours contre une décision d'une CDAPH ? Recours pour excès de pouvoir ou recours de plein contentieux ? La détermination de cette nature a un impact important sur la procédure ; s'il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir, l'allongement et l'alourdissement seraient conséquents car cela « *impliquerait le renvoi du dossier à la CDAPH pour un réexamen exigeant parfois une nouvelle saisine de l'équipe pluridisciplinaire* »⁷⁶⁷. Le recours pour excès de pouvoir nécessite un nouvel examen des faits ayant mené la CDAPH à se prononcer sur l'orientation future de la personne. Le point positif du recours de plein contentieux réside dans le fait que le tribunal administratif saisi aurait la possibilité de se prononcer sur l'entier litige sans avoir à en référer à la CDAPH. Cela éviterait un aller-retour (superflu) du dossier et donc une perte de temps qui pourrait s'avérer préjudiciable pour la personne en situation de handicap et la reconnaissance de son statut de travailleur handicapé.

Cette question existe de longue date et la jurisprudence s'en est remise à un arrêt du Conseil d'Etat pour clarifier la situation. Dans son arrêt Abderrahmane de 1994, le Conseil d'Etat affirme que la saisine de la CDTH se fait par le biais d'un recours de plein contentieux,

⁷⁶⁵ La composition est prévue à l'article L143-2 CSS dont l'alinéa 2 précise explicitement : « *Les tribunaux du contentieux de l'incapacité comprennent trois membres. Ils se composent d'un président, magistrat honoraire de l'ordre administratif ou judiciaire, d'un assesseur représentant les travailleurs salariés et d'un assesseur représentant les employeurs ou travailleurs indépendants* ».

⁷⁶⁶ H. Rihal, « La triple malchance d'une personne handicapée, victime d'une loi sur l'égalité des chances », *AJDA* 2007, p 2049.

⁷⁶⁷ A. Boujeka, « Le contentieux du handicap réparti entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire », *RDSS* 2007, p 1116.

c'est-à-dire qu'elle devra « *se prononcer elle-même sur la demande de l'intéressé* »⁷⁶⁸. Alors que le problème semblait être réglé, l'apparition de la loi de 2005 et les changements qu'elle a occasionnés – notamment la suppression des CDTH et le renvoi du contentieux aux juridictions administratives de droit commun – ont engendré un nouveau questionnement. Se sont alors installées « *deux démarches diamétralement opposées* »⁷⁶⁹ relativement à la jurisprudence des juridictions administratives. En effet, certains tribunaux, à l'image du TA de Versailles⁷⁷⁰, ont estimé que le législateur, en 2005, avait provoqué une modification de la nature du recours, alors que d'autres, celui de Cergy-Pontoise par exemple, n'ont perçu aucun changement dans la nature du recours⁷⁷¹.

345. Recours de plein contentieux. Les dispositions de la loi du 11 février 2005 qui se voulaient clarificatrices et simplificatrices ont eu un effet contraire, semant le trouble dans les tribunaux administratifs. C'est pourquoi le tribunal administratif de Lyon, lorsqu'il eut à se prononcer sur une affaire en la matière demanda un avis au Conseil d'Etat⁷⁷² afin de tenter d'unifier les visions. Le Conseil d'Etat se prononce alors clairement en faveur du recours de plein contentieux en consacrant la solution qu'il avait donnée en 1994. En se situant ainsi, il indique explicitement que la loi de 2005 sur l'égalité des chances n'est source d'aucun changement quant à la nature du recours exercé en matière de reconnaissance du statut de travailleur handicapé malgré le transfert de compétences auprès des juridictions de droit commun. Le Conseil d'Etat impose alors aux juridictions administratives saisies d'une demande relative à la reconnaissance du statut de travailleur handicapé de donner une réponse claire sur cette décision. Les conclusions de M. Glaser dans cet avis mettent en avant que

⁷⁶⁸ Arrêt CE 4 nov. 1994, Abderrahmane, req. n°144345. Voir à propos de cet arrêt : H. Rihal, « La triple malchance d'une personne handicapée, victime d'une loi sur l'égalité des chances », art. préc. ; F. Kessler, « De la compétence de la commission départementale des travailleurs handicapés, des mutilés de guerre et assimilés comme recours contre une décision d'orientation de la COTOREP », *RDSS*, 1995, p 399.

⁷⁶⁹ A. Boujeka, « Le contentieux du handicap réparti entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire », art. préc.

⁷⁷⁰ TA Versailles 26 sept. 2005, M. X., req. n°0504888. Sur ce jugement voir : O. Couvert-Castéra, « Les conséquences de la suppression des commissions départementales des travailleurs handicapés sur l'office du juge administratif de droit commun », Conclusions sur TA Versailles, 26 sept. 2005, *RDSS*, 2005, p 1038.

⁷⁷¹ TA Cergy-Pontoise 2 févr. 2006, M. Robaglia, req. n°0509246. A l'origine de cette affaire, le requérant, M. Robaglia, est reconnu travailleur handicapé catégorie B, c'est-à-dire avec un taux d'incapacité compris entre 50 et 79%, tandis qu'il estime que son incapacité est supérieure. Sur ce jugement, voir : V. Muller, « La nature du recours contre les décisions des commissions départementales des droits des personnes handicapées », *AJDA*, 2006, p 1798.

⁷⁷² Avis contentieux CE 6 avr. 2007, Douwens Prats, JO n°98 du 26 avr. 2007, p 7469, faisant suite à TA Lyon 4 mai 2006, Douwens Prats, req. n°0503071. M. Douwens Prats contestait son classement en catégorie A par la COTOREP, catégorie qui regroupe les handicaps les moins lourds. Cette classification est aujourd'hui abandonnée.

l'adoption d'une telle mesure oblige le juge « à *mettre définitivement fin au litige plutôt que de contraindre l'intéressé à revenir devant l'administration* ».

Face à un recours de plein contentieux, il incombe donc au juge administratif de vérifier la légalité de la décision contestée mais aussi de se prononcer ensuite sur le statut à retenir afin « *de privilégier le règlement concret des litiges [...] de préférence à l'excès de pouvoir et au renvoi au fond* »⁷⁷³.

346. Favoriser l'ordre administratif. Outre cette question autour de la nature à donner au recours contre une décision relative au statut de travailleur handicapé, il nous semble qu'il existe une solution afin d'unifier le contentieux et de le concentrer légitimement entre les mains du juge administratif. Les CDAPH siègent auprès des MDPH qui sont des groupements d'intérêt public, « *nous sommes donc dans la sphère publique ou para-publique* »⁷⁷⁴. Le droit applicable dans cette hypothèse est naturellement le droit public et les juridictions administratives seraient compétentes. Il serait judicieux de se baser donc sur ce modèle au lieu d'opérer une distinction et une répartition des compétences en fonction des décisions en cause.

La CDAPH se prononce donc sur la qualité de travailleur handicapé reconnue ou non à l'intéressé, le recours possible contre une telle décision est un recours de plein contentieux devant les juridictions administratives. La commission précise en outre, en fonction des capacités potentielles de chacun et de ses souhaits, si la meilleure orientation correspond à un emploi dans le milieu ordinaire ou dans le milieu protégé. Quel que soit le milieu qui sera choisi, le statut de travailleur handicapé accordé par la CDAPH offre le bénéfice de mesures protectrices.

2° Les dérogations offertes aux employeurs

347. Différents moyens de respecter le quota. La volonté affichée par le législateur de favoriser l'emploi des personnes handicapées en milieu ordinaire réside dans l'instauration du quota de 6% à l'égard des entreprises embauchant au moins vingt salariés⁷⁷⁵. Mais parallèlement à la mise en place de ce procédé de discrimination positive, des brèches ont été

⁷⁷³ A. Boujeka, « Le contentieux du handicap réparti entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire », art. préc.

⁷⁷⁴ F. Héas, « Le contentieux de l'inaptitude à l'emploi en cas de handicap », *RDSS* 2011, p 849.

⁷⁷⁵ Articles L5212-1 et s. C. trav.

constituées dans le système en autorisant les employeurs à utiliser des moyens autres que l'emploi direct pour remplir ces exigences légales.

348. Recours à des accords collectifs. Si de prime abord nous pouvons penser que ce quota concerne l'emploi direct⁷⁷⁶ des personnes handicapées dans les entreprises, en réalité de nombreuses voies permettent de remplir cette obligation légale. Si les chiffres prouvent que l'emploi direct constitue la source d'emploi privilégiée des travailleurs handicapés en milieu ordinaire (65% des établissements⁷⁷⁷), d'autres solutions sont de plus en plus envisagées, particulièrement les accords collectifs spécifiques pour l'insertion des travailleurs handicapés.

Cette possibilité d'accords collectifs prévue à l'article L5212-8 C. trav. se traduit par l'instauration au sein de l'entreprise d'un programme d'insertion des personnes handicapées. Ce programme comporte nécessairement « *un plan d'embauche en milieu ordinaire ainsi que deux (au moins) des actions suivantes :*

- *un plan d'insertion et de formation ;*
- *un plan d'adaptation aux mutations technologiques ;*
- *un plan de maintien dans l'entreprise en cas de licenciement. »*⁷⁷⁸

Il s'agit donc d'un plan complet d'insertion des travailleurs handicapés qui comporte non seulement un volet embauche mais aussi un volet maintien dans l'entreprise qui est très important. Effectivement à quoi bon favoriser l'accès à l'emploi sans garantir le maintien dans l'emploi ? Or, ces accords collectifs permettent de concilier les deux aspects pour favoriser au mieux l'insertion professionnelle des personnes handicapées.

349. Sous-traitance. Les entreprises soumises à l'obligation d'emploi peuvent aussi, pour remplir ce quota, utiliser la sous-traitance. Evidemment les contrats de sous-traitance doivent être conclus avec le milieu protégé (centres de distribution de travail à domicile ou ESAT) sachant que cette faculté est limitée à 50% de l'obligation légale totale. La sous-traitance à un ESAT concerne principalement le conditionnement ou le déconditionnement (c'est par exemple le cas de la mise en bouteille du champagne pour certaines caves), de l'entretien des

⁷⁷⁶ L'emploi direct est entendu de manière large puisqu'il s'agit de tout type de contrat : CDI, CDD, apprentissage, professionnalisation, temps plein ou temps partiel...).

⁷⁷⁷ Ils n'étaient que 58% en 2008, et il convient de noter que ce pourcentage varie selon la taille de l'entreprise car seuls 59% des établissements de 20 à 49 salariés emploient directement des travailleurs handicapés contre 82% des entreprises de 100 à 199 salariés. Chiffres tirés de « L'illusion de la progression du taux d'emploi des personnes handicapées », *Sem. Soc. Lamy* 2011, n°1514, p 2.

⁷⁷⁸ J-M. Lattes, « Le travail de la personne handicapée », art. préc.

espaces verts du montage et de l'assemblage (de certaines pièces automobiles par exemple) ou encore de la blanchisserie.

En outre, il est possible pour les entreprises de 20 salariés ou plus de remplir leur obligation d'embauche en employant des stagiaires handicapés. Il existe là encore un seuil de 2% au delà duquel les stagiaires handicapés ne seront plus comptabilisés. De plus, pour que le stagiaire handicapé soit inclus dans l'effectif de l'entreprise, il doit effectuer un stage d'une durée minimale de 40 heures comme cela est prévu dans un décret du 9 juin 2009⁷⁷⁹. De même, une loi de décembre 2008 est venue élargir la nature des stages susceptibles d'être pris en considération dans le décompte⁷⁸⁰ ce qui a ensuite été repris dans une circulaire l'année suivante⁷⁸¹. Ainsi sont visés les stages relevant de la formation professionnelle rémunérée par l'Etat ou la région, ceux qui sont organisés en « appui projet » par l'Agefiph, ceux qui sont prescrits par le Pôle emploi, ceux qui sont de formation initiale à visée professionnelle et en alternance et les stages d'étudiants.

350. Versement d'une cotisation annuelle. Mais l'outil le plus utilisé pour répondre à cette obligation d'emploi de travailleurs handicapés reste celui de la cotisation annuelle versée à l'Association pour la gestion des fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (Agefiph). Cette contribution est calculée sur la base du nombre d'employés handicapés qui auraient dû être présents dans l'effectif aux termes de l'article L5212-9 C. trav. Des critères ont été instaurés afin de moduler le montant dû par l'entreprise au titre de l'obligation d'emploi. Trois sont principalement retenus : l'effectif de l'entreprise tout d'abord, puis les efforts faits par l'employeur dans ce sens et enfin des aptitudes particulières exigées par certains postes de l'entreprise⁷⁸². Cette solution est très souvent utilisée par les entreprises qui préfèrent donc verser de l'argent plutôt que d'embaucher des travailleurs handicapés.

⁷⁷⁹ Décret n°2009-641 du 9 juin 2009 relatif à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés dans l'effectif des entreprises, dont l'article 3 prévoit la durée minimale du stage.

⁷⁸⁰ Loi n°2008-1249 du 1^{er} déc. 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques de l'insertion.

⁷⁸¹ Circ. DGEFP, n°2009-41 du 21 oct. 2009 relative au calcul de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés du secteur privé et du secteur public à caractère industriel et commercial.

⁷⁸² C'est ainsi que si une entreprise dispose de plus de 80% de ses postes impliquant des aptitudes spécifiques, le taux de multiplication pour la contribution n'est plus de 50 fois le SMIC horaire mais seulement 40.

§2) Les moyens de favoriser l'accès à l'emploi

Comme nous l'avons mis en avant précédemment, les chiffres relatifs à l'embauche des travailleurs handicapés ne sont pas encore conformes aux exigences légales malgré les avancées positives de la loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des chances. La reconnaissance du statut de travailleur handicapé par les CDAPH ouvre la possibilité de choisir entre le milieu ordinaire – à privilégier – et le milieu protégé selon les aptitudes de la personne.

Toutefois, des progrès sont aussi à espérer en ce qui concerne la période en amont de l'emploi. Pour que le travailleur handicapé soit le plus à même d'exercer la profession choisie, il doit avoir une éducation et une formation lui permettant d'être le plus indépendant et le plus autonome possible sur son poste.

A. L'avant-emploi

Pour que les souhaits de tous de limiter la marginalisation de la population des personnes handicapées, il est nécessaire de favoriser leur emploi et de leur donner un niveau de connaissances leur permettant un exercice le plus complet possible d'une profession. C'est pourquoi il est nécessaire de s'intéresser aux personnes handicapées le plus tôt possible afin d'adapter au mieux leur scolarisation et de poursuivre par des possibilités de formations dont la finalité, à l'image des travailleurs classiques, est d'apporter un complément de connaissances aux travailleurs handicapés.

1° La scolarité du jeune handicapé

351. *En amont de l'emploi.* Il est important de ne pas se focaliser uniquement sur l'emploi à proprement parler, mais de mettre en place des mesures en amont permettant par la suite de favoriser l'insertion professionnelle. C'est en ce sens que la scolarisation et l'éducation, qu'elles se fassent en milieu ordinaire ou spécialisé, occupent une place importante dans la vie sociale et professionnelle des personnes en situation de handicap.

352. Scolarisation et handicap : des chiffres. Les chiffres prouvent que la scolarisation en milieu ordinaire, priorité de la loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des chances, occupe une part de plus en plus importante. Si elle représentait 66% en 2005, sa part était de 74% en 2010⁷⁸³. *A priori*, il semble que la volonté du législateur d'insérer autant que possible les enfants handicapés dans les établissements scolaires classiques soit respectée. Cependant, un avis de la commission nationale consultative des droits de l'homme du 6 novembre 2008 oblige à une lecture atténuée de ces chiffres car « *les données chiffrées ne reflètent pas l'effectivité de la scolarisation des élèves handicapés* » selon la commission. Cette dernière s'appuie sur des exemples concrets : celui d'un élève inscrit dans son établissement de référence mais réellement scolarisé dans un établissement médico-social ou encore celui d'un élève inscrit en milieu ordinaire mais n'effectuant qu'un nombre d'heures très restreint. Il semble que ces chiffres soient quelque peu biaisés et qu'il faille être méfiant en les manipulant et en les analysant. La grande majorité (88%) des élèves handicapés sont accueillis en établissements publics.

353. Priorité du législateur : scolarisation en milieu ordinaire. Pour débiter, il est intéressant de mettre en avant deux questions qui restent en suspens relativement à la scolarisation des jeunes handicapés en milieu classique. La première question qui se pose est celle de savoir si ce droit est ouvert dès la maternelle : cette question fait débat actuellement et les juges ne se sont pas mis d'accord quant à une éventuelle responsabilité de l'Etat dans l'accès à la maternelle pour un enfant handicapé. Les juges du tribunal administratif de Cergy-Pontoise⁷⁸⁴ avaient estimé que l'Etat a l'obligation d'ouvrir les portes de l'école dès la maternelle, mais leur jugement a été infirmé en appel⁷⁸⁵, les juges rejetant alors la responsabilité de l'Etat. Le second point noir qui fait obstacle à un fonctionnement optimal de la scolarité des personnes handicapées en milieu ordinaire réside dans le très faible nombre de conventions passées entre les écoles et les établissements médico-sociaux. La coopération entre ces établissements est indispensable en ce qui concerne la prise en charge des enfants en situation de handicap, « *coopération qui reste très embryonnaire* »⁷⁸⁶ toutefois. Cette absence

⁷⁸³ Selon les chiffres MENJVA-MESR DEPP donnés dans la note d'information « La scolarisation des jeunes handicapés » de mai 2012, il y avait en 2005 227863 élèves handicapés dont 151523 en milieu ordinaire alors qu'en 2010, on comptait 272874 élèves handicapés parmi lesquels 201388 suivaient une scolarité dans le milieu ordinaire.

⁷⁸⁴ TA Cergy-Pontoise, 12 déc. 2008, n°0408765.

⁷⁸⁵ CAA Versailles, 4 juin 2010, n°09VE01323.

⁷⁸⁶ L. Fricotté, « *Guide Néret. Droit des personnes handicapées* », Groupe Liaisons, coll. Néret, 2012, p 65.

est préjudiciable puisque certains enfants ont évidemment besoin que des liens étroits soient tissés entre le milieu scolaire et les éventuelles structures médico-sociales susceptibles de l'accueillir dans la prise en charge de son handicap. Dès lors que l'enfant a besoin d'être placé en établissement médico-social, il demeure inscrit dans son école de référence mais peut suivre les cours dans l'unité d'enseignement créée dans l'établissement d'accueil ou à temps partagé entre ce dernier et l'école.

354. *Projet personnalisé de scolarisation.* L'outil principal sur lequel se fonde la scolarisation des jeunes handicapés en milieu ordinaire est le projet personnalisé de scolarisation qui regroupe les besoins de l'élève et les éventuelles actions complémentaires à apporter au jeune handicapé. Il fait suite à une évaluation des besoins et des aptitudes de la personne par une équipe pluridisciplinaire, le but étant d'adapter au mieux les mesures et d'individualiser la prise en charge pour compenser le handicap de l'élève. Le législateur a préconisé l'insertion des enfants handicapés dans les écoles ordinaires, c'est pourquoi le projet personnalisé de scolarisation doit être le plus précis possible ; les aménagements seront alors les plus adéquats pour que le cursus soit calqué sur les compétences de l'élève. En outre, pour être en accord avec les évolutions de l'état des facultés de l'enfant, ce projet fait l'objet d'une évaluation annuelle par une équipe de suivi comprenant au moins l'élève et l'enseignant référent. Précisons que les jeunes handicapés dont les facultés sont les moins gravement atteintes peuvent ne faire l'objet que d'un projet d'accueil individualisé, moins lourd que le projet personnalisé de scolarisation et faisant intervenir le médecin de l'Education nationale ou de la protection maternelle infantile.

355. *Adaptation du milieu ordinaire.* L'intégration des enfants handicapés dans le milieu scolaire ordinaire se fait par trois moyens principaux : les classes d'inclusion scolaire (CLIS), les unités localisées pour l'inclusion scolaire (ULIS) et les services d'éducation spéciale et de soins à domicile (SESSAD). Cette orientation découle directement du projet personnalisé de scolarisation.

Les CLIS, instituées par une circulaire du 17 juillet 2009⁷⁸⁷, existent pour les plus jeunes élèves – primaire notamment – lorsque les conséquences de l'altération des facultés imposent des supports pédagogiques adaptés de manière continue. Bien que l'effectif soit réduit à douze élèves maximum, il s'agit d'une « *classe à part entière* », ce n'est pas « *un simple sas* »

⁷⁸⁷ Circulaire n°2009-087 du 17 juillet 2009, BOEN n°31, 27 août 2009.

comme le précise Mme Fricotté⁷⁸⁸. Conscients de l'hétérogénéité des handicaps, les personnes à l'origine des CLIS en ont mis en place quatre catégories :

- la catégorie 1 relative au handicap psychique et mental ;
- la catégorie 2 concerne le handicap auditif ;
- la catégorie 3 pour le handicap visuel ;
- la catégorie 4 est spécifique au handicap moteur.

Chaque type de handicap sera appréhendé de manière différente, la prise en charge de l'enfant sera plus adaptée à ces besoins quand bien même subsistent des différences à l'intérieur de chacune des catégories et l'harmonisation complète n'est pas possible. Ces classes spécifiques sont encadrées par des enseignants spécialisés dans la prise en charge du handicap et titulaires du certificat d'aptitude pour les aides spécialisées, les enseignements adaptés et la scolarisation des élèves en situation de handicap (CAPA-SH).

Ensuite, les ULIS, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2010, concernent les collégiens et les lycéens handicapés quel que soit le type de handicap. Les élèves relevant des ULIS demeurent des élèves du collège ou du lycée dans lequel ils sont inscrits et restent soumis à la responsabilité du chef de l'établissement. Chaque unité est encadrée par un coordonateur, titulaire du CAPA-SH ou du 2CA-SH⁷⁸⁹, en charge d'organiser l'emploi du temps et d'aménager les cours et les contrôles en fonction des handicaps et des aptitudes de chacun.

Enfin, les SESSAD ont pour mission principale⁷⁹⁰ l'intégration scolaire des jeunes handicapés ou l'acquisition pour eux d'une certaine autonomie. Leur particularité est qu'ils sont spécialisés en fonction du handicap afin d'adapter les mesures et les aménagements de manière la plus proche possible du public accueilli.

⁷⁸⁸ L. Fricotté, « *Guide Néret. Droit des personnes handicapées* », op. cit., p 87.

⁷⁸⁹ Il s'agit du certificat complémentaire pour l'adaptation scolaire et la scolarisation des élèves handicapés.

⁷⁹⁰ L'ensemble de leurs missions est précisé à l'article D312-55 CASF : « *Un service d'éducation spéciale et de soins à domicile peut être rattaché à l'établissement. Ce service peut être également autonome.*

Son action est orientée, selon les âges, vers :

1° L'accompagnement précoce pour les enfants de la naissance à six ans comportant le conseil et l'accompagnement des familles et de l'entourage familial de l'enfant, l'approfondissement du diagnostic, l'aide au développement psychomoteur initial de l'enfant et la préparation des orientations collectives ultérieures ;

2° Le soutien à la scolarisation ou à l'acquisition de l'autonomie comportant l'ensemble des moyens médicaux, paramédicaux, psycho-sociaux, éducatifs et pédagogiques adaptés.

Les interventions s'accomplissent dans les différents lieux de vie et d'activité de l'enfant ou adolescent, domicile, crèche, école, et dans les locaux du service.

Le service d'éducation spéciale et de soins à domicile oeuvre en liaison étroite notamment avec les secteurs de psychiatrie infanto-juvénile, les services hospitaliers, la protection maternelle et infantile et les centres d'action médico-sociale précoce, les centres médico-psycho-pédagogiques.

Des conventions peuvent être passées pour certaines des prestations nécessaires avec ces services ou des intervenants spécialisés proches du domicile des parents ».

356. Développement du milieu spécialisé. Malgré les efforts et les aménagements mis en place, certains cas sont trop lourds pour pouvoir intégrer une filière scolaire classique. Or, il relève de la responsabilité de l'Etat de donner aux enfants handicapés une éducation adaptée⁷⁹¹. C'est dans cet optique que fonctionnent les instituts thérapeutiques, éducatifs et pédagogiques (ITEP) qui regroupent des jeunes ayant des difficultés psychologiques importantes et les instituts médico-éducatifs (IME).

Les ITEP sont des établissements de soins et de rééducation qui visent à favoriser l'insertion sociale des jeunes handicapés en leur redonnant quelques compétences qui seront nécessaires pour rejoindre un établissement scolaire ordinaire ou adapté. Ces structures ont un triple rôle : thérapeutique (projet de soins), éducatif (soutien scolaire et maintien de liens sociaux) et pédagogique (mesures adaptées en fonction du projet personnalisé de scolarisation).

Les IME sont en charge de jeunes qui présentent une déficience intellectuelle et comprennent des instituts médico-pédagogiques (IMP) et des instituts médico-professionnels (IMPro). Les IMP accueillent les enfants dont la déficience s'accompagne de troubles comportementaux, moteurs ou sensoriels mais qui n'empêchent pas la vie en collectivité. Quant à l'IMPro, il concerne les jeunes de 14 à 20 ans pour leur offrir une formation professionnalisante qui s'ouvrira sur un emploi en milieu ordinaire ou protégé. Ces instituts fonctionnent en demi-pension ou en internat, les frais étant à la charge de l'assurance maladie.

Enfin, les établissements régionaux d'enseignement adapté (EREA), établissements publics, permettent d'accompagner les jeunes en situation de handicap dans la mise en place de leur projet de formation.

Tous ces établissements et ces aménagements dans la scolarisation des personnes handicapées permettent d'aboutir à des offres de formation adaptées servant de tremplins à une intégration dans une entreprise.

2° La formation des personnes en situation de handicap

357. Complément de compétences. Avant toute insertion professionnelle, la personne en situation de handicap peut, « au même titre que toute personne »⁷⁹², demander à bénéficier

⁷⁹¹ Cette position a été rappelée par le TA Lyon, 29 sept. 2005, n°0403829 ; CAA Paris, 11 juillet 2007, n°06PA01579 ; CE, 8 avril 2009, n°31134.

⁷⁹² L. Fricotté, « *Guide Néret. Droit des personnes handicapées* », op. cit., p 111.

d'une formation dont la finalité est de favoriser leur insertion ou de leur apporter un complément dans leurs compétences. Il existe deux grandes catégories de formations ouvertes aux personnes handicapées : celles de droit commun mais adaptées au cas particulier du handicap et des formations spécifiques.

358. Adaptation des formations de droit commun. Les travailleurs handicapés ont droit aux mêmes formations que les autres travailleurs, ces formations devant toutefois être adaptées à leurs facultés. Ceci impose aux organismes de formation de prendre en compte les aptitudes des personnes dont ils doivent assurer la formation. Il s'agira principalement de modifier la durée de la formation envisagée pour que la personne handicapée puisse la suivre dans les meilleures conditions : par exemple lorsque le handicap mental ou psychique influe sur la concentration du travailleur, il faudra prévoir des sessions plus courtes. La prise en compte du handicap nécessite aussi de prévoir des modalités particulières d'évaluation des connaissances : mettre en place des tiers-temps, adapter les supports pédagogiques pour les mal-voyants ou utiliser un questionnaire accessible dans son vocabulaire.

De plus, le travailleur handicapé peut bénéficier d'un contrat d'apprentissage⁷⁹³ dont « certaines règles [...] ont été aménagées pour favoriser la formation du jeune handicapé »⁷⁹⁴. La première modification concerne la limite d'âge qui est en principe de 25 ans au sens de l'article L6222-1 C. trav. Une loi du 27 décembre 2008⁷⁹⁵ est venue apporter des exceptions à ce plafond dont une concerne spécialement les personnes ayant la qualité de travailleurs handicapés, ce seuil de 25 ans ne s'applique donc pas concernant les travailleurs handicapés comme le précise désormais l'article L6222-2 C. trav.⁷⁹⁶. Normalement conclu pour une période allant de un à trois ans, le contrat d'apprentissage concernant un travailleur handicapé peut, de manière dérogatoire, être valable quatre ans. Cette année dérogatoire s'accompagne d'une hausse de 15% du pourcentage du Smic utilisé pour la rémunération du travailleur lors des trois premières années. Enfin, l'apprentissage se déroule habituellement au

⁷⁹³ Relativement au contrat d'apprentissage, voir par exemple : H. Azarian et A. Maron, note sous Cass. soc. 23 nov. 2011, n°10-26918, *JCP E*, 15 déc. 2011, n°50, p 33 ; « Contrats d'apprentissage et de professionnalisation : de nouvelles aides en chantier », *RF Social*, 1^{er} mai 2011, n°108, p 38 ; « Contrat d'apprentissage : rédiger, déclarer, enregistrer », *RF Social*, 1^{er} mars 2011, n°106, p 10 ; C. Vigneau, « Contrat d'apprentissage et démission », *Dr. trav.*, 1^{er} déc. 2008, n°12, p 735 ; « Conclusion et clauses du contrat de travail : le contrat d'apprentissage », *Revue fiduciaire*, 27 juin 2008, n°984, p 96.

⁷⁹⁴ L. Fricotté, « *Guide Nêret. Droit des personnes handicapées* », op. cit., p 112.

⁷⁹⁵ Loi n°2008-1425 du 27 déc. 2008 de finances pour 2009.

⁷⁹⁶ Le 3° de cet article prévoit explicitement : « La limite d'âge de vingt-cinq ans n'est pas applicable dans les cas suivants :

3° Lorsque le contrat d'apprentissage est souscrit par une personne à laquelle la qualité de travailleur handicapé est reconnue ».

sein du CFA mais la CDAPH peut demander des aménagements afin de prendre en compte les particularités découlant du handicap : peut ainsi être prévu un changement de lieu de formation si le CFA en question n'est pas accessible par tous ou encore le recours à des cours par correspondance lorsque l'état de la personne le nécessite. Bien que l'Agefiph ait supprimé le versement de ses aides depuis le 1^{er} janvier 2012, l'Etat continue de verser à l'entreprise qui conclut un contrat d'apprentissage une prime s'élevant à 520 fois le Smic horaire brut.

Si certaines contraintes sont levées dans le cadre des formations de droit commun concernant un travailleur handicapé, il existe en outre des formations spécifiques à ce type de personnes.

359. *Mise en place et financement de formations spécifiques.* Les personnes handicapées souhaitant exercer une activité professionnelle doivent s'adresser à la MDPH, plus précisément à la CDAPH au sein de laquelle un référent pour l'insertion professionnelle fait le lien entre la MDPH et la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE). La rémunération de ce type de formations est à la charge de l'Etat ou de la région et varie en fonction de l'activité antérieure du travailleur handicapé. Si ce dernier est à la recherche de son premier emploi, il a droit à une somme de 652,02 euros mensuelle, alors que s'il a eu une activité salariée de six mois au cours de la dernière année ou de douze mois au cours des deux dernières années, il peut percevoir une rémunération mensuelle relevant du régime public de rémunération des stagiaires et correspondant à la moyenne des salaires de la période travaillée. Cette rémunération est toutefois encadrée : si elle ne peut être inférieure à 644,17 euros, elle ne peut pas dépasser 1932,52 euros mais elle demeure cumulable avec l'allocation adulte handicapé (AAH). Ces formations peuvent prendre différentes formes ce qui permet une meilleure adaptation aux besoins du travailleur handicapé.

360. *Stage de préorientation.* Le premier type de formation spécifique est le stage de préorientation qui peut durer de huit à douze semaines et dont le but est d'établir un projet professionnel individualisé prenant en compte les souhaits de la personne et les adaptant à ses aptitudes.

Le travailleur handicapé peut se voir proposer un stage de rééducation professionnelle qui est une formation qualifiante de dix à trente mois assurée dans des centres de rééducation professionnelle. Ces stages sont ouverts aux travailleurs handicapés ou aux personnes victimes d'un accident du travail, d'une maladie professionnelle ou d'une maladie et qui sont

invalides. Les stagiaires n'auront à leur charge que les frais de repas dans la limite de leurs moyens et perçoivent des indemnités journalières de la Sécurité sociale ou, pour les travailleurs handicapés, le régime public des stagiaires ou une allocation d'aide au retour à l'emploi formation. Ces stages de rééducation professionnelle touchent l'ensemble des secteurs agricoles, industriels et commerciaux.

361. Contrat de rééducation professionnelle. Ensuite, ces formations spécifiques peuvent prendre la forme de contrats de rééducation professionnelle. Ils font suite à la perte d'un emploi du fait d'une maladie, d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle qui a abouti à la reconnaissance du statut de travailleur handicapé. La conclusion d'un tel contrat comporte nécessairement le versement d'une rémunération⁷⁹⁷ et le bénéfice d'une formation permettant de retrouver son ancien poste ou un nouveau. Ce contrat est tripartite car il implique non seulement l'employeur et le salarié mais aussi l'organisme de Sécurité sociale et il est conclu pour une durée maximale d'un an renouvelable. La signature de ce contrat de rééducation professionnelle met des obligations à la charge de l'employeur – ne pas licencier le salarié durant le temps du contrat et la même durée à la fin du contrat – et du salarié – rester dans l'entreprise pendant la même durée –.

362. Formations de reconversion. Il est enfin possible pour les travailleurs handicapés de bénéficier de formations de reconversion dispensées dans des écoles gérées par l'Office national des anciens combattants (ONAC). Cette reconversion professionnelle se déroule en sessions dont la durée totale varie entre vingt et un et vingt sept mois en fonction des mesures d'adaptation au handicap qui sont choisies. L'orientation vers ce genre d'établissements se fait par la MDPH qui a préalablement reçu une demande de la part d'un travailleur handicapé. La finalité réside dans l'obtention d'un diplôme allant du CAP au BTS dans des domaines relativement divers tels que la communication, l'artisanat, l'agriculture, le paramédical ou encore le secteur tertiaire.

⁷⁹⁷ Cette rémunération diffère en fonction du moment auquel elle est versée. Durant la formation, elle s'élève au minimum au montant perçu par un salarié du premier échelon de la profession visée dans le contrat ; tandis qu'après la formation, le salaire doit correspondre au grade atteint.

B. Le travailleur handicapé dans l'emploi

Le travailleur handicapé n'est pas seulement une personne en situation de handicap, elle conserve très souvent des aptitudes pour remplir certaines missions. Si l'éducation et la formation sont indispensables, les capacités de la personne sont évaluées ensuite par la CDAPH afin d'orienter au mieux le majeur vers les entreprises ordinaires, les entreprises adaptées ou le milieu protégé. Le choix de l'un ou l'autre des milieux se fait en fonction de l'état des facultés physiques, mentales ou psychiques du travailleur, sachant que le législateur souhaite que dans le maximum des cas le travailleur soit aiguillé vers le milieu ordinaire. Si le milieu ordinaire suit les règles classiques de droit du travail, le cas est plus complexe lorsque le travailleur handicapé est dirigé vers un ESAT.

1° Orientation vers le milieu ordinaire⁷⁹⁸ ou milieu protégé⁷⁹⁹

363. *Impact sur le statut et les règles applicables.* Selon le choix du milieu d'exercice effectué par la CDAPH et par la personne elle-même, les implications quant au statut et au droit applicable seront différentes. Le milieu ordinaire, incluant les entreprises adaptées et les centres de distribution du travail à domicile, doit demeurer la priorité dans le choix décisionnel de la CDAPH⁸⁰⁰. Nous retrouvons ici, outre la volonté de prendre en compte l'avis de la personne, le souhait de ne marginaliser qu'au minimum les personnes handicapées. En intégrant le milieu ordinaire – ou ouvert -, le travailleur handicapé se voit appliquer les dispositions du code du travail dans la majorité des cas avec des aménagements possibles et parfois des compléments du code de l'action sociale et des familles. Ce ne sera pas le cas d'un travailleur accueilli en milieu protégé qui est constitué par les établissements ou services d'aide par le travail (ESAT)⁸⁰¹.

⁷⁹⁸ Le milieu ordinaire est le milieu classique, celui qui est ouvert à tout salarié et qui doit être privilégié pour les travailleurs handicapés afin qu'ils ne se sentent pas exclus. Depuis la loi du 11 février 2005, font partie du milieu ordinaire les entreprises adaptées qui accueillent au moins 80% de travailleurs handicapés, et les centres de distribution de travail à domicile.

⁷⁹⁹ Le milieu protégé comprend les établissements et services d'aide par le travail (ESAT, ex-centres d'aide par le travail CAT).

⁸⁰⁰ Cela avait été souligné par A. Blanc, « L'insertion professionnelle des travailleurs handicapés », PU Grenoble, 2009.

⁸⁰¹ Précision terminologique : les ESAT qui existent actuellement s'appelaient auparavant centres d'aide par le travail (CAT) ; les entreprises adaptées, éléments du milieu ordinaire, remplacent quant à elles les ateliers protégés.

Par conséquent, la grande différence qui va exister entre le travail dans l'un ou l'autre des milieux est le bénéfice du statut de salarié avec les conséquences que cela implique, notamment au niveau du contrat de travail et du licenciement. En effet, en milieu ordinaire, le travailleur handicapé est salarié de l'entreprise qui l'embauche et se voit donc appliquer les dispositions du code du travail et la convention collective à l'instar des autres salariés. Il bénéficie d'un contrat de travail que la majorité de la doctrine traitait comme un acte d'administration et qu'un décret est venu confirmer en 2008⁸⁰². Des différences existent malgré tout entre un salarié travailleur handicapé – inclus dans le quota de 6% – et un salarié valide de l'entreprise. C'est particulièrement le cas dans les hypothèses de licenciement où les travailleurs handicapés bénéficient d'une protection accrue puisque la durée de leur préavis est doublée⁸⁰³ par rapport à la durée normale prévue à l'article L1234-1 C. trav.

364. Développement des droits en ESAT. Concernant les travailleurs handicapés qui sont orientés vers le milieu protégé – les ESAT – la situation est plus complexe. Bien que ne bénéficiant pas du statut de salarié et ne concluant donc pas de contrat de travail, le travailleur handicapé n'en est pas moins un personnel de l'établissement ou du service. Il est alors indispensable de s'intéresser à la nature des ESAT : ceux-ci sont des établissements sociaux et médico-sociaux dont la finalité est l'épanouissement personnel mais aussi et surtout social de l'individu. Initialement perçu comme une sorte de tremplin entre le monde du handicap et le monde du travail, le milieu protégé s'avère en réalité être un moyen pour les personnes handicapées dont les facultés ne permettent pas (ou plus) d'exercer une véritable profession de développer des relations sociales.

Les ESAT ont donc une importance toute particulière dans la prise en charge des personnes dont les facultés intellectuelles sont altérées qui sont considérées comme des usagers⁸⁰⁴ des services sociaux et médico-sociaux soumis aux dispositions du CASF. Mais la loi du 11 février 2005 a reconnu au travailleur handicapé en ESAT de nouveaux droits sociaux ce qui se justifie par le fait que les ESAT sont des « *structures ayant pour vocation l'accueil des travailleurs handicapés mentaux et soumises à la fois à un impératif de*

⁸⁰² Décret n°2008-1484 du 22 déc. 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.

⁸⁰³ Il existe quand même un plafond de trois mois au-delà duquel le préavis ne peut se prolonger.

⁸⁰⁴ La qualification de salarié était déjà rejetée lorsqu'existaient les CAT comme l'a précisé un arrêt Cass. soc. 18 mars 1997.

productivité et à la prise en charge médico-sociale des personnes accueillies »⁸⁰⁵. Là encore le choix des mots est très important : alors que les entreprises embauchent, les ESAT accueillent les personnes handicapées. L'utilisation d'une terminologie différente insiste sur les finalités des milieux et implique que les ESAT n'ont pas seulement une vocation professionnelle et donc qu'il n'y a pas lieu de conclure de contrat de travail. Cette vocation professionnelle, éducative et de soutien médico-social est mise en avant par de nombreux directeurs d'ESAT qui se sentent investis d'une mission plus large que le seul emploi du travailleur handicapé.

Cette différence de vocabulaire n'est pas non plus sans impact quant à la responsabilité des établissements. Les entreprises ordinaires n'ont pas « *la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie des personnes handicapées mentales* »⁸⁰⁶, elles ont donc un champ de responsabilité moins étendu que les établissements du milieu protégé. Un usager d'un ESAT qui aurait droit à un quartier libre et qui causerait un dommage durant cette période peut être source de responsabilité pour l'établissement au titre de la responsabilité du fait d'autrui⁸⁰⁷.

2° Le travailleur handicapé en ESAT

365. *Signature d'un contrat d'aide et de soutien par le travail.* En ESAT, le travailleur est tenu par un lien "contractuel" puisqu'il signe un contrat d'aide et de soutien par le travail qui est une variante particulière du "contrat de séjour" comme le prévoit expressément l'article L311-4 CASF. Ce texte prévoit que le contrat doit se conformer à un modèle réglementaire, modèle qui fut apporté par un décret du 23 décembre 2006⁸⁰⁸ et qui est repris à l'article D311-0-1 CASF. A l'image du contrat de séjour auquel il fait référence, le "contrat d'aide et de soutien par le travail" comporte les vœux et les besoins de l'utilisateur quant à son avenir professionnel ainsi que les conditions d'organisation et de fonctionnement de l'établissement d'accueil. Le présent "contrat" permet une conciliation entre les attentes de l'intéressé et les

⁸⁰⁵ F. Mananga, « Le statut du travailleur handicapé en ESAT et l'application du droit du travail », *Dr. trav.* 2008, p 89.

⁸⁰⁶ Expression utilisée par les juges dans l'arrêt « Blicq », Cass. Ass. Plén. du 29 mars 1991.

⁸⁰⁷ En se prononçant comme ils l'ont fait lors de l'arrêt Blicq, les juges de la Cour de cassation ont élargi le champ de l'article 1384 C. civ. quant à la responsabilité du fait d'autrui puisqu'un centre d'accueil pour personnes handicapées mentales avait été déclaré responsable du feu mis dans la forêt par un résident au motif que ce centre a « la charge de contrôler son mode de vie ».

⁸⁰⁸ Décret n°2006-1752 du 23 décembre 2006 relatif au contrat de soutien et d'aide par le travail et aux ressources des travailleurs des ESAT, JORF 30 décembre 2006.

activités les plus adaptées que peut lui délivrer l'ESAT. Toutefois, à l'image de ce qui a été mis en avant concernant le "contrat de séjour" et l'utilisation du terme contrat, les mêmes remarques peuvent être faites au sujet du "contrat d'aide et de soutien par le travail". Il ne s'agit pas d'un contrat stricto sensu, du fait notamment de l'atténuation de la liberté contractuelle et de son caractère révisable qui nuit à la force obligatoire du contrat.

Se pose en outre, comme c'est le cas avec le "contrat de séjour", la question de la véritable nature de ce type de contrat, à savoir s'il ne s'agit pas plutôt d'un contrat d'adhésion plutôt que d'un contrat prenant véritablement en compte la volonté de la personne handicapée. Il s'est en effet avéré que, très souvent, les contrats de séjour présentés aux usagers des établissements sociaux et médico-sociaux leur imposent les modalités de prise en charge et s'applique alors la théorie du « à prendre ou à laisser ». Pour vérifier cela, il convient de vérifier si « *les trois critères d'un tel contrat sont réunis* » comme l'a fait M. Poinso⁸⁰⁹ :

- l'existence « *d'une inégalité sociale* » caractérisée par la plus grande demande par rapport au nombre de places proposées par les établissements ;
- le contrat n'est pas individualisé comme il devrait l'être mais concerne « *tout un public* » ;
- enfin, le contrat d'aide et de soutien par le travail ne résulte quasi-exclusivement que de l'ESAT « *puisque la réglementation fait reposer sur lui la responsabilité de son élaboration* ».

366. *Protection de l'utilisateur consommateur*⁸¹⁰. Au sens de l'article 1710 C. civ. qui prévoit de « *faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu* », le contrat d'aide et de soutien par le travail peut être qualifié de contrat d'entreprise, ou de louage⁸¹¹. Il s'agit en effet pour la personne handicapée mentale de réaliser une prestation dans le cadre de son accueil dans l'ESAT en échange d'une rémunération. Il se rapproche en ce sens du contrat de travail sans toutefois être soumis aux mêmes règles. En contrepartie, le directeur de l'ESAT doit à la personne accueillie une prestation de services.

Bien que correspondant à un contrat d'entreprise, ou de louage, le contrat de soutien et d'aide par le travail n'en demeure pas moins un contrat d'adhésion ce qui impose une

⁸⁰⁹ O. Poinso, « Le contrat d'aide et de soutien par le travail », *Revue Droit et Santé*, n°17, mai 2007, p 296.

⁸¹⁰ Sur la protection du consommateur, voir X. Henry, « *La technique des qualifications contractuelles* », thèse dactylographiée, Nancy, 1992.

⁸¹¹ J.-M. Lhuillier, « Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux », *ENSP*, 2^{ème} éd., p 96. Le fait de donner cette qualification à ce contrat fait peser sur l'établissement d'accueil une responsabilité contractuelle qui repose dans la majorité des cas sur une obligation de moyens.

protection accrue de la partie faible. Trouve alors à s'appliquer le droit de la consommation qui est source de protection pour le consommateur du fait du rapport de force inégal entre lui et le professionnel. L'utilisateur est en effet considéré comme un consommateur en ce sens qu'il utilise et profite des services de l'ESAT. Ce dernier peut lui être vu comme un professionnel puisqu'il s'occupe à titre habituel de l'accueil de personnes handicapées et que cette activité correspond à une prestation de service comme cela avait été prévu par la loi du 2 janvier 2002⁸¹² et codifié aux articles L314-1 et L314-2 CASF. Les dispositions protectrices du code de la consommation sont par conséquent applicables aux contrats d'aide et de soutien par le travail. Il s'agit de protéger le consommateur, l'utilisateur de l'ESAT – partie faible au contrat⁸¹³ – d'éventuels agissements déséquilibrés de la part du professionnel. Les dispositions protectrices du droit de la consommation relatives notamment à l'information⁸¹⁴, aux clauses abusives⁸¹⁵, de remise des documents contractuels⁸¹⁶ ou de sécurité⁸¹⁷, assurent un minimum d'autonomie à la personne handicapée partie au contrat.

367. *Application des dispositions du CASF mais le code du travail ne doit pas être totalement écarté.* Bien que n'ayant pas le statut de salarié, le travailleur handicapé accueilli en ESAT bénéficie de certaines dispositions du code du travail. A la différence des salariés du milieu ordinaire qui peuvent prétendre au chômage et qui peuvent être licenciés, ces mécanismes ne sont pas applicables en milieu protégé. En revanche, « *les travailleurs de l'ESAT ont manifestement certains droits propres aux salariés* »⁸¹⁸ : ils bénéficient d'une rémunération minimale dès leur orientation en ESAT⁸¹⁹ qui varie entre 55 et 110% du SMIC⁸²⁰ et qui est cumulable avec l'AAH dans la limite de 100% du SMIC brut mensuel, ils ont droit à des congés annuels sur le modèle de ce qui existe relativement aux congés payés, à savoir deux jours et demi ouvrables par mois avec maintien de la rémunération⁸²¹, maintien de

⁸¹² Loi n°2002-2 du 2 janv. 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

⁸¹³ Relativement à la partie faible au contrat, entendue comme le particulier dans la relation avec un professionnel, voir par exemple : Y. Strickler, « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 25 oct. 2004, n°213, p 6. La personne accueillie en ESAT est la partie faible puisqu'elle contracte avec un professionnel mais aussi parce ses facultés sont altérées et qu'elle est plus facilement influençable.

⁸¹⁴ Article L111-1, L113-2 et L113-3 C. conso.

⁸¹⁵ Article L132-1 C. conso.

⁸¹⁶ Article L134-1 C. conso.

⁸¹⁷ Article L221-1 C. conso.

⁸¹⁸ F. Mananga, « Le statut du travailleur handicapé en ESAT et l'application du droit du travail », art. préc.

⁸¹⁹ F. Mananga compare ce mécanisme à celui du SMIC qui existe dans les entreprises du milieu ordinaire.

⁸²⁰ Le versement de cette rémunération minimale se fait à la fois par l'ESAT et par l'Etat qui verse à l'établissement une aide au poste.

⁸²¹ Il en va de même en ce qui concerne des absences lors d'événements spéciaux et familiaux où la rémunération est maintenue aux termes de l'article R240-13 CASF.

la rémunération prévue aussi lors des arrêts maladie des travailleurs en ESAT et application des règles de la médecine du travail.

Les dispositions du code du travail applicables aux travailleurs handicapés en ESAT sont toutes protectrices et favorables ; toutefois, la lisibilité du statut de travailleur handicapé est d'autant moins floue que les textes applicables relèvent de deux codes, voire trois avec le code de la consommation. Ne serait-il alors pas plus simple de faire du travailleur handicapé en ESAT un salarié particulier auquel nous appliquerions des dispositions aménagées du régime général du salariat ? Cette vision est renforcée par le fait que les ESAT vus au départ comme des institutions à vocation sociale et médico-sociale ont aussi une finalité productive non négligeable. Initialement imaginés comme des tremplins pour les travailleurs handicapés vers le milieu ordinaire de travail, ce rôle paraît de plus en plus contestable au vu des objectifs de productivité mis en avant par les ESAT qui, pour les remplir, auront tendance à conserver les meilleurs éléments plutôt que de les orienter vers le monde professionnel ordinaire.

Le fait de donner aux travailleurs des ESAT le statut de salarié avec des aménagements qui leur seraient propres constituerait une étape dans la simplification du passage du milieu protégé au milieu ordinaire. Le travailleur ne se verrait pas passer d'un statut à un autre avec l'application de règles totalement différentes et divergentes. Il y aurait alors lieu d'appliquer certaines règles contraignantes à l'image du licenciement ou de la discipline qui ont déjà été avancées précédemment, mais le travailleur en ESAT aurait véritablement un statut plus proche de celui du salarié ce qui permettrait un accès plus aisé dans une entreprise normale dans le cas où les capacités professionnelles de la personne handicapée le permettrait.

En outre, bien qu'il existe des quotas légaux quant à l'embauche de travailleurs handicapés dans le secteur ordinaire (privé et public), il y a aussi de plus en plus de possibilités de passer outre ce quota pour les entreprises.

Conclusion Chapitre 1

368. *Autonomie dans la gestion du patrimoine.* La protection des majeurs a été recentrée sur le volet personnel lors de la réforme du 5 mars 2007 mais des évolutions importantes marquent aussi la gestion du patrimoine de la personne en situation de handicap. La gestion du logement et la conclusion de libéralités ont notamment été plus largement ouvertes aux majeurs protégés, ceux-ci disposant d'une autonomie plus grande. Si la personne handicapée est libre de choisir le lieu de sa résidence, celle-ci demeure en outre protégée plus longtemps en ce qu'elle est le repère principal du majeur. De plus, cette protection concerne aussi, depuis la législation nouvelle, la résidence secondaire dont peut éventuellement disposer le majeur. Si l'autonomie relative au logement s'accroît, il n'en demeure pas moins que des incohérences subsistent lors de la vente du logement où l'intervention de tierces personnes est nécessaire ou lorsque le majeur est orienté en institution, le médecin devant alors être impliqué dans la procédure.

Il en va de même lorsque le majeur protégé souhaite faire des libéralités – donations et testaments –. D'accès très longtemps restreint, ces actes sont désormais possibles pour les personnes handicapées mentales même si l'autonomie n'est pas totale dans un souci sécuritaire. Bien que le cercle des bénéficiaires potentiels se soit élargi, la méfiance reste la règle vis-à-vis de certaines personnes dont la position et l'influence peuvent être néfastes ; c'est par exemple le cas des soignants ou des accompagnants à domicile. En fonction de ses facultés intellectuelles, la personne n'est pas toujours apte à effectuer seule l'acte mais elle est forcément consultée et n'est jamais écartée de la procédure. L'implication automatique du majeur protégé dans la prise de décision relative à la gestion de son patrimoine se généralise et découle de l'esprit des nouveaux textes.

369. *Education, emploi, insertion professionnelle.* L'aspect patrimonial peut être entendu au sens large et concerner aussi l'emploi et l'insertion professionnelle des personnes en situation de handicap. La CDAPH, commission incluse dans chacune des MDPH, a un rôle essentiel en la matière en ce qu'elle reconnaît à la personne le statut de travailleur handicapé et l'oriente, en fonction de l'évaluation de ses compétences, vers le milieu ordinaire – privilégié – ou le milieu protégé, c'est-à-dire les ESAT. Selon le milieu choisi, les règles applicables diffèrent : si l'insertion dans une entreprise classique entraîne application des

règles du Code du travail, la situation se complique lorsque le travailleur handicapé est accueilli au sein d'un ESAT. Celui-ci se voit appliquer des dispositions de différents codes : le Code du travail, le Code de l'action sociale et des familles et le Code de la consommation. Cette complexification pourrait être améliorée si un statut plus précis était créé, tel un statut de salarié particulier soumis aux règles qui seraient prévues dans le Code du travail. La compensation du handicap se fait naturellement au moment de l'embauche grâce au système de discrimination positive, mais aussi avant l'insertion dans l'entreprise à proprement parler. Si les travailleurs handicapés ont la possibilité de suivre des formations comme tout autre salarié, ils peuvent en outre avoir accès à des formations adaptées quant à la fréquence des sessions ou l'évaluation finale des connaissances. Il en va de même lors de la scolarisation d'un jeune handicapé : si le législateur souhaite privilégier la scolarité en établissement ordinaire, des mesures adaptées et individualisées sont mises en œuvre par le biais du projet personnalisé de scolarisation. Mais il existe aussi des cursus parallèles, spécifiques aux enfants handicapés et leur permettant à terme une insertion professionnelle. Se sont ainsi développées les CLIS, les ULIS ou encore les EREA qui accueillent des jeunes dont les facultés physiques, psychiques ou mentales sont altérées. La prise en charge adaptée et individualisée est essentielle pour les enfants et les adolescents handicapés afin d'acquérir des connaissances appropriées et de favoriser leur épanouissement dans un emploi futur.

Chapitre 2 : La décision personnelle et l'état de la personne

370. *Autonomie totale.* Le majeur handicapé mental est sollicité dans la sphère patrimoniale mais il a aussi une capacité décisionnelle en ce qui concerne les actes personnels. Il est même des hypothèses dans lesquelles seul le consentement du majeur, quelle que soit la mesure mise en place, peut donner lieu à l'exécution de l'acte : il s'agit des actes éminemment personnels (Section 1) dont une liste – non limitative – est dressée à l'article 458 C. civ. Cette catégorie d'actes est censée correspondre à l'autonomie maximale pour les personnes handicapées mentales mais le corollaire peut présenter des dangers. Bien que non listé à cet article, le droit de vote des majeurs protégés a lui aussi fait l'objet d'avancées marquantes avec les législations de 2005 et de 2007. L'autonomie des personnes handicapées est privilégiée, celles-ci n'étant plus perçues comme de simples incapables mais comme des personnes encore susceptibles de s'exprimer et de consentir.

371. *Liberté sexuelle.* Cette plus large autonomie dont disposent les majeurs protégés touche aussi leur sexualité, ils bénéficient comme tout autre citoyen d'une liberté sexuelle qui doit être mise en avant autant que possible malgré des protections particulières dues à leur vulnérabilité. L'OMS a défini non seulement la santé mais l'a aussi développée en santé sexuelle qui doit permettre à chacun de s'épanouir. Même si la personne handicapée mentale doit faire l'objet d'une attention particulière ou que son handicap doit parfois être compensé, elle dispose d'une vie sexuelle (Section 2) autonome et libre sous réserve de conditions légales strictes : le consentement et l'ordre public. La reconnaissance de la sexualité des personnes handicapées nécessite des améliorations juridiques mais aussi un changement des mentalités. Très souvent le handicap, quelle que soit sa nature, est perçu comme un obstacle irrémédiable à l'exercice d'une sexualité libre et épanouie.

Section 1 : La capacité naturelle de la personne handicapée mentale : les actes strictement personnels

372. *Consécration législative de ces actes.* L'idée selon laquelle les personnes en situation de handicap doivent bénéficier d'une marge d'autonomie et « *de laisser plus de liberté au majeur lorsqu'il s'agit de ses droits personnels* »⁸²² est réaffirmée et renforcée avec la réforme du 5 mars 2007. La jurisprudence avait commencé à reconnaître ce type d'actes et de droits qui touchent la personne dès lors qu'elle a affirmé que la protection du majeur englobait non seulement ses biens mais aussi sa personne.

Le législateur, dans la loi de 2007, a dressé une liste, non exhaustive, d'actes dont la réalisation emporte nécessairement le consentement « *strictement personnel* » de la personne intéressée lorsque son état le lui permet. Même si la méthode est maladroite, le législateur a eu le mérite de se prononcer et de consacrer une sphère d'activité où le majeur handicapé mental est censé conserver une pleine capacité décisionnelle. Ces actes, dont la liste figure à l'alinéa second de l'article 458 du Code civil, sont ainsi appelés actes éminemment personnels et sont de cinq sortes :

- la déclaration de naissance d'un enfant ;
- la reconnaissance de celui-ci ;
- l'ensemble des actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant ;
- les actes relatifs à la déclaration de choix ou de changement de nom d'un enfant ;
- enfin, le consentement à sa propre adoption ou à celle de son enfant.

373. *Exclusion de tout recours extérieur.* Tous ces actes ne peuvent en aucun cas donner lieu ni à assistance ni à représentation⁸²³ et nécessitent, pour leur réalisation, le consentement personnel de l'intéressé. L'instauration de cette catégorie d'actes particuliers dans le paysage juridique français permet de mettre notre droit en conformité avec la recommandation du Conseil de l'Europe du 23 février 1999⁸²⁴ dont le principe 19 préconisait la détermination de certains actes par le législateur qui ne pouvaient donner lieu à représentation car jugés trop

⁸²² D. Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA*, 4 nov. 2010, n°220, p 30.

⁸²³ L'alinéa premier de l'article 458 du Code civil énonçant en effet : « *Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée* ».

⁸²⁴ Recommandation n°R (99) 4 du Comité des ministres aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables adoptée le 23 février 1999.

personnels⁸²⁵. Toutefois, il n'était nullement question de l'assistance qui se retrouve aussi exclue dans le mécanisme des actes strictement personnels. Pour certains auteurs, parmi lesquels Pascale Salvage-Gerest, l'article 458 « *oblige le majeur en tutelle à agir seul* »⁸²⁶ ce qui peut parfois s'avérer dangereux pour ses intérêts. Le fait que le législateur utilise les termes assistance et représentation renvoie naturellement à la curatelle et à la tutelle et donc aux majeurs placés sous ces régimes. Concernant les autres personnes susceptibles d'être atteintes de handicap mental, qu'elles soient sous sauvegarde de justice ou sans protection particulière, elles conservent leur capacité d'exercice et n'ont donc besoin d'aucune intervention extérieure pour effectuer ces actes à condition toutefois d'être sains d'esprit, comme le prévoit l'article 414-1 du Code civil⁸²⁷. Cette situation peut parfois conduire à des aberrations comme ce fut le cas par exemple des deux hommes qui prétendaient être le père de l'enfant de Rachida Dati.

Tout en respectant l'autonomie des personnes (§1), il conviendra de rester méfiant pour éviter ce type de situations susceptibles d'occasionner des critiques (§2).

§1) Le souci du respect de l'autonomie : la capacité de fait naturelle

374. *Obstacles rédactionnels.* Cette catégorie d'actes particuliers repose sur le principe de capacité naturelle dont dispose chacun en tant que personne humaine à part entière et qui permet un recentrage de la personne dans le mécanisme décisionnel le concernant. En effet, en matière personnelle, le Professeur Hauser faisait remarquer, déjà avant l'entrée en vigueur de la réforme de mars 2007, que « *personne ne peut avoir de meilleurs critères que l'intéressé lui-même s'il est en état de juger* »⁸²⁸. Il conseillait par conséquent de donner la parole aux personnes handicapées pour les décisions relatives à leur personne ce que le législateur a tenté maladroitement de faire en 2007 par le biais des articles 458 et 459 C. civ. dont l'utilité n'est

⁸²⁵ Le paragraphe 1^{er} du principe 19 de la recommandation du Conseil de l'Europe du 23 fév. 1999 prévoit que « *il appartient au droit interne de définir quels actes juridiques sont de nature si personnelle qu'ils ne peuvent être accomplis par un représentant* ».

⁸²⁶ P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. Fam.* n°3, 2009, étude 17.

⁸²⁷ L'article 414-1 du Code civil énonce que « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit [...]* ».

⁸²⁸ J. Hauser, « Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable », *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Dalloz Sirey, 1985, p 227.

pas flagrante et dont l'articulation est peu évidente. Tous deux ciblent les actes personnels et permettent à la personne d'agir seule dans la mesure où son état le permet. Il convient alors de relever la très mauvaise rédaction de ces articles qui sont présentés comme paradoxaux alors qu'ils sont complémentaires voire redondants. Peut-être est-ce par souci d'insister sur la nécessité d'obtenir uniquement le consentement de l'individu.

Les personnes handicapées mentales conservent une autonomie entière lorsqu'elles doivent effectuer des actes très intimes. Il est cependant indispensable de savoir quels actes font partie de cette catégorie, quel acte peut être qualifié de personnel. Si le droit de vote constitue certainement un acte personnel, la reconnaissance du caractère intime est une condition essentielle pour qu'un acte puisse obéir à ce régime et ainsi n'être réalisé que par le majeur.

A. La perception de l'acte personnel

L'ensemble de ces actes, puisque ne faisant par principe intervenir aucun tiers, est réservé aux personnes souffrant de handicap mental et participe ainsi à favoriser l'autonomisation de ces personnes. *A priori*, les actes éminemment personnels constituent la matière première de l'autonomie des personnes handicapées mentales puisqu'ils relèvent de leur seul consentement et ne requièrent en aucun cas l'intervention de tierces personnes. Il s'agit d'actes relatifs à l'état de la personne⁸²⁹ tels que l'adoption ou à l'exercice de l'autorité parentale, c'est-à-dire à « *la descendance* »⁸³⁰. Alors que cette catégorie d'actes a été créée afin d'étendre la marge d'autonomie des personnes handicapées mentales, elle s'avère en réalité loin d'être convaincante à tel point qu'une partie de la doctrine doute du caractère judicieux de cette disposition, en l'état actuel de sa rédaction en tout cas⁸³¹. L'utilisation de l'adjectif « personnel » pose problème et la rédaction d'une liste n'est pas judicieuse car la catégorie des actes personnels n'est pas figée.

⁸²⁹ Le principe d'indisponibilité justifie que les actes relatifs à l'état de la personne ne puissent, en principe, faire l'objet d'assistance ou de représentation.

⁸³⁰ D.Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA*, 4 nov. 2010, n°220, p 30.

⁸³¹ P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », art. préc.

1° La dualité de l'adjectif « personnel »

375. Approche corporelle. La notion d'acte strictement ou éminemment personnel semble trouver sa justification dans un fondement double, tant et si bien que, comme le souligne le Professeur Guével, « *il y a ici une sorte de bisémié* »⁸³². L'adjectif personnel peut laisser croire que l'acte ne peut relever que de l'individu mais aussi qu'il ne produira des effets qu'à l'égard de ce dernier. Pour expliquer cela, il est utile de s'intéresser à la notion d'autonomie personnelle dégagée par la jurisprudence européenne dans l'affaire Pretty relative à une demande de suicide assisté en 2002⁸³³. Les juges européens ont profité de l'occasion pour affirmer cette notion nouvelle qui consiste, sous certaines réserves, à pouvoir librement disposer de son corps. Faisant toutefois primer le respect de la vie, les juges ont rejeté la demande de la patiente qui consistait à déresponsabiliser son mari s'il l'aidait à mourir. Cette notion d'autonomie personnelle fut ensuite plusieurs fois reprises dans des affaires très variées et concernant par exemple le sadomasochisme (affaire KA et AD contre Belgique⁸³⁴) ou le transsexualisme. Dans l'ensemble des affaires soumises à la juridiction européenne, il est question de la sphère corporelle des protagonistes, chacun pouvant librement décider du devenir de son corps. Contrairement à l'appréhension du terme « personnel » résultant de la réforme du 5 mars 2007, l'autonomie personnelle n'est perçue, au sens des juges de la Cour EDH, que comme quelque chose qui touche le corps de l'intéressé mais qui est effectué par un tiers. L'autonomie personnelle trouve une limite dans le respect d'autrui mais fait intervenir autrui pour sa réalisation ; elle est donc, aux yeux de la jurisprudence européenne, personnelle par ses effets – sur le corps de l'intéressé – mais non par sa mise en œuvre – recours à une tierce personne –.

376. Perception française large de cet adjectif. Or, cela ne semble pas être la vision du législateur français qui y voit un caractère beaucoup plus large. Ce dernier englobe en effet la sphère personnelle au sens des juges européens, c'est-à-dire les impacts sur le corps et la personne de l'intéressé, mais aussi la source de l'acte. L'acte personnel tel qu'il est entendu en droit interne tient compte des effets qu'il produit mais aussi de la personne de laquelle il émane. Est personnel l'acte qui est effectué par l'intéressé lui-même et qui n'implique pas

⁸³² D. Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA*, 4 nov. 2010, n°220, p 30.

⁸³³ Concernant l'affaire Pretty, cf. *supra*. n°33.

⁸³⁴ Arrêt CEDH, 1^{ère} section, 17 févr. 2005, KA et AD c/ Belgique, requêtes n°42758/98 et 45558/99, J-P. Marguénaud, *RTD Civ.* 2005, p 381 ; M. Fabre-Magnan, *D.* 2005, p 2973.

d'intervention extérieure. Par conséquent, pour être qualifié de personnel, l'acte doit émaner de l'individu lui-même et produire ses effets sur cette même personne.

Cette acception de l'acte personnel explique sans doute qu'il ne pourra être réalisé qu'après avoir obtenu le consentement strictement personnel de la personne. Cette démonstration permet de dire que, finalement, la terminologie utilisée n'est pas la plus appropriée. Ce qui est personnel n'est pas tant l'acte en lui-même que le consentement qui autorise la réalisation de celui-ci. Le plus juste serait donc de parler d'acte nécessitant un consentement strictement personnel, c'est-à-dire qui n'accepterait pas de substitution dans le consentement comme cela avait pu être avancé dans la sphère médicale. Inspiré du modèle et du vocabulaire québécois, il consiste en l'obligation de demander le consentement d'un protecteur lorsque le patient ne dispose pas des facultés nécessaires pour consentir seul de manière libre et éclairée. Cette notion doit cependant être combattue puisque les législations contemporaines tentent de replacer le patient, protégé ou non, au centre du processus décisionnel. Pour cela sa volonté est privilégiée et son consentement « *systématiquement recherché* »⁸³⁵.

Cette vision s'entend de manière plus large encore relativement aux décisions personnelles puisqu'en 2007, le législateur indique, par le biais des articles 458 et 459 C. civ., que les décisions personnelles font l'objet du consentement propre de l'individu dès lors que son état le lui permet. Cette affirmation de 2007 fait suite aux énonciations dans le domaine médical où les lois du 4 juillet 2001 relative à l'IVG et du 4 mars 2002 sur les droits des patients ont posé la condition du consentement prioritaire du patient pour certains actes dont la nature personnelle ne fait que peu de doutes. Bien que non exclusif, le consentement en matière médicale fut un premier pas dans la reconnaissance de l'autonomie des personnes en situation de faiblesse. Cependant des dérogations existent, notamment en ce qui concerne les mineurs puisque leur seul consentement – et l'accompagnement par une personne majeure de leur choix – suffit, au sens de l'article L1110-5 C. santé publ., pour réaliser les actes médicaux nécessaires à la sauvegarde de la santé.

⁸³⁵ Ceci est précisé explicitement à l'al.6 de l'article L1111-4 C. santé publ. pour les actes médicaux classiques. La formule est reprise à l'article L2123-2 al. 3 C. santé publ. en ce qui concerne la stérilisation à visée contraceptive puis à l'article R1131-4 al. 3 C. santé publ. relatif à l'étude des caractéristiques génétiques d'un individu.

2° Une notion évolutive

377. Modifications suite à des évolutions sociales. La notion d'actes nécessitant un consentement strictement ou éminemment personnel, que nous appellerons par souci de simplification actes personnels, est appréhendée par sa source – la personne duquel elle émane – et par sa cible – la personne sur laquelle elle produit ses effets –. Or, l'acte personnel se caractérise, en principe, par l'identité entre la source et la cible mais les frontières ne sont pas précisément délimitées. Quelle que soit l'origine de cette absence de précision quant aux contours des actes personnels, elle s'avère salutaire en ce qu'elle évite qu'il s'agisse d'une catégorie figée. Même si les actes relatifs au corps et à la personne ont un socle commun, les évolutions sociales peuvent être sources de changement.

L'exemple européen peut de nouveau appuyer cette démarche : l'autonomie personnelle a été avancée dans des affaires très variées et en particulier des affaires faisant suite à des évolutions sociétales et des mœurs. Pour la première fois avancée lors d'une demande de suicide assisté, l'autonomie personnelle a ensuite été utilisée dans des situations de mœurs sexuelles pas forcément conformes à la norme. C'est ainsi que les juges européens ont fondé leurs décisions relatives au sadomasochisme sur cette notion d'autonomie personnelle.

378. Utilisation de l'autonomie personnelle comme fondement. Chacun est libre de disposer de son corps comme il l'entend avec cependant des limites qui sont le respect d'autrui et de l'ordre public. Ces obstacles font donc intervenir l'Etat dont les ingérences dans la vie privée de ses ressortissants doivent être strictement limitées. C'est pourtant là que peuvent se heurter ces valeurs défendues par la société et l'autonomie personnelle. De même, le consentement est nécessaire dans les pratiques sexuelles : dans l'affaire KA et AD contre Belgique⁸³⁶, des notables belges ont été condamnés lors de manifestations sadomasochistes privées. Alors que l'autonomie personnelle permet à chacun de faire ses propres choix sur son corps, le consentement demeure un élément indispensable : si les notables belges ont fait l'objet d'une condamnation, c'est parce que leur partenaire féminine avait retiré son consentement avant de subir certains actes qu'elle estimait insupportables. Bien que le retrait du consentement ait été fait par le biais d'un cri, sorte de code, il était nécessaire d'en tenir compte. Par conséquent, comme l'affirme Mme Roman, « *cette nécessité première de protéger le caractère consensuel de la relation sexuelle permet également au droit de*

⁸³⁶ Arrêt CEDH, 1^{ère} section, 17 févr. 2005, KA et AD c/ Belgique, requêtes n°42758/98 et 45558/99, J-P. Marguénaud, *RTD Civ.* 2005, p 381 ; M. Fabre-Magnan, *D.* 2005, p 2973.

déclarer imposées toute une série de relations sexuelles avec des partenaires présumés insusceptibles de consentir »⁸³⁷. La condamnation des notables belges dans cette affaire est justifiée et démontre « *la valeur suprême du consentement* »⁸³⁸, notamment dans la sphère affective et sexuelle. Mais ce constat peut être étendu à l'ensemble des décisions personnelles.

Les actes les plus intimes relevant de l'autonomie personnelle dont dispose chaque individu restent donc soumis, selon la jurisprudence européenne, à des valeurs sociales plus fortes. C'est certainement sur ce fondement de l'autonomie personnelle que la catégorie controversée des actes éminemment personnels a été affirmée en 2007. C'est sur la forme – liste – et le contenu que cette catégorie a fait l'objet de critiques et les affaires traitées par la Cour européenne des Droits de l'Homme n'auront en rien servi d'exemple. Le législateur français n'en a tiré que l'autonomie personnelle qui est la base des actes nécessitant un consentement strictement personnel. L'expression d'autonomie personnelle n'est en tout cas jamais reprise en tant que telle en droit interne, mais les auteurs ont parlé de « *capacité naturelle* » ou de « *domaine réservé* » qui recoupe l'esprit des juges européens relativement à des actes intimes et touchant directement à la personne.

B. La reconnaissance du caractère très intime de l'acte personnel

379. *Intention louable mais maladresses dans l'exécution.* Même si cette catégorie d'actes peut faire l'objet de critiques comme nous le verrons ultérieurement, elle procède d'une volonté de respecter la personne dans sa sphère la plus intime. Organisée de manière maladroite, l'autonomie du majeur protégé concernant les actes personnels n'en demeure pas moins un point de départ intéressant dans la prise en compte de la personne. Cette évolution va de pair avec la nouvelle vision de la protection juridique qui, durant de longues années, n'a concerné que le patrimoine en négligeant totalement le volet extrapatrimonial. Toutefois, l'impulsion donnée en matière médicale où le patient devient codécideur et collaborateur du médecin pour les décisions le concernant a modifié la physionomie. La loi Kouchner du 4 mars 2002⁸³⁹ a permis de donner une valeur au consentement du patient et de ne plus le traiter simplement comme un corps à soigner. Puisque le majeur protégé est désormais perçu comme

⁸³⁷ D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », *D.* 2005, p 1508.

⁸³⁸ D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », art. préc.

⁸³⁹ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

une personne à part entière, il devient nécessaire de prendre en compte et de respecter ses choix, à plus forte raison lorsque les décisions relèvent de la sphère intime de l'intéressé.

Mais, à la lecture des articles 458 et 459 C. civ., deux types de décisions personnelles coexistent : les décisions personnelles et les actes strictement personnels. Les premières, telles qu'elles sont prévues à l'article 459 C. civ., incombent au majeur protégé seul « si son état le permet », ce qui laisse la porte ouverte à une aide extérieure lorsque l'intéressé n'est plus apte. Ainsi, les décisions personnelles, à l'inverse des actes éminemment personnels peuvent être exécutées alors même que le majeur n'est pas apte à consentir. C'est pourquoi les auteurs ont mis en avant la « *capacité naturelle* »⁸⁴⁰ ou le « *domaine réservé* »⁸⁴¹ qui intègre les actes et décisions touchant la personne dans sa plus stricte intimité. Quel que soit le nom que l'on donne à cette catégorie d'actes, elle est propre à l'individu et reflète son autonomie la plus totale, les actes étant « *tellement intimes que nul tuteur ou curateur ne saurait jamais s'y immiscer* »⁸⁴². Le caractère intime de ces actes justifie le non-recours à l'assistance et à la représentation même lorsque le majeur ne peut valablement donner son consentement, « *l'acte se fera par le majeur seul ou ne se fera pas* »⁸⁴³.

380. Mise en avant de l'autonomie ou de résidus d'autonomie. Il est tout à fait logique de vouloir reconnaître et respecter l'intimité et les décisions relatives à l'intimité de chacun, principalement lorsqu'un handicap touche l'individu et le rend vulnérable et fragile. L'existence d'une telle catégorie d'actes implique donc l'exercice d'une véritable autonomie, la décision étant conditionnée au seul consentement de la personne. En réalité, les actes éminemment personnels, tels qu'ils sont actuellement conçus, écartent presque complètement le handicap, la procédure étant identique à celle des majeurs capables. L'unique garde-fou est constitué par l'insanité d'esprit et l'article 414-1 C. civ. qui peut aboutir à l'annulation d'un acte, quand bien même celui-ci aurait un caractère strictement personnel.

Le « *domaine réservé* » permet, comme l'a indiqué le Professeur Hauser⁸⁴⁴, de faire une distinction claire avec les incapables mineurs dont le régime juridique est souvent le même

⁸⁴⁰ Expression utilisée notamment par J. Hauser, « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA* n°56, 19 mars 2002, p 4.

⁸⁴¹ Utilisé pour la première fois par T. Fossier, « Réforme des tutelles : la protection de la personne », *AJ Fam.* 2007, p 160 et repris ensuite par S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », *Defrénois*, 30 janv. 2009, n°2, p 185.

⁸⁴² T. Fossier, « Réforme des tutelles : la protection de la personne », art. préc.

⁸⁴³ S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », art. préc.

⁸⁴⁴ J. Hauser, « Le consentement aux soins des majeurs protégés », art. préc.

que pour les majeurs. Tous constituent juridiquement les personnes protégées, mais les mineurs aspirent à l'exercice futur de la capacité qui leur sera reconnue dès le seuil de la majorité atteint. M. le Professeur Hauser différencie la pré-majorité⁸⁴⁵ et la capacité naturelle quant à leur domaine d'application : « *la pré-majorité [...] est une opération dans le temps, alors que la reconnaissance d'une capacité naturelle au majeur protégé est une opération dans l'espace* »⁸⁴⁶. La séparation spatio-temporelle effectuée par le Professeur Hauser reflète la finalité différente de chacune des notions. La pré-majorité doit en effet être perçue comme un tremplin vers la capacité future du mineur devenu adolescent alors que la capacité naturelle, ou « *domaine réservé* », concerne uniquement le reliquat de ce que possédait le majeur avant que ses facultés ne soient trop gravement altérées pour qu'il puisse seul pourvoir à son intérêt.

C'est aussi la raison pour laquelle il est très délicat d'uniformiser la catégorie des personnes juridiquement incapables, l'incapacité étant tantôt temporaire, tantôt définitive voire dans certains cas cyclique. Il est très compliqué de traiter de la même manière des personnes qui sont amenées à devenir capables et dont il convient d'aménager le passage vers la capacité et des personnes dont la capacité s'amenuise ou a disparu et dont l'état est insusceptible d'amélioration. Cependant, ces dernières conservent le plus longtemps possible cette sphère de capacité naturelle puisqu'elle touche à ce que l'individu a de plus intime.

381. *Contours de la catégorie des actes personnels.* Le problème réside donc dans ce que cette notion peut, et doit, englober. Devant comporter les actes et les décisions relatifs à l'intimité profonde des individus, elle ne semble pouvoir ne concerner que des actes dont les effets impactent uniquement la vie de l'intéressé et écarter tout effet sur une tierce personne. La logique serait alors de protéger les personnes extérieures de décisions émanant d'un majeur inapte à décider pour lui-même. Mais l'étude s'avère complexe en ce qu'il s'agit d'un domaine très subjectif, chacun ayant une vision divergente quant à ce qu'un acte personnel relevant de la capacité naturelle peut être. C'est pourquoi il est difficile d'en établir une liste et le juge pourrait avoir un rôle primordial à jouer dans la détermination des contours de cette catégorie d'actes particuliers dont il est nécessaire d'en laisser le choix au majeur protégé.

⁸⁴⁵ Relativement à la prémajorité, voir B. Marrion, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », thèse dactylographiée, Nancy, juin 2010, n°582 ss.

⁸⁴⁶ J. Hauser, « Le consentement aux soins des majeurs protégés », art. préc.

C. Le cas particulier du droit de vote du majeur protégé

382. Historique. D'après la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* »⁸⁴⁷. Ainsi, malgré un quelconque handicap lié à une déficience mentale, chacun devrait bénéficier des mêmes droits, l'article 3 alinéa 4 de la Constitution précisant que « *Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français des deux sexes jouissant de leurs droits civils et politiques* ». Cependant, pour des raisons de protection, certains droits peuvent être aménagés, exercés par le biais d'une autre personne (dans les cas d'assistance mais surtout de représentation) voire supprimés. Tel fut le cas concernant le droit de vote qui, dans un premier temps et par le biais d'une loi du 10 mai 1969⁸⁴⁸, n'était pas accordé aux majeurs sous tutelle. En effet, l'article L5 du code électoral en vigueur à l'époque précise que « *ne doivent pas être inscrits sur la liste électorale [...] les majeurs en tutelle* ». Par une lecture *a contrario* de cette disposition, il semble que les majeurs placés sous sauvegarde de justice ou sous curatelle ne soient pas atteints par cette interdiction.

1° Un droit civique essentiel et personnel

383. Influence du caractère fondamental de ce droit. Le droit de vote constitue, dans une société démocratique telle que la nôtre, un droit civique essentiel, sinon le droit civique essentiel. Cette affirmation est implicitement confirmée par la loi de 2005 lorsque le législateur a édicté les règles relatives à l'accessibilité. En effet, les délais prévus par la mise aux normes en ce qui concerne l'accessibilité des bâtiments ou du contenu des établissements recevant du public diffèrent⁸⁴⁹ selon la nature du local ou l'importance des travaux à envisager. Mais le cas des bureaux de vote fut traité en priorité et ils font partie des locaux à rendre accessibles aux personnes en situation de handicap, quel que soit le type de handicap – physique, sensoriel, mental ou psychique –, de manière impérative dans les délais les plus brefs, c'est-à-dire au jour du scrutin. De plus, l'accessibilité ne vise pas seulement le local,

⁸⁴⁷ Ceci découle de l'article premier de la Déclaration qui énonce en outre que « *les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».

⁸⁴⁸ Loi n°69-419 10 mai 1969 modifiant certaines dispositions du code électoral.

⁸⁴⁹ Les délais prévus sont de 10 ans maximum, c'est-à-dire que les normes d'accessibilité doivent être appliquées pour le 1^{er} janvier 2015 au plus tard.

elle englobe aussi « *les techniques de vote* »⁸⁵⁰. Ces dernières comprennent notamment les isolements et les urnes, quand bien même cette disposition est naturellement applicable d'abord aux personnes handicapées physiques, se déplaçant en fauteuil roulant.

Est-il normal et justifié d'aboutir à la privation d'un tel droit, si important et fondamental pour l'exercice de la pleine citoyenneté ? La question semble se poser naturellement puisque la tutelle est une mesure de protection qui n'est ouverte que lorsque l'altération des facultés est de nature à compromettre la défense de ses intérêts. Toutefois, il n'existe aucun critère permettant de rattacher la privation du droit de vote à une mesure de protection essentiellement fondée sur le patrimoine⁸⁵¹. Ceci est d'autant plus étonnant que la loi du 27 juin 1990⁸⁵² affirme explicitement que le fait d'être hospitalisé sans consentement pour des troubles mentaux ne remet nullement en cause l'exercice du droit de vote. Sachant qu'une tutelle n'est pas obligatoirement ouverte pour une altération des facultés mentales, certaines personnes, puisque placées sous tutelle, se retrouvent privées du droit de vote alors qu'un autre individu, certes non protégé mais mentalement troublé, disposera toujours de ce droit. La Cour de cassation a considéré que le juge des tutelles ne pouvait déroger à ce principe⁸⁵³. D'ailleurs dans sa note sous cet arrêt, Jacques Massip s'interroge justement : « *le maniement d'un bulletin de vote serait-il plus dangereux que celui d'un fusil ?* ». Il est reconnu au juge un pouvoir de permettre au majeur sous tutelle d'obtenir un permis de chasse tout en étant interdit de s'inscrire sur les listes électorales.

384. Comparatif avec les détenus. La question se pose aussi en ce qui concerne les détenus : la privation de liberté entraîne-t-elle *de facto* suppression du droit de vote ? Même si en pratique une faible proportion des détenus vote, il n'en demeure pas moins que ces personnes ont, aux termes de l'article L71 C. électoral⁸⁵⁴ et de l'article 30 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009⁸⁵⁵, le droit de vote sauf si elles sont frappées d'une incapacité électorale comme le prévoit l'article 131-26 C. pén⁸⁵⁶. Cette incapacité s'ouvre

⁸⁵⁰ Ce sont les termes de l'article L62-2 du Code électoral.

⁸⁵¹ Le droit de vote est un droit se rapportant à la personne et non au patrimoine, or la protection de la personne de l'incapable ne prend réellement sa dimension qu'avec la loi du 5 mars 2007.

⁸⁵² Loi n°90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation.

⁸⁵³ Cass. Civ 2^{ème}, 9 novembre 1982, Dalloz 1983, p388-389.

⁸⁵⁴ Le c) de l'article L71 C. électoral prévoit spécifiquement cette hypothèse : « *Peuvent exercer, sur leur demande, leur droit de vote par procuration : c) Les personnes placées en détention provisoire et les détenus purgeant une peine n'entraînant pas une incapacité électorale* ».

⁸⁵⁵ Loi n°2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire, JORF n°0273 du 25 sept. 2009, p 20192.

⁸⁵⁶ Cet article dispose : « *L'interdiction des droits civiques, civils et de famille porte sur : 1° Le droit de vote* ».

d'office lors d'une condamnation découlant de l'article 131-26 C. pén précédemment cité ou à la suite de « *délits ciblés, comme la corruption ou le favoritisme dans les marchés publics* » selon les exemples de M. Devers⁸⁵⁷. Le préalable nécessaire à l'exercice du droit de vote est l'inscription sur la liste électorale au 31 décembre de l'année qui précède le scrutin. Lorsque cette formalité est remplie, le détenu a la possibilité de voter, la règle en la matière étant le vote par procuration dont les modalités sont prévues par une circulaire du 27 mars 2012⁸⁵⁸, particulièrement quant aux personnes pouvant voter par procuration et aux autorités aptes à délivrer ces procurations. Le vote des personnes détenues n'est pas simple à organiser, la circulaire du ministère de la Justice du 1^{er} février 2012 encadre cette pratique et accompagne celle du ministère de l'Intérieur du 4 décembre 2006⁸⁵⁹ qui prévoit explicitement que « *Les personnes incarcérées qui souhaitent voter par procuration doivent s'adresser au greffe de l'établissement pénitentiaire pour les formalités à accomplir. Il appartient ensuite à un officier de police judiciaire, ou à un de ses délégués, de se rendre à la prison pour établir la procuration* ».

Par conséquent, le détenu, à l'instar du majeur handicapé mental, dispose du droit de vote par principe et ne s'en trouve privé que de manière exceptionnelle.

385. Aménagements envisagés mais jamais proposés. Le droit de vote constitue un élément majeur de la citoyenneté qui permet de participer à la vie collective⁸⁶⁰. En se fondant sur l'article 501 ancien du Code civil, il est possible d'envisager des aménagements quant au droit de vote. Celui-ci énonçait en effet : « *en ouvrant la tutelle ou dans un jugement postérieur, le juge, sur l'avis du médecin traitant, peut énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire elle-même, soit seule, soit avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu* ». Mais aucun aménagement quant à l'exercice du droit de vote n'est proposé. Cette lacune constitue un obstacle qui va à l'encontre de la volonté de socialiser les personnes handicapées. Le but est donc d'assouplir au maximum les règles du droit électoral en prenant en compte la véritable capacité de la personne.

⁸⁵⁷ G. Devers, « Il faut des bureaux de vote dans les prisons », <http://avocats.fr/space/gilles.devers>, 7 sept. 2007.

⁸⁵⁸ Circulaire du 27 mars 2012 relative aux élections du Président de la République et aux élections législatives - Etablissement des procurations - Inscription sur les listes électorales.

⁸⁵⁹ Circulaire du Ministère de l'Intérieur du 4 déc. 2006 intitulée « Instruction relative aux modalités d'exercice du droit de vote par procuration »

⁸⁶⁰ Ceci a par exemple été rappelé dans un commentaire d'un arrêt de la CEDH du 20 mai 2010 *Alajos Kiss c/ Hongrie* : J. Dos Santos, « La privation du droit de vote frappant les incapables majeurs devant la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RTDH*, 1^{er} avril 2012, n°90, p 347.

386. *Amorce de revirement en 2005.* La loi du 11 février 2005⁸⁶¹ marque une avancée dans ce sens : la perte automatique du droit de vote lors du placement sous tutelle disparaît. Evidemment il est hors de question d'accorder le droit de vote à tout majeur placé sous un régime de tutelle, mais le but est de garantir ce droit au plus grand nombre tout en prévoyant un régime de limitation. Ainsi, cette loi apporte une dérogation importante à l'interdiction absolue de voter des majeurs sous tutelle en modifiant l'article L5 du code électoral qui dispose alors que « *les majeurs placés sous tutelle ne peuvent être inscrits sur les listes électorales à moins qu'ils n'aient été autorisés à voter par le juge des tutelles* ». Le texte ne fait encore allusion qu'aux majeurs sous tutelle ce qui confirme les présomptions antérieures établissant que les majeurs sous sauvegarde de justice ou sous curatelle jouissent pleinement du droit de vote. Le principe reste donc l'incapacité électorale du majeur en tutelle, mais l'évolution opérée par la loi du 11 février 2005 est que cette incapacité n'est plus absolue et automatique. En effet, le juge des tutelles peut, par décision contraire, laisser son droit de vote à l'intéressé.

387. *Réel revirement en 2007.* Bien que marquant une évolution positive en faveur des majeurs protégés, cette disposition n'est finalement que transitoire. Une nouvelle rédaction du code électoral survient suite à la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs⁸⁶². La rédaction de l'article L5 du code électoral en vigueur actuellement est la suivante : « *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* ». Il est donc désormais imposé au juge des tutelles de statuer sur la capacité ou l'incapacité électorale à accorder au majeur lors de l'ouverture ou du renouvellement de la mesure⁸⁶³.

Cette évolution dans l'examen de la possible conservation de son droit de vote par le majeur placé sous tutelle permet à la législation française d'être en conformité avec les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme et notamment l'article 3 du Protocole n°1 relatif au droit de vote. C'est ce fondement qui a été utilisé par les juges européens pour condamner la Hongrie dont la législation relative au droit de vote des majeurs

⁸⁶¹ Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF 12 février 2005.

⁸⁶² Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO 7 mars 2007.

⁸⁶³ Renouvellement car la loi du 5 mars 2007 a réaffirmé les trois principes essentiels que contenaient la loi du 3 janvier 1968, à savoir la nécessité, la subsidiarité et la proportionnalité. Or, en vertu du principe de nécessité, les mesures sont maintenant prononcées pour une durée limitée et donc susceptibles de renouvellement.

en tutelle prévoyait une interdiction, automatique, d'exercice de ce droit⁸⁶⁴. C'est en effet ce caractère systématique de la suppression du droit de vote dès lors qu'une mesure de tutelle est ouverte qui pose problème ; la législation hongroise ayant été reprise sur ce sujet par la Cour européenne en 2010. Les juges européens mettent alors en avant l'état « *des facultés réelles* »⁸⁶⁵. La modification apportée par le législateur français en 2007 permet sur ce point de rendre notre législation conforme aux attentes européennes et internationales, particulièrement le Protocole n°1 et la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées.

388. Dimension concrète : rares exclusions de ce droit. Cette nouveauté de la loi du 5 mars 2007 entre dans le champ d'application de l'article 473 du Code civil énonçant que « *le juge peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur* ». En vertu de cet article, il semble donc que le droit de vote puisse être laissé au majeur sous tutelle suite à une décision du juge. Ces dispositions sont confirmées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans un arrêt de 2010⁸⁶⁶, réaffirme que les personnes handicapées mentales, en tant que personnes particulièrement vulnérables, ne doivent voir leurs droits restreints que pour « *des motifs très lourds* » tel que l'impossibilité de s'exprimer comme cela a déjà été le cas. Cependant, cette privation demeure rare comme en témoigne Mme Pecqueur, juge des tutelles à Arras et présidente de l'association nationale des juges d'instance, lorsqu'elle affirme : « *je n'ai jamais refusé ce droit à quelqu'un qui voulait voter* »⁸⁶⁷. Par conséquent, nous pouvons imaginer que tous les majeurs sous tutelle dont elle a la charge ont à peu près bien répondu à ces questions relatives à la politique et à ses acteurs. Dès lors, l'incapacité de s'exprimer ou de comprendre pourrait priver la personne de son droit de vote.

389. Absence de critère décisif pour le juge. Il reste malgré tout un flou puisque le législateur n'a prévu aucun critère permettant au juge de décider ; chaque juge devra donc,

⁸⁶⁴ Arrêt CEDH n°38832/06 du 20 mai 2010, Alajos Kiss c/ Hongrie.

⁸⁶⁵ V. Avena-Robardet, « Droit de vote d'une personne sous tutelle », note sous CEDH n°38832/06, 20 mai 2010, *AJ Fam.* 2010, p 285.

⁸⁶⁶ Il s'agit de l'arrêt précédemment cité Alajos Kiss contre Hongrie rendu par la CEDH le 20 mai 2010 relatif au retrait du droit de vote et à la protection spécifique contre les discriminations affectant les handicapés mentaux.

⁸⁶⁷ E. Pecqueur, in. A. Benjamin, « Les handicapés mentaux commencent à user de leur droit de vote », *Le Monde.fr*, 20 avril 2012.

après une analyse au cas par cas, se prononcer sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée selon sa propre appréciation. Toutefois, les juges ont la possibilité de demander un avis à un médecin spécialiste, quand bien même ils ne sont nullement tenus par cet avis⁸⁶⁸. Le médecin ne constitue donc qu'une aide à la décision en ce qui concerne l'éventuelle suppression du droit de vote à la personne sous tutelle.

Si par mégarde, le juge omet de se prononcer, on considère que le droit de vote est conservé par le majeur protégé dans le cas de l'ouverture d'une mesure. En revanche, dans le cas d'un renouvellement d'une mesure mise en œuvre avant le 1^{er} janvier 2009⁸⁶⁹, en cas de silence du juge, la situation antérieure perdure. Une circulaire du Ministère de la Justice⁸⁷⁰ est en effet venue préciser que pour les mesures instituées avant le 1^{er} janvier 2009 mais renouvelées après, le juge aura l'obligation de statuer sur le droit de vote du majeur en tutelle. La liberté d'expression et la liberté d'opinion⁸⁷¹, dont le droit de vote est une manifestation, semblent ainsi respectées. Le bulletin de vote constitue un moyen d'expression de chaque individu et il permet en ce sens d'exprimer son opinion. Les textes relatifs aux droits de l'homme consacrent certaines libertés parmi lesquelles la liberté de pensée et d'expression incluant le droit à la libre communication des pensées et des opinions. Le droit de vote semble naturellement être un vecteur de réalisation des pensées et des opinions de chacun.

2° L'exercice du droit de vote

390. *Appréciation souveraine du juge.* D'une perte automatique du droit de vote⁸⁷², nous sommes progressivement passés, au fil des législations, à une étude systématique par le juge des tutelles au moment de l'ouverture ou du renouvellement de la mesure. Le juge apprécie souverainement si le majeur est apte à conserver ce droit civique essentiel. Ainsi, malgré l'ouverture d'une mesure de tutelle, une personne déficiente mentalement peut disposer du droit de vote et exercer pleinement sa liberté d'opinion et de pensée. A propos de cette progression dans la reconnaissance du droit de vote, le vote étant un acte à caractère

⁸⁶⁸ CA Douai, 24 mars 2010.

⁸⁶⁹ Il s'agit de la date d'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

⁸⁷⁰ Circulaire de la DCAS n° CIV/01/09/C1 du 9 fév. 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs.

⁸⁷¹ Ces deux libertés sont incluses dans les différents textes relatifs aux Droits de l'homme. En effet, on les retrouve aux articles 19 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, 10 et 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

⁸⁷² Voir en ce sens Cass. civ. 2^{ème}, 9 nov. 1982, *D.* 1983, jur. 388, note J. Massip.

personnel, Madame le Professeur Bateur disait : « *L'incapacité concerne également les actes à caractère personnel, mais le principe est alors non celui de la représentation, mais celui de l'assistance. Seul le juge des tutelles peut décider d'accentuer la protection en instituant une représentation* »⁸⁷³. Le fait d'imposer un examen au juge à chaque ouverture de mesure constitue une évolution positive relativement au droit de vote pour les personnes handicapées mentales puisque celles-ci n'en sont plus privées d'office.

391. *Approche pratique du vote des personnes handicapées.* Les lois successives de février 2005, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, et de mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs ont certes mis en avant le droit de vote des majeurs protégés mais il semble que les moyens concrets tardent à suivre. De plus, s'agissant d'un droit récent, les handicapés mentaux ne s'y intéressent encore que très peu du fait d'un manque de connaissance et de sensibilisation. Ce constat se fait malheureusement sentir lors de l'audition du majeur par le juge des tutelles précédemment à sa mise sous protection comme en témoigne Mme Pecqueur, juge des tutelles⁸⁷⁴. Selon son expérience, l'accès au droit de vote « *n'est pas une demande marquée de leur part* ». Face à l'importance de la reconnaissance de ce droit et à l'exercice devant en être accordé au majeur protégé, elle restreint très fortement le refus de ce droit en plaçant « *la barre assez bas* » lors de l'entretien puisqu'elle y voit « *une logique éducative* ».

Des actions commencent à être mises en place ; la grande majorité des handicapés mentaux sont dans des établissements spécialisés dans lesquels la direction tient de plus en plus compte du vote des résidents. Afin de les sensibiliser à la politique, à son fonctionnement et aux différentes idées soumises par les candidats, de nombreux ateliers voient le jour dans les établissements. Ce système d'ateliers est particulièrement bénéfique pour les majeurs handicapés mentaux en ce qu'« *ils ont besoin de matérialiser les choses pour les comprendre* » selon M. Al Audat créateur de l'association Vie citoyenne⁸⁷⁵. Ce dernier est même allé plus loin dans la démarche de concrétisation puisqu'il a organisé une élection fictive entre différents établissements, de la distribution de tracts au vote à proprement parler.

⁸⁷³ Annick Bateur, « Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés », 4^{ème} édition, LGDJ, p 481-482, n°1009.

⁸⁷⁴ E. Pecqueur, in. A. Benjamin, « Les handicapés mentaux commencent à user de leur droit de vote », art. préc.

⁸⁷⁵ A. Benjamin, « Les handicapés mentaux commencent à user de leur droit de vote », art. préc.

392. Cas particulier des aveugles. Le cas est plus épineux et plus particulier en ce qui concerne les personnes aveugles. Le handicap mental est certes un inconvénient pour exercer son droit de vote, mais la cécité est un obstacle aussi à tel point que « *l'école de la débrouillardise reste la règle* » selon Mme Piquet⁸⁷⁶. Un très faible nombre de bureaux de vote sont équipés de manière satisfaisante⁸⁷⁷ et le bulletin de vote en braille ne semble pas être la solution la plus convaincante⁸⁷⁸. Il convient donc de se pencher sur un moyen efficace qui permettrait aux personnes aveugles de voter en toute autonomie, la piste des « codes-barres bidimensionnels » serait privilégiée et préconisée par les malvoyants eux-mêmes par le biais de F. Pinto, responsable du Centre d'évaluation et de recherche sur les technologies pour aveugles et malvoyants.

393. Evolution et actualisation des listes électorales. Si le principe veut désormais que les majeurs sous tutelle puissent voter, leur état est susceptible d'évoluer et leur droit de vote en même temps. Une personne disposant initialement du droit de vote peut ensuite s'en voir privé – ou inversement – ce qui doit nécessairement faire l'objet d'une modification de la liste électorale. Plusieurs acteurs ont un rôle dans l'actualisation et la tenue de la liste électorale. Tout d'abord, l'institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) a une fonction indispensable puisque c'est lui qui tient le fichier général des électeurs comme le prévoit l'article L37 C. électoral⁸⁷⁹. Outre la transmission aux communes des éventuels déménagements de leurs habitants, l'INSEE a l'obligation d'alerter les communes d'une éventuelle modification de la mesure ou d'une condamnation qui viendrait priver le majeur de sa faculté de vote comme le précise une circulaire du 21 septembre 2010 relative aux listes électorales et aux échanges entre les communes et l'INSEE. Les rectifications des listes qui s'imposeraient sont mises en œuvre par le préfet de département qui est un autre acteur important au sens de l'article L38 C. électoral.

Enfin, le dernier acteur essentiel est le maire de la commune qui peut procéder à l'inscription ou à la radiation d'une personne. Il est en contact constant avec l'INSEE relativement à l'actualisation de la liste électorale de sa commune. Si la décision de radiation

⁸⁷⁶ C. Piquet, « Les malvoyants aimeraient voter comme tout le monde », *sante.lefigaro.fr*.

⁸⁷⁷ Selon les chiffres avancés par C. Piquet, seuls 3% des bureaux de vote seraient équipés de machines Nedap qui permettent à la personne aveugle de voter seule aidée d'un casque audio.

⁸⁷⁸ D'après la même source, le bulletin en braille n'est pas forcément la meilleure solution car « *seulement 0,5% des malvoyants le comprennent* ».

⁸⁷⁹ L'article L37 C. électoral dispose : « *L'Institut national de la statistique et des études économiques est chargé de tenir un fichier général des électeurs et électrices en vue du contrôle des inscriptions sur les listes électorales* ».

ou d'inscription n'émane pas de l'INSEE, le maire dispose d'un délai de huit jours pour le prévenir de ce changement au sens de l'article R20 C. électoral⁸⁸⁰. La tenue des listes électorales et les mouvements qu'elles peuvent subir relèvent principalement de l'INSEE qui est en lien perpétuel avec les maires des communes et les préfets de département.

394. *Quid de l'éligibilité des majeurs protégés ?* Aux termes des articles L.200 et L.230 du Code électoral, « ne peuvent être élus les majeurs placés sous tutelle ou sous curatelle » (en parlant des conseillers généraux) et « ne peuvent être élus conseillers municipaux les majeurs placés sous tutelle ou sous curatelle ». Le droit de vote est une chose, le problème de l'éligibilité en est un autre et il fait l'objet de dispositions éparses dans le Code électoral. Ainsi, selon les articles cités précédemment, il semble que les postes de conseillers municipaux et généraux ne soient pas accessibles aux majeurs protégés sauf à être sous sauvegarde de justice. L'inéligibilité des incapables est par conséquent plus large que la perte du droit de vote en ce qu'elle touche également les majeurs sous curatelle. Toutefois, les mesures de protection étant limitées dans le temps afin de respecter les principes de nécessité, proportionnalité et subsidiarité nés en 1968 et réaffirmés avec force par la loi du 5 mars 2007, l'inéligibilité n'est pas absolue. A condition de faire constater sa guérison par un jugement, il devient possible de se faire élire, notamment au sein du conseil municipal⁸⁸¹.

395. *Vote et conseil de la vie sociale.* Il convient de distinguer le droit de vote en tant que réel droit citoyen et le droit de vote dans différents organes que sont par exemple le conseil de la vie sociale ou le syndic de copropriété. Le droit de vote est accordé à chaque citoyen, seule une grave altération des facultés mentales qui serait irréversible peut priver une personne de ce droit fondamental. Mais dans des moments moins graves de la vie citoyenne, une personne, même privée de son droit de vote, peut être amenée à valablement s'exprimer et prendre part à la décision. Lors des conseils de la vie sociale qui doivent être organisés au moins une fois par trimestre dans les établissements ou services sociaux et médico-sociaux, tout participant peut voter quand bien même il serait civilement privé de son droit de vote. Nous pouvons voir

⁸⁸⁰ L'alinéa premier de cet article précise que : « Les maires sont tenus d'envoyer, dans un délai de huit jours, à l'Institut national de la statistique et des études économiques un avis de toute inscription ou radiation effectuée sur la liste électorale de leur commune ».

⁸⁸¹ Tel était le cas dans un arrêt du Conseil d'Etat en date du 22 août 2007, Juris-Data n°2007-072351. Dans cette affaire, Mme C. faisait l'objet d'une mesure de curatelle et le jugement de mainlevée n'est intervenu qu'après la date des opérations électorales. Par conséquent, Mme C. n'était pas éligible et ne pouvait postuler pour être conseiller municipal.

dans cette faculté offerte à chacun de participer à la prise de décision au sein de cet organe une faiblesse de celui-ci voire un manque de légitimité et un renforcement du caractère plutôt informel du CVS.

396. *Vote et syndic de copropriété.* Le principe de vote est encore différent en ce qui concerne les syndics de copropriété auxquels des majeurs protégés peuvent être intégrés en tant que propriétaires d'un lot. Durant l'assemblée générale, le majeur incapable a naturellement la possibilité d'assister à la réunion, mais il peut aussi exprimer sa volonté. Cependant, le poids de sa décision est variable en fonction de la mesure qui est mise en œuvre à son égard. En outre, le vote ne peut s'effectuer par le seul majeur protégé dans des cas précis et selon le type d'acte pour lequel un vote est exigé. Les principes directeurs de proportionnalité, nécessité et subsidiarité décident du poids du vote des majeurs protégés dans le cadre d'un syndic de copropriété.

Le majeur sous sauvegarde de justice dispose naturellement du même droit de vote – sans restriction – que toute autre personne non protégée. Dans toutes les hypothèses, il peut voter seul, sans aucune assistance ni représentation et sa décision possède la même valeur que tout autre citoyen. Il existe toutefois des restrictions en ce qui concerne les autres mesures de protection.

Le majeur placé sous curatelle bénéficie d'un droit de vote « plein » seulement lorsque la décision du syndic est relative à un acte d'administration au sens du décret du 22 décembre 2008⁸⁸² et consistant en une gestion courante du patrimoine. En revanche, l'assistance du curateur est requise lorsque les décisions du syndic de copropriété portent sur des actes de disposition qui entraînent une modification du patrimoine. Pour ces actes, les plus graves, le majeur ne peut valablement se prononcer qu'avec l'assistance de son curateur. Son droit de vote est ainsi restreint et en partie mis entre les mains du curateur pour les décisions relatives aux actes les plus graves et dangereux pour le patrimoine du majeur. La restriction s'explique par une volonté de protection de la personne, et de ses biens, dont les facultés ont nécessité l'ouverture d'une mesure.

Enfin, le majeur sous tutelle voit son droit de vote au sein des assemblées générales des syndics de copropriété encore plus encadré. Il ne dispose plus directement de la possibilité de se prononcer et doit nécessairement s'en remettre à leur représentant légal, parfois après

⁸⁸² 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.

autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles. Les décisions engageant le patrimoine du majeur protégé de manière normale, sans trop d'importance, sont votées par le tuteur seul, tandis que les décisions les plus importantes, les actes de disposition, doivent être autorisées par le conseil de famille ou le juge des tutelles avant d'être exprimées par le tuteur lors de l'assemblée générale. Par conséquent, un majeur sous tutelle est totalement privé d'un quelconque droit de vote lorsqu'il fait partie d'un syndic de copropriété. C'est pourquoi il faut absolument que le syndic soit averti d'une éventuelle mesure mise en œuvre à l'égard d'un copropriétaire et que cette information soit consignée dans un fichier. La modification du fichier, notamment quant à la mise en œuvre d'une mesure de tutelle, doit être privilégiée à la suite de l'envoi d'une lettre qui pourra permettre de justifier son agissement. Le tuteur pourra rédiger cette lettre et apporter, à l'appui, une copie de l'acte du juge des tutelles.

397. Membre d'une association. Le majeur protégé peut aussi faire partie d'une association de quelque nature que ce soit (culturelle, sportive...) dès lors que la cotisation n'a pas un montant trop élevé. En tant qu'adhérent dans ce type de structure, la personne dispose d'un droit de vote, lors des assemblées générales par exemple. Chaque adhérent paie la même somme pour faire partie de l'association, chacun dispose donc d'une voix lors du vote en son sein car les décisions prises ne constituent pas des actes suffisamment graves concernant le majeur protégé. En outre, les décisions relevant de l'association ne concernent que très rarement directement la personne du majeur. Les règles relatives à l'accessibilité issues de la loi du 11 février 2005 imposent que les informations soient suffisamment claires pour être comprises par chacun, le vote des personnes handicapées mentales sera éclairé.

398. Curseur délicat à placer. Cette gradation dans la possibilité de voter lors de certaines instances particulières se rapproche du droit de vote citoyen bien que celui-ci soit ouvert à un plus grand nombre de personnes handicapées mentales – seules certaines personnes sous tutelle pouvant en être privées –. Le fait de ne pas accorder systématiquement le droit de vote dans des instances particulières aux personnes dont les facultés sont altérées donne certainement du crédit à ces organes. Le conseil de la vie sociale, au sein duquel peuvent voter des personnes lourdement handicapées, perd ainsi du crédit alors que la volonté du législateur était de promouvoir l'autonomie des majeurs protégés. Mais, la privation absolue du droit de vote dans un syndic de copropriété pour les majeurs sous tutelle semble excessive. Même s'il faut protéger les biens immobiliers de l'individu et son logement, il est important que chacun, même sous tutelle, puisse s'exprimer. En revanche, cette privation semble

justifiée dans d'autres cas tels que les jurés d'assises. Le jury populaire chargé de juger les personnes suspectées d'avoir commis un crime ne peut comporter de majeurs placés sous tutelle ou sous curatelle.

§2) Une catégorisation critiquée et critiquable

Dès sa mise en œuvre, la catégorie des actes strictement personnels a fait l'objet de critiques justifiées qui font qu'il est urgent d'imaginer des mécanismes permettant de simplifier le processus décisionnel relativement aux actes personnels et intimes exigeant la seule intervention du majeur. Si l'expression employée n'est certainement pas la meilleure, le problème est plus profond à tel point qu'il est possible de se demander s'il était judicieux et indispensable de reconnaître une telle catégorie d'actes.

A. Une terminologie inadaptée, trompeuse et incorrecte

Le premier reproche pouvant être fait à cette catégorie d'actes réside dans la terminologie utilisée. Elle ne reflète pas véritablement ce qu'englobent ces actes et peut prêter à confusion. En outre, le système utilisé, celui du listing, n'est certainement pas le plus judicieux et il laisse planer des doutes sur les actes qui ne sont pas directement énumérés. C'est le bien-fondé de ces actes relevant de l'article 458 C. civ. qui peut être critiqué et remis en cause.

1° Une expression trompeuse

399. *Intervention possible de tiers.* Précisons d'emblée que le vocable « d'actes strictement personnels » n'est pas le mieux adapté puisqu'en réalité, c'est le consentement qui doit être personnel, pas l'acte en lui-même. En effet, la terminologie donnée aux actes relevant de l'article 458 du Code civil ne semble pas forcément appropriée et judicieuse en ce sens que certains actes énumérés dans la liste peuvent être effectués par des tiers. C'est le cas particulièrement de la déclaration de naissance d'un enfant qui, au sens de l'article 56 du Code civil, ne relève pas toujours du majeur protégé. En effet, cette déclaration est en principe

faite par le père mais il n'est pas le seul à y être autorisé par la loi puisque la naissance d'un enfant est susceptible d'être déclarée « *à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; [...] par la personne chez qui elle sera accouchée* ». La liste de personnes susceptibles d'effectuer une déclaration de naissance paraît longue pour un acte soi-disant strictement personnel. En outre, aucun lien particulier entre l'enfant et le déclarant n'est exigé, mis à part peut être le fait d'avoir assisté à l'accouchement. Paradoxalement, certains actes, à l'image de ceux qui ont trait à la sphère médicale ou à la sexualité, ne figurent pas dans la liste de l'article 458 C. civ. alors qu'ils sont plus « personnels » et ouverts à moins de personnes que la déclaration de naissance.

400. *Prise en compte des effets de l'acte.* Pour faire face à cette imprécision terminologique, une solution envisagée résidait dans la création d'une nouvelle distinction en fonction des effets des actes en question. Lorsque les effets de l'acte ne concernent que la personne, la qualification d'acte personnel serait conservée contrairement aux actes ayant un impact sur un public plus large, notamment la famille du majeur protégé. Ces derniers seraient alors appelés actes familiaux et ne seraient pas cantonnés uniquement au consentement strictement personnel de l'intéressé, mais seraient ouverts à l'assistance voire à la représentation en cas de besoin. L'intervention extérieure pour la réalisation de tels actes se justifie par un souci sécuritaire à l'égard des personnes qui subissent les effets directs de l'acte en cause. Si nous prenons l'exemple de l'adoption, il est clair que les effets concernent aussi bien l'adoptant que l'adopté, mais aussi le conjoint ou encore les collatéraux. Il semble clair que cet acte serait qualifié de familial. L'intérêt de l'adopté devrait alors être défendu et c'est en ce sens que le recours à l'assistance ou à la représentation doit être envisagé.

Le juge serait alors la clé de voûte du processus puisque ce serait à lui « *de déterminer si l'acte personnel peut être fait par le majeur protégé seul ou avec un encadrement gradué* »⁸⁸³. Le fait de parler « *d'encadrement gradué* » est très satisfaisant car ce vocable démontre la volonté de respecter les principes de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité réaffirmés dans la réforme du 5 mars 2007. En outre, le fait de graduer la protection est une marque de la prise en compte de l'autonomie de la personne, l'autonomie est préservée au maximum et la protection n'est instaurée qu'en dernier recours. Dans ces propos, il ressort

⁸⁸³ C'est ce que souligne très justement le Professeur D. Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », art. préc.

clairement que l'autonomie des majeurs protégés est favorisée et prime sur leur protection. Cette dernière n'est d'ailleurs mise en œuvre que lorsque le majeur ne peut plus exercer son autonomie et qu'il encourt une menace ou un danger.

Mais ce recentrage de la procédure sur le juge des tutelles pourrait alourdir sa charge de travail alors qu'elle est déjà imposante et que la pratique démontre qu'ils sont considérablement occupés avec les mesures actuelles. Le juge des tutelles est en permanence sollicité et serait encore amené à déterminer si l'acte doit être qualifié de personnel ou de familial et donc si le majeur doit donner son seul consentement ou si une assistance ou une représentation sont nécessaires. C'est ce qui constitue le principal frein de cette proposition, le juge des tutelles récupérerait une nouvelle mission dans un bagage déjà lourd pour lui actuellement.

2° Des interrogations sur le bien-fondé de cette catégorie d'actes

401. *Non exhaustivité de la liste.* Bien qu'*a priori* source d'autonomie en faveur des majeurs handicapés mentaux, cette catégorie d'actes n'est pas sans poser diverses problèmes et interrogations. La doctrine s'est tout d'abord, et souvent, posée la question du caractère judicieux de l'établissement d'une liste non limitative et s'est fondée sur cet argument pour montrer les faiblesses de cette catégorie⁸⁸⁴ : le Professeur Guével affirme à cet égard que « *la rédaction des lois actuelles laisse à désirer* »⁸⁸⁵ et regrette le fait que le législateur donne sur ce point « *pouvoir aux juges de prolonger sa mission* ». En effet, aucune frontière permettant de dire clairement si tel ou tel acte est susceptible d'échapper à toute assistance ou à toute représentation n'est établie ce qui peut créer non seulement une certaine insécurité juridique mais aussi des conflits. En déléguant sa mission et en remettant entre les mains des juges l'établissement de la liste des actes strictement personnels, le législateur s'en remet à une part d'arbitraire qui est nuisible au justiciable. Cependant, tous les torts n'incombent pas au législateur qui a suivi la trame des porteurs du projet de loi⁸⁸⁶ car ceux-ci n'avaient pas pris le

⁸⁸⁴ Certains auteurs, dont le Professeur D. Noguéro, y voient pourtant un avantage quant à « *une amorce d'unification du régime de la catégorie des actes strictement personnels* » au sein du Code civil ce qui reste discutable puisque des renvois sont souvent faits aux dispositions du Code de la santé publique et que même au sein du Code civil, les articulations entre les différents articles ne sont pas toujours évidentes. D. Noguéro, « Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés », *LPA*, n°3, 5 janv. 2010, p 5.

⁸⁸⁵ D. Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », art. préc.

⁸⁸⁶ H. de Richemont, Rapport n°212, Sénat, 7 févr. 2007 et E. Blessig, Rapport n°3557 sur le projet de loi n°3462, AN, 10 janv. 2007.

soin de dresser la liste des actes qu'ils considéreraient comme personnels. Le souci réside dans le fait que la jurisprudence est censée combler les vides juridiques ; or, la loi n'est pas totalement muette sur le point des actes strictement personnels puisqu'une liste existe. Par conséquent, « *en l'état actuel du droit positif, la jurisprudence pourrait s'en tenir à cette liste* »⁸⁸⁷ mais il semble plus logique de faire évoluer la liste en la considérant non limitative.

402. *Quid des actes médicaux ?* Sur ce point, l'exemple des actes médicaux est très intéressant puisque ceux-ci ne figurent pas dans la liste de l'article 458 C. civ. Bien que touchant directement à la personne, à son intégrité physique et à son intimité, ces actes peuvent apparemment faire l'objet d'assistance ou de représentation. Le Professeur Guével⁸⁸⁸ met en avant le manque de pertinence de la catégorie des actes éminemment personnels et propose une distinction prometteuse : en tant qu'actes n'ayant aucune conséquence sur les tiers mais seulement sur la personne handicapée mentale, les actes médicaux seraient des actes personnels purs. Partant, le seul consentement de la personne intéressée serait nécessaire pour que l'acte se réalise, sans que quelqu'un ne puisse interférer dans la prise de décision. A l'inverse, les actes que le Professeur Guével qualifie de « *familiaux* »⁸⁸⁹ sont ceux dont les effets touchent aussi directement d'autres personnes. Par conséquent, l'assistance et la représentation seraient autorisées pour le cas où la personne ne pourrait consentir elle-même.

403. *Problème du manque de discernement.* Ne pouvant donner lieu ni à assistance ni à représentation, les actes ne pourront donc être effectués lorsque le majeur s'y sera opposé. Or, cette situation peut être dangereuse pour lui ou être contraire à ses intérêts alors que ceux-ci doivent guider la mise en œuvre de la protection du handicapé mental. L'exemple qui est souvent utilisé est celui d'une personne handicapée mentale qui aurait été placée dès son plus jeune âge dans une famille d'accueil. Il est probable que l'adoption soit finalement envisagée et qu'une demande émane de la famille d'accueil. Toutefois, s'agissant d'un acte relevant de l'article 458 du Code civil, il faut nécessairement que l'intéressé donne son consentement relativement à sa propre adoption. Dans le cas contraire, l'adoption ne peut avoir lieu bien que l'intérêt de la personne semble commander l'inverse en ce sens que l'adoption permet la création d'un véritable lien (affectif et juridique), ce qui aura nécessairement une incidence

⁸⁸⁷ S. Moracchini-Zeidenberg, « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD Civ.* 2012, p 21.

⁸⁸⁸ D.Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », art. préc.

⁸⁸⁹ Cette distinction est proposée par le Professeur D.Guével qui estime que la seule création de la catégorie d'actes strictement personnels, comme cela est prévu par la loi du 5 mars 2007, manque de pertinence. D.Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », art. préc

patrimoniaire mais aussi vis-à-vis des enfants de l'adoptant. Leur situation juridique sera modifiée dès lors que l'adoption sera prononcée.

Prenons l'exemple des transmissions à titre gratuit et des droits de mutation dont l'article 786 1° du Code général des impôts prévoit la perception gratuite lors d'une transmission faite « *en faveur d'enfants issus d'un premier mariage du conjoint de l'adoptant* ». Partant, par le biais de l'adoption, un enfant pourra éventuellement bénéficier des avantages réservés habituellement aux descendants en lignée directe concernant les abattements. Il est en de même en matière successorale où « *l'adopté a les mêmes droits que l'enfant par le sang* »⁸⁹⁰. Cette idée de calquer les régimes que l'adoption concerne l'enfant du concubin ou celui du conjoint est aussi connue en droit communautaire puisque la Cour européenne des Droits de l'Homme, le 13 décembre 2007⁸⁹¹ dénonce la disparition de la pertinence de cette distinction.

L'adoption ouvre par conséquent une double porte à la personne adoptée qui demeure bénéficiaire des droits successoraux découlant de sa famille originelle auxquels s'ajoutent ceux de sa famille d'adoption où elle est considérée comme un descendant ordinaire lorsqu'une succession est ouverte.

404. Blocage (dangereux) de l'acte par manque de discernement. L'hypocrisie de la loi réside dans le fait que les majeurs en curatelle, et *a fortiori* en tutelle, sont ceux dont les facultés sont les plus lourdement atteintes. Par conséquent, il arrivera fréquemment que leur discernement ne soit pas suffisant pour donner un consentement libre à l'acte en question et « *le défaut de discernement conduit à l'impossibilité d'agir* »⁸⁹². Cette impossibilité d'agir par manque de lucidité constituera la majorité des cas en ce qui concerne les majeurs sous tutelle ; l'acte, bien que personnel, ne sera pas effectué. Cette impossibilité éventuelle d'effectuer l'acte en question devient problématique dans la mesure où, très souvent, les actes éminemment personnels resteront sans suite et sans effet ce qui provoque « *un effet inverse de celui recherché : interdire plus souvent ces actes aux majeurs concernés* »⁸⁹³. Il s'avère donc que la prohibition de l'assistance et de la représentation en matière d'actes personnels produira des effets contraires à ceux qui étaient initialement recherchés. A trop vouloir

⁸⁹⁰ Y. Favier, « Pas d'adoption simple pour le majeur sous tutelle inapte à consentir à sa propre adoption », *JCP G n°4*, 21 janvier 2009, II 10012, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2008, n°07-16094, paragraphe 81.

⁸⁹¹ Arrêt CEDH 13 déc. 2007, n°39051/03, Emonet c/ Suisse.

⁸⁹² D. Noguéro, « Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés », *LPA*, 5 janv. 2010, n°3, p 5.

⁸⁹³ D. Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », art. préc. Voir aussi en ce sens J-M. Plazy, *D.* 2009, p 2190, qui parle « *d'un texte qui se voulait protecteur des intérêts du majeur protégé... et qui méconnaît directement cet intérêt* ».

protéger les personnes souffrant des handicaps mentaux les plus lourds, le législateur leur restreint de manière irrémédiable l'accès à des actes pourtant purement personnels. Catégorie souhaitée dans le but de favoriser l'autonomie des personnes, elle a cependant été mal conçue et nécessite clairement une refonte pour la rendre efficiente.

Sans toutefois aller jusqu'à la suppression – « *semblant peu probable* »⁸⁹⁴ –, il est nécessaire de changer de stratégie et d'envisager des solutions permettant aux majeurs protégés d'exercer librement leur choix concernant ce type d'actes. C'est pourquoi la liste de l'article 458 C. civ. ne présente que peu d'utilité et devrait laisser place à un système plus cohérent et moins limitatif. A cet égard, M. Plazy avance un système de « *strictes exceptions* » qui seraient insérées dans les différentes dispositions relatives à l'aspect personnel que présentent certaines décisions.

405. Anticipation par la Cour de cassation. Il est un cas jurisprudentiel criant à cet égard puisque la Cour de cassation, dans un arrêt de la première chambre civile du 8 octobre 2008⁸⁹⁵, anticipe quant à l'entrée en vigueur de la nouvelle législation⁸⁹⁶. Les juges suprêmes utilisent en effet l'expression « *acte strictement personnel* » pour qualifier sa propre adoption pour un majeur sous tutelle alors que ce vocable n'est encore pas applicable, la réforme du 5 mars 2007 n'entrant en vigueur que le 1^{er} janvier 2009. De ce fait, assistance et représentation ne sont pas autorisées pour cette adoption puisque, par son intimité prononcée et son lien avec l'état de la personne, il ne peut être que le fruit du consentement de l'intéressé. Pourtant, en l'espèce, il semble que l'intérêt de la majeure, autiste, eut été de pouvoir être adoptée car des liens forts semblaient avoir été tissés avec la seconde épouse de son père. Bien que « *la réponse n'est pas juridiquement discutable [...], elle laisse toutefois une impression de malaise* »⁸⁹⁷. Malaise semble le terme approprié puisque l'intérêt de la jeune majeure autiste aurait certainement commandé que l'adoption puisse avoir lieu malgré son manque de lucidité certain. Il convient alors de faire un rapprochement avec le cas des mineurs et la notion de discernement qui valide ou non la possibilité pour eux de donner un consentement. Concernant l'enfant mineur, le seuil est fixé à 13 ans : à partir de cet âge, le discernement est

⁸⁹⁴ J.-M. Plazy, obs. *D.* 2009, p 2190.

⁸⁹⁵ Cass. Civ. 1^{ère} 8 oct. 2008, pourvoi n°07-16094, J. Hauser, *RTD Civ.* 2008, p 655 ; L. Pécaut-Rivolier, *AJ Fam.* 2008, p 435 ; V. Norguin, *D.* 2008, p 2663.

⁸⁹⁶ En effet, l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 était prévue pour le 1^{er} janvier 2009, soit environ 3 mois après l'arrêt en question rendu par la Cour de cassation.

⁸⁹⁷ Formule employée par Jean Hauser, « Les actes strictement personnels : anticipation sur la loi du 5 mars 2007 (applicable au 1^{er} janvier 2009), le consentement du majeur à sa propre adoption », *RTD Civ.* 2008, p 655.

présupposé et l'individu est apte à consentir valablement. Partant, le manque de lucidité constaté chez une personne handicapée mentale peut être comparé au manque de discernement du mineur de 13 ans. Dans cette hypothèse, « *le futur adopté n'intervient pas dans son adoption* »⁸⁹⁸ mais son consentement n'est pas une condition nécessaire à la réalisation de l'acte, seul un avis peut éventuellement lui être demandé et cet avis, même négatif, sera sans incidence sur la décision finale. Le consentement à l'acte sera donné, en définitive, par les représentants de l'enfant en mettant en avant l'intérêt de ce dernier. Cette hypothèse illustre le permanent va-et-vient entre la protection et l'autonomie et l'antinomie qui en résulte quand bien même les deux notions devraient être conciliées. Mais, comme le souligne B. Marrion, il est en réalité question d'un « *curseur* » qui est souvent déplacé, la minorité, comme le handicap mental, « *conduisant à maintenir le curseur davantage vers la protection* »⁸⁹⁹. L'apparition de la réforme du 5 mars 2007 à l'origine de cette catégorie des actes personnels démontre une nouvelle vision des personnes vulnérables, « *le curseur pointant désormais davantage vers l'autonomie* »⁹⁰⁰, la personne n'étant plus perçue comme n'ayant aucun pouvoir décisionnel.

406. Tutelle et adoption. Un premier pas concernant l'adoption et la tutelle a déjà été fait, lorsque le 4 juin 2007⁹⁰¹, la Cour de cassation rend un arrêt énonçant que « *la requête en adoption est une action dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation de l'adoptant placé sous tutelle* ». L'adoption, qu'elle concerne le majeur handicapé lui-même ou une autre personne, est un acte relevant de la sphère intime et entrant dans le champ d'application de la capacité naturelle reconnue à chacun. Cependant, cet arrêt ne concerne pas exactement le même problème que celui qui a été précédemment étudié. En l'espèce, il s'agit plus particulièrement de la présentation d'une requête en adoption à l'initiative d'une personne placée sous tutelle, à savoir si celle-ci peut ou non donner lieu à représentation. La véritable question est donc celle de la qualification de l'acte de présentation de cette requête : est-ce un acte strictement personnel, auquel cas le seul consentement de l'intéressé est nécessaire, ou est-ce un acte plus courant susceptible d'assistance ou de représentation ? En d'autres termes, une personne placée sous tutelle peut-elle, seule, faire une requête en adoption ou doit-elle être représentée pour effectuer cet acte ?

⁸⁹⁸ C. Neirinck, « L'adoption de la personne handicapée mentale », *RDSS 2009*, p 176.

⁸⁹⁹ B. Marrion, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », op. cit., n°356, p 202.

⁹⁰⁰ B. Marrion, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », op. cit., n°731, p 398.

⁹⁰¹ Cass. Civ. 1^{ère} 4 juin 2007 n°05-20243.

Contrairement à l'arrêt précédent, le majeur en tutelle a le rôle de l'adoptant et plus celui de l'adopté. Selon la Cour de cassation, peu importe la place occupée par le majeur handicapé mental – adopté ou adoptant –, les actes ayant trait à l'adoption sont des actes strictement personnels ce qui signifie que « *soit le majeur agit seul, au risque que sa requête soit annulée pour cause de trouble mental ; soit le majeur est autorisé spécialement à engager une requête, au titre d'un allègement de sa tutelle* »⁹⁰². Ainsi, par principe, tous les actes relatifs à l'adoption doivent donner lieu à un consentement personnel de l'individu et le recours à l'assistance ou à la représentation ne demeure qu'exceptionnel et après décision du juge à l'ouverture de la tutelle ou dans un jugement postérieur.

Il convient alors de préciser que le fondement de la réflexion n'est plus le même dans cette seconde espèce puisque la présentation d'une requête en adoption ne figure pas expressément dans la liste de l'article 458 C. civ. Le cas de la requête en adoption entre plutôt dans le champ d'application de l'article 459 C. civ. qui prévoit que les décisions personnelles sont en principe prises par le majeur lui-même, mais que, sur autorisation du juge des tutelles, il peut être assisté ou représenté par la personne en charge de sa protection. Bien que cela n'ait pas été clairement exprimé par la Cour de cassation, elle a tranché l'affaire en opérant une combinaison des dispositions de ces articles du Code civil. En effet, alors qu'elle qualifie cette requête d'acte strictement personnel, donc insusceptible d'assistance ou de représentation, elle lui applique pourtant le régime des actes relevant de l'article 459 C. civ.

B. Des propositions intéressantes pour clarifier les actes personnels

A travers ces exemples concernant principalement la reconnaissance d'un enfant et le consentement à sa propre adoption, on constate que la catégorie des « *actes strictement personnels* » élaborée par le législateur en 2007 n'est pas judicieuse. Elle n'est donc pas satisfaisante quant à la non-exhaustivité de la liste mais aussi quant à son contenu. Il convient de tenter d'apporter des solutions permettant de remédier à ces manques susceptibles d'être préjudiciables y compris pour le majeur protégé. Parmi les solutions envisageables, trois méritent d'être développées : la tutelle allégée, modifier le rôle du juge et redonner de l'importance au conseil de famille.

⁹⁰² T. Fossier, « Représentation de l'adoptant placé sous tutelle », *Dr. Fam.* n°7, juillet 2007, comm. 153.

1° Le recours à la tutelle allégée

407. *Cas d'exception trop peu utilisé.* Peut-être serait-il utile, dans cette hypothèse, d'avoir plus souvent recours à la tutelle allégée dont les principes sont prévus à l'article 473 C. Civ⁹⁰³. Ainsi, le juge des tutelles peut exceptionnellement, et si l'état de lucidité du majeur sous tutelle le permet, sortir certains actes de la tutelle afin de permettre au majeur de les effectuer seul ou avec la simple assistance du tuteur. Il est donc possible de mettre en place une simple assistance de la part du tuteur ce qui n'est pas le principe dans le paysage juridique français qui donne au tuteur un rôle de représentation du majeur. Ce recours rare à l'assistance du tuteur peut s'expliquer par la nature personnelle et intime des actes en question. Toutefois, l'utilisation de ces dispositions s'avère parfois salutaire et judicieux afin « *d'éviter le piège du régime du "tout ou rien"* »⁹⁰⁴. Ce mécanisme est alors perçu comme une alternative permettant au majeur placé sous tutelle de participer, bien que de manière ponctuelle, à certaines décisions le concernant. La simple ouverture d'une mesure de protection constitue une rude épreuve pour la personne puisqu'elle se retrouve démunie de toute autonomie et entièrement dépendante d'une personne tierce. Or, la volonté actuelle est de placer la personne au centre du dispositif décisionnel, à l'image de ce qu'affirmait le Professeur Malaurie : « *La personne qui doit parler pour l'incapable, c'est d'abord le majeur protégé lui-même, s'il le peut* »⁹⁰⁵. C'est pourquoi, le juge des tutelles peut, de manière ponctuelle, autoriser le majeur à effectuer certains actes ; ce dernier disposant alors d'un minimum de liberté quant aux choix concernant sa personne comme cela peut aussi être le cas dans la gestion de son patrimoine, particulièrement son logement comme nous l'avons étudié précédemment. La question peut aussi prendre une importance certaine dans la gestion de l'argent de poche car différents critères entrent en ligne de compte, notamment l'importance du patrimoine du majeur protégé et donc le montant de l'argent de poche dont dispose la personne. Cette somme est évaluée en fonction des besoins du majeur et si la somme n'est pas importante – et ne risque pas de mettre en danger la santé et la sécurité de la personne –, la gestion pourra se faire de manière autonome. En outre, certains majeurs protégés dont les

⁹⁰³ L'alinéa 2 de l'article 473 C. Civ. précise en effet : « *Toutefois, le juge peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur* ».

⁹⁰⁴ J-M. Plazy, « La personne de l'incapable », thèse Bordeaux IV, éd. La Mouette, 2002, n°506.

⁹⁰⁵ P. Malaurie, « La Cour de cassation au XXème siècle », in R. 1999, Doc. fr. , p 18.

facultés ne sont pas totalement altérées peuvent demander à ce que leur argent de poche soit réévalué et fasse l'objet d'une augmentation. La décision revient à une équipe pluridisciplinaire qui prend en charge la personne. L'autonomie du majeur est préservée au mieux dans la gestion de ces petites sommes afin que ce dernier conserve des repères et des références en matière financière.

2° L'accroissement du rôle du juge

408. *Plus d'assistance ni de représentation.* Il convient de préciser que ce recours à la tutelle allégée ne découle que du seul office du juge, lequel n'a plus besoin de demander un avis médical précisant que le majeur est en état d'effectuer l'acte seul⁹⁰⁶. Voilà donc une nouvelle disposition qui met en exergue le recul de la place qu'occupe le médecin traitant dans la protection des majeurs handicapés mentaux. Puisqu'il touche au plus près à la personne du majeur handicapé mental et que la loi de 2007 crée un statut personnel au profit du majeur, le consentement personnel semble être incontournable et la mise à l'écart de la représentation est justifiée.

Il convient alors de se poser la question du caractère judiciaire et fondé du recours à l'assistance. En effet, le « *rôle de l'assistant n'est pas de vouloir à [la] place* »⁹⁰⁷ de la personne incapable de s'exprimer, elle s'avère donc entièrement inutile dans cette hypothèse puisqu'en aucun cas le consentement du tuteur, agissant en tant qu'assistant, ne pourra se substituer à celui du majeur. Dans le cadre des actes strictement personnels, parmi lesquels se retrouvent l'adoption et le consentement à sa propre adoption, il n'est nullement question d'incapacité, l'assistance semble donc inappropriée voire même « *totalelement inutile* »⁹⁰⁸.

409. *Instituer une autorisation judiciaire subsidiaire garante de l'intérêt du majeur ?* Le juge se retrouve être le seul évaluateur de l'état du majeur protégé qui se présente devant lui, c'est donc lui qui va déterminer si la personne est ou non apte à donner un consentement libre et éclairé nécessaire à la réalisation de l'acte. Il est alors possible de se retrouver dans une impasse en ce sens que si l'intéressé n'est pas en état de consentir de manière libre et éclairée,

⁹⁰⁶ Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968, l'article 501 C. Civ. disposait en effet « *En ouvrant la tutelle ou dans un jugement postérieur, le juge, sur l'avis du médecin traitant, peut énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire elle-même, soit seule, soit avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu* ».

⁹⁰⁷ C. Neirinck, « L'adoption de la personne handicapée mentale », *RDSS 2009*, p 176.

⁹⁰⁸ C. Neirinck, « L'adoption de la personne handicapée mentale », art. préc.

l'acte ne pourra être effectué. Cependant, pour servir l'intérêt du majeur handicapé mental, ne faudrait-il pas, de manière exceptionnelle bien sûr, autoriser une représentation en passant outre le seul caractère strictement personnel de l'acte en cause ? La loi de 2007 a insisté sur l'intérêt du majeur protégé et notamment sur le fait qu' « elle [la protection] a pour finalité l'intérêt de la personne protégée »⁹⁰⁹. Or, celui-ci est parfois bafoué et le recours au tuteur, en tant que représentant, du majeur pourrait s'avérer utile, voire nécessaire, pour défendre l'intérêt du tuteur, y compris concernant un acte strictement personnel. Par exemple, les actes relatifs à l'autorité parentale sont considérés comme des actes relevant de l'article 458 C. civ. Ils peuvent concerner les décisions médicales relatives à l'enfant, les cas les plus lourds devant peut-être faire appel au tuteur pour éclairer au mieux la décision du majeur protégé. De même, la reconnaissance d'un enfant, qu'il va falloir éduquer, peut avoir un impact sur le patrimoine du majeur protégé et en fonction de la teneur de ce dernier, la reconnaissance peut apporter un changement important. C'est pourquoi dans cette hypothèse, le recours au tuteur pourrait être salutaire pour éviter que le majeur ne se mette trop en danger, notamment sur le plan financier.

L'autorisation judiciaire, si elle était une condition de la réalisation des actes personnels, constituerait un garde-fou, le juge ayant l'obligation de se prononcer dans le seul intérêt du majeur. Cette intervention éventuelle du juge des tutelles dans le processus décisionnel relativement aux actes personnels n'est pas explicitement exclue par le texte de loi. « Le recours au juge pour suppléer à la volonté défaillante »⁹¹⁰ est une solution envisageable qui, toutefois, alourdirait encore la charge des juges des tutelles qui sont déjà très sollicités. En effet, le juge est impliqué dans diverses procédures relevant de la sphère intime de la personne : c'est le cas par exemple en matière de mariage ou de PACS et lors d'une adoption à l'image de ce qui existe pour les enfants⁹¹¹.

3° La "revitalisation" du conseil de famille

410. *Concordance avec la volonté de donner une place centrale à la famille.* La volonté législative affichée en 2007 lors de la réforme de la protection juridique des majeurs est, outre de laisser autant que possible une marge d'autonomie, de donner priorité à la famille. La

⁹⁰⁹ Cette disposition est contenue à l'alinéa 3 de l'article 415 C. Civ.

⁹¹⁰ S. Moracchini-Zeidenberg, « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD Civ.* 2012, p 21.

⁹¹¹ L'article 353 al. 1^{er} C. civ. énonce que « L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie [...] si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

réaffirmation des principes directeurs de la loi du 3 janvier 1968 – nécessité, subsidiarité et proportionnalité – démontre que la mise en œuvre de mesures judiciaires ne doit se faire qu'en dernier recours et si des solutions moins contraignantes ne peuvent être trouvées. Le principe important relativement à notre développement est celui de subsidiarité. Il prouve qu'il existe une hiérarchie dans la mise place d'une mesure de protection à l'encontre d'un majeur dont les facultés sont altérées. L'article 415 C. civ précise à cet effet que « *elle* [la protection] *est un devoir des familles et de la collectivité publique* ». La famille, lorsque les liens ne sont pas distendus ou conflictuels, peut constituer un relais intéressant dans l'exécution des actes personnels au cas où le majeur ne pourrait lui-même valablement y consentir et jouerait pleinement son rôle de protecteur naturel du majeur en difficulté. Ce n'est qu'en cas de défaillance ou d'insuffisance de celle-ci que la protection est dévolue à une autre entité.

La famille doit donc occuper une place importante dans la protection de la personne vulnérable, les repères étant plus familiers et plus favorables à l'individu. C'est pourquoi doit primer le régime matrimonial dès lors que son application est suffisante pour offrir une protection satisfaisante à la personne et centrée sur son intérêt. Bien que la priorité soit donnée au conjoint puisqu'il est question de « *régime matrimonial* », la famille dans un sens plus large peut être intégrée dans la protection et la prise en charge d'une personne dont les facultés sont altérées. Il convient toutefois d'apporter une petite atténuation car la famille ne fait l'objet, de la part du Code civil, d'aucune définition juridique. Lors de l'ouverture d'une mesure de protection, le recours au conseil de famille est possible bien qu'il reste rare dans les faits⁹¹².

Il ne faut par conséquent pas perdre de vue que l'intervention du conseil de famille, qui « *n'avait pas beaucoup intéressé le législateur de 2007* »⁹¹³, demeurerait exceptionnelle et soumise à l'impossibilité avérée de la personne intéressée de s'exprimer valablement. Ce principe de recours ultime à la collégialité est celui qui est déjà utilisé en matière médicale en précisant que le conseil de famille n'a aucun rôle dans ce domaine. La collégialité est notamment utilisée en ce qui concerne l'arrêt du traitement lorsque le patient est incapable de faire savoir sa volonté et qu'il se trouve en fin de vie. La prise de décision médicale est nécessairement précédée d'une procédure collégiale – et médicale – qui permet de confronter

⁹¹² Dans son ouvrage, « Protéger un majeur vulnérable », 1^{ère} éd., 2010, Delmas, L. Pécaut-Rivolier avance le chiffre de 0,5% en ce qui concerne la proportion de mesures exercées sous forme de conseil de famille (n°612, p 116).

⁹¹³ T. Fossier, « Protection juridique des mineurs et des majeurs. A propos du décret du 5 décembre 2008 modifiant le Code de procédure civile », *JCP G* n°51, 17 déc. 2008, act. 732.

des avis et de faire un choix respectant au mieux l'intérêt du patient. Ce mécanisme pourrait utilement pallier le manque de lucidité et de discernement du majeur protégé dans les situations où les familles ont un patrimoine important ou celles dont les liens sont distendus pour que la collégialité permette de limiter les dérives et les abus.

411. Simplification du mode de fonctionnement. Cependant, le fonctionnement et le mécanisme même du conseil de famille devraient être revus et adaptés afin d'opérer une simplification nécessaire et salutaire. Actuellement, le conseil de famille compte au minimum quatre membres désignés par le juge des tutelles qui en est le président. Sont ensuite choisis un tuteur et un subrogé tuteur qui exécutent et contrôlent les décisions du conseil. Certaines contraintes sont alors évidentes quant au mode de fonctionnement du conseil de famille et expliquent très largement que celui-ci ne soit que rarement utilisé à tel point qu'en 2007, lors de la réforme de la protection des majeurs, il avait été envisagé de le supprimer. Lors de toute décision relative à un acte de disposition, le conseil de famille doit être réuni pour se prononcer afin de donner l'autorisation au tuteur d'accomplir l'acte en cause. Ceci nécessite donc très souvent la présence physique de chacun des membres ce qui peut constituer une contrainte importante dans le bon déroulé de la procédure. Comme cela est déjà fait pour les actes sans difficulté apparente et dont les décisions semblent simples, la procédure pourrait prévoir « *de consulter le conseil de famille par correspondance* »⁹¹⁴. De plus, les nouveaux moyens technologiques⁹¹⁵ permettent sans aucun doute d'éviter d'avoir à réunir physiquement tous les membres du conseil de famille : le mail voire la vidéoconférence seraient des technologies plus simples et tout aussi efficaces pour les réunions du conseil de famille. Lorsque les membres du conseil de famille ne sont pas tous au même endroit, il suffirait de convenir d'une heure pour organiser une visioconférence au lieu de faire déplacer tout le monde. L'envoi de mails permettrait aussi de simplifier les choses, les courriers électroniques commencent à être reconnus juridiquement⁹¹⁶. Pour les actes les moins importants et ne nécessitant pas obligatoirement de rencontre physique des membres du conseil de famille, le mail serait un moyen intéressant. Cela permettrait de décharger le juge des tutelles et surtout

⁹¹⁴ L. Pécaut-Rivolier, « Protéger un majeur vulnérable », 1^{ère} éd., 2010, éd. Delmas, n°611, p 115.

⁹¹⁵ Plus particulièrement sur la visioconférence, voir J. Simon-Delcros, « Visioconférence : moderniser sans déshumaniser », *Gaz. Pal.*, 9 mai 2010, n°129-131, p 8.

⁹¹⁶ Voir en ce sens : J. Huet, « Le point sur la preuve par documents informatiques ou échanges électroniques », *Lamy droit de l'immatériel*, 1^{er} juin 2011, n°72, p 30 ; I. Renard, « L'envoi d'un courrier recommandé par voie électronique enfin possible », *JCP G*, 2 mai 2011, n°18, p 856 ; P-D. Cervetti, « Quelques perspectives d'avenir autour de la preuve par courrier électronique », *Lamy droit de l'immatériel*, 1^{er} janv. 2011, n°67, p 45.

de lui éviter d'avoir à autoriser, seul, le tuteur dans la réalisation des actes les plus importants en ce qui concerne le patrimoine du majeur protégé. Ces procédés nouveaux sont déjà utilisés dans d'autres branches du droit telles que le droit des sociétés⁹¹⁷ ou le droit social⁹¹⁸.

412. Un seuil patrimonial ? Ainsi, il serait judicieux de prévoir, lors de l'ouverture d'une mesure de protection, la création d'un conseil de famille dans la mesure du possible, c'est-à-dire si l'existence d'une famille suffisamment proche et liée permet une gestion sans risque. La mise en place d'un conseil de famille pourrait même être nécessaire lorsque le patrimoine de la personne dépasse un seuil qu'il conviendrait de fixer. Bien que tout patrimoine mérite d'être protégé, il convient de faire très attention aux transactions et aux actes portant sur des valeurs plus grandes, c'est pourquoi la collégialité constituerait un garde-fou intéressant dans ces hypothèses. De plus, l'élément psychologique qu'est l'entourage familial serait respecté et permettrait une certaine continuité dans la prise en charge de l'intéressé qui conserverait ainsi ses repères, ou quelques uns en tout cas.

Section 2 : La vie sexuelle des personnes handicapées mentales

413. Reconnaissance et besoins en matière de sexualité. La question de la sexualité revêt une importance particulière, l'activité sexuelle « *ne se réduit pas seulement à une pratique de reproduction, mais participe aussi à une meilleure santé et au bien-être* »⁹¹⁹. La vie affective et sexuelle a des effets larges et nombreux sur les personnes, c'est pourquoi elle ne doit pas être niée en ce qui concerne les majeurs handicapés mentaux. En matière de sexualité, le

⁹¹⁷ Voir par exemple : G. Chiron, « Le droit des sociétés à l'ère des nouvelles technologies », *JCP E*, 13 déc. 2012, n°50, p 18 ; R. Mortier, « La modernisation du droit des sociétés », *JCP E*, 9 octobre 2008, n°41, p 34 ; M. Thouch, « Le vote électronique dans les assemblées générales d'actionnaires », *BMIS*, 1^{er} août 2008, n°8, p 734 ; P-Y. Fagot, « Les nouvelles possibilités offertes aux entreprises pour la tenue des conseils d'administration par visioconférence », *Gaz. Pal.*, 25 janv. 2006, n°25, p 17.

⁹¹⁸ Voir par exemple : F. Petit, « Séances du comité central d'entreprise en visioconférence », *Dr. soc.*, 1^{er} janv.. 2012, n°1, p 98 ; F. Signoretto, « La visioconférence : un nouveau mode de réunion des comités centraux d'entreprise », *Rev. Dr. Trav.*, 1^{er} janv.. 2012, n°1, p 46 ; N. Dedessus-Le-Moustier, « Organisation d'une réunion en visioconférence », *JCP G*, 21 nov. 2011, n°47, p 2290 ; Rédaction, « Comment conclure un contrat par courrier électronique ? », *Semaine soc. Lamy*, 28 févr. 2011, n°1481, p 4 ; M. Hautefort, « Dans quelles conditions un courriel peut-il être produit devant les prud'hommes ? », *Jurisprudence soc. Lamy*, 26 juin 2007, n°214, p 8.

⁹¹⁹ A. Giami, « Santé sexuelle : la médicalisation de la sexualité et du bien-être », *Le Journal des psychologues* 7/2007 (n° 250), p 56.

principe est la liberté, la libre disposition de son corps dont dispose chaque citoyen, qu'il soit ou non en situation de handicap, même si les personnes atteintes de handicap mental sont très « *souvent considérées comme déssexualisées par leur entourage familial et la société* »⁹²⁰. Bien que la Cour européenne des Droits de l'Homme utilise le vocable « *droit d'entretenir des relations sexuelles* »⁹²¹, il s'agit d'une liberté dont chacun peut se prévaloir dans la limite du respect d'autrui et de l'ordre public. Par conséquent, toute activité sexuelle se déroulant entre adultes consentants à l'abri des regards n'est pas punissable. Ces deux limites sont essentielles pour éviter les risques de dérives sexuelles et ce sont elles qui constituent les fondements des incriminations pénales relatives à la sexualité que sont les agressions sexuelles⁹²², le viol⁹²³ ou le recours à la prostitution. La valeur du consentement des personnes handicapées mentales est incertaine et fluctuante à tel point que cette catégorie de personnes, dites « vulnérables » en droit pénal⁹²⁴, nécessite une protection particulière. Toute sexualité ne leur est pas niée mais le but est de « *créer des îlots de sexualité différentielle* »⁹²⁵ ce qui permet de répondre aux termes de la définition de la santé sexuelle de l'OMS. Celle-ci précise que « *La santé sexuelle est un état de bien-être physique, mental et social dans le domaine de la sexualité. Elle requiert une approche positive et respectueuse de la sexualité et des relations sexuelles, ainsi que la possibilité d'avoir des expériences sexuelles qui soient sources de plaisir et sans risque, libres de toute coercition, discrimination ou violence* ».

414. Protection particulière. La vulnérabilité de la personne fait présumer plus rapidement la contrainte à son égard voire des présomptions dont les conséquences peuvent être beaucoup plus graves puisque des auteurs parlent de « *présomption d'intention de viol difficile à détruire* »⁹²⁶. C'est pourquoi, bien que bénéficiant d'une liberté sexuelle au même titre que chaque citoyen, les personnes handicapées mentales ont besoin d'une protection particulière et adaptée à l'état de leurs facultés mentales.

⁹²⁰ A. Giami, « Pornographie et handicap », *Cités* 3/2003 (n° 15), p 43.

⁹²¹ Voir par exemple, arrêt CEDH KA et AD c/. Belgique, 17 févr. 2005.

⁹²² Aux termes de l'article 222-22 C. pén., les agressions sexuelles nécessitent la caractérisation de « *violence, contrainte, menace ou surprise* ».

⁹²³ Le viol est défini à l'article 222-23 C. pén. et nécessite, pour être caractérisé, la réunion de deux éléments : l'utilisation de la violence, de la menace, de la contrainte ou de la surprise et un acte de pénétration.

⁹²⁴ Plusieurs articles du C. pén. prévoient que cette particulière vulnérabilité résulte de différents critères parmi lesquels la déficience physique ou le déficience psychique.

⁹²⁵ M. Iacub, « *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique* », Flammarion, Champs essais, 2002, p 93.

⁹²⁶ Cela a été signalé par C. Barberger, « Les personnes vulnérables », actes du congrès des 29 février et 1^{er} mars 1996, Versailles, « Deux ans d'application du nouveau Code pénal », *Rev. pén.* 1996, p 277.

De plus, le handicap, quelle que soit sa nature, peut constituer une entrave importante à l'exercice d'une sexualité épanouissante. Quand bien même nous pensons d'abord au handicap physique et à la limitation des mouvements, le handicap mental peut, lui aussi, être un frein à la sexualité et à la vie affective. En 2005, le législateur souhaite que le handicap soit compensé pour éviter la marginalisation systématique des personnes touchées ; la compensation concerne de nombreux domaines parmi lesquels la sexualité. L'assistance sexuelle peut alors être perçue comme une solution qui ne serait cependant que transitoire.

§1) L'autonomie dans l'exercice de la sexualité

En tant que personnes vulnérables du fait du handicap mental qui les atteint, ces majeurs bénéficient, de la part du Droit, d'une protection particulière parfois calquée sur celle des mineurs. Malgré ces dispositions spécifiques, il est naturel que les personnes handicapées mentales puissent exercer le plus librement possible une sexualité, partie intégrante de la santé, notamment sexuelle comme l'a définie l'OMS.

A. La liberté sexuelle et le handicap mental

La question se pose actuellement en ce qui concerne les patients atteints de la maladie d'Alzheimer et la possibilité de profiter d'une vie affective et sexuelle. Cette situation est à rapprocher de celle des personnes handicapées mentales puisque ce qui peut faire débat est le consentement du majeur et la valeur qu'il convient de lui accorder connaissant l'état des facultés intellectuelles. Il n'existe pas de « droit à » la sexualité, ce n'est pas une notion dont un justiciable peut se prévaloir devant les tribunaux et les Etats n'ont pas d'obligation positive dans ce domaine. C'est pourquoi il est préférable d'utiliser le vocable de « liberté sexuelle », liberté fondamentale à laquelle il ne peut être porté atteinte.

1° Les différentes définitions de la liberté sexuelle

415. *Plusieurs définitions envisageables.* S'il est évident que chaque citoyen bénéficie d'une liberté sexuelle, de la possibilité de disposer de son corps comme il le souhaite, il convient d'essayer d'en donner une définition précise. Selon M. Caballero, la liberté sexuelle correspond au « *droit de faire tout ce que l'on veut avec son sexe à la condition de ne pas porter atteinte aux droits des tiers ou à la société* »⁹²⁷, ce qui laisse planer le doute quant à la nature de la sexualité puisque le terme « droit » apparaît dans la définition. Or, il convient de marquer véritablement la différence entre « droit à » et liberté. Lorsque l'on parle de « droit à », cela implique la possibilité de le faire valoir en justice et sur ce sujet, l'image donnée par M. Thierry permet de distinguer car « *on imagine le surcroît de frustration pour la personne qui se verrait attribuer des dommages et intérêts au lieu de relations sexuelles* »⁹²⁸.

Une autre définition intéressante mérite d'être soulignée : Mme la Professeure Roman perçoit la liberté sexuelle « *comme la faculté, garantie par l'ordre juridique, d'entretenir des relations intimes consenties* »⁹²⁹. Cette seconde définition nous paraît plus appropriée et reflétant mieux le contenu de cette liberté malgré qu'elle ne fasse ressortir qu'une seule des deux limites à un exercice totalement libre de la sexualité. La liberté sexuelle tend à être pleine et entière à condition de respecter le consentement des partenaires et de ne pas troubler l'ordre public.

416. *Sexualité et institutions.* Le respect de l'ordre public impose que la sexualité soit vécue à l'abri des regards et dans des endroits privés, comme cela peut être le cas pour la chambre de l'institution dans laquelle la personne est accueillie. Depuis un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 1986⁹³⁰, les chambres sont considérées comme des espaces privatifs. Cette décision a été rendue concernant une chambre d'hôpital, cette qualification est aisément extensible aux chambres des établissements sociaux et médico-sociaux dans lesquels les séjours sont très souvent plus longs. Ainsi, la chambre devient « *la transposition du*

⁹²⁷ F. Caballero, « *Droit du sexe* », LGDJ, Paris, 2010.

⁹²⁸ J-B. Thierry, « La sexualité des personnes handicapées », in. B. Py (sous la dir.), « *La pudeur et le soin* », PUN, 2011.

⁹²⁹ D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, p 1508.

⁹³⁰ CA Paris, 17 mars 1986 : cet arrêt fait suite à l'immixtion de journalistes dans la chambre de l'actrice Chantal Nobel qui était hospitalisée, les juges retenant alors que la chambre est un élément essentiel de l'intimité et un lieu privé.

domicile » selon les termes de l'arrêté du 26 avril 1999⁹³¹ ce qui impose aux soignants de respecter certaines règles et de respecter l'intimité des résidents dès lors qu'ils sont dans leur chambre. Même si en théorie la sexualité est libre dès lors qu'elle ne heurte pas d'autres résidents et qu'elle est consentie, il en va autrement en pratique. Certains établissements sont encore réticents à l'idée de laisser vivre une vie affective et sexuelle aux résidents ou à s'ouvrir à la mixité. Un résident qui se masturberait dans sa chambre, seul, sans s'exposer aux regards des autres doit être libre et n'encourir aucune sanction du fait de cette activité.

417. Consentement d'une personne handicapée mentale à l'acte sexuel. Le consentement est une condition essentielle de la légalité de la relation sexuelle ; se pose le problème de la valeur à donner au consentement d'un majeur handicapé mental. Est-il suffisamment lucide pour valablement consentir à un tel acte ? Faut-il en raison de sa trop importante altération des facultés mentales lui refuser tout recours à une vie affective et sexuelle ? Or, cette notion de consentement est essentielle en ce qu'elle constitue « *en quelque sorte une autorisation de pénétration de l'autre dans sa sphère d'intimité* »⁹³². Le consentement est le rempart protecteur des relations sexuelles et sa révocation doit être respectée comme a pu l'affirmer la Cour européenne des Droits de l'Homme dans une affaire de pratiques sadomasochistes entre notables belges⁹³³. En principe, « *le droit renonce à s'immiscer dans la sphère éminemment intime des relations sexuelles* »⁹³⁴ pour respecter la liberté dont chacun dispose. Toutefois, le juge demeure le garant des relations consenties et il sanctionne toute entorse à ce principe ce qui impose une vigilance supplémentaire lorsque l'un des partenaires est handicapé mental même si « *le handicap mental [...] n'est pas réductible au cas du handicapé mental profond incapable d'exprimer un consentement* »⁹³⁵.

418. Intégration dans la catégorie des décisions personnelles. Selon la nouvelle nomenclature issue de la réforme du 5 mars 2007, il est possible de classer les actes de nature sexuelle dans les décisions personnelles régies notamment par les dispositions de l'article 459

⁹³¹ Arrêté du 26 avril 1999 fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle prévue à l'article 5-1 de la loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales.

⁹³² J-B. Thierry, « La sexualité des personnes handicapées », art. préc.

⁹³³ Arrêt CEDH KA et AD c/ Belgique, 17 février 2005 : les deux hommes n'ont pas respecté les codes qu'ils s'étaient donnés dont l'un impliquait l'arrêt des pratiques, code qui a été donné par la femme et malgré lequel les hommes ont continué ce qui a valu une sanction justifiée.

⁹³⁴ D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », art. préc.

⁹³⁵ J-B. Thierry, « La sexualité des personnes handicapées », art. préc.

C. civ. applicables aux majeurs sous curatelle et sous tutelle. Aux termes de cet article, les décisions personnelles relèvent prioritairement de la personne elle-même, l'assistance et la représentation n'étant que subsidiaires. Par conséquent, pour un acte sexuel, le consentement requis est celui du majeur car il s'agit d'une « *décision relative à sa personne* » et faisant pleinement partie du champ d'application de l'article 459 C. civ. L'article 459-2 C. civ. est plus explicite en matière relationnelle en ce qu'il prévoit expressément, outre la liberté de choix du lieu de résidence, que le majeur « *entretient librement des relations personnelles avec tout tiers* ». Si la sexualité n'est pas directement citée, il ne fait aucun doute qu'elle est incluse dans ces relations personnelles. La personne handicapée mentale, qu'elle soit protégée ou non, doit être libre de consentir à une relation affective et sexuelle. Son caractère éminemment personnel guide même à exclure l'intervention d'une personne tierce – curateur ou tuteur – pour se prononcer.

2° Des guides théoriques et textuels

419. *Sous le sceau de la dignité.* La liberté sexuelle repose sur les notions plus larges mais plus floues que sont la vie privée, la dignité et l'intimité. La dignité est une notion teintée de subjectivité qu'il convient d'utiliser avec parcimonie en l'absence de définition précise. Cependant, la personne en situation de handicap dispose de cette dignité et celle-ci doit être garantie : c'est le cas en matière de relations affectives et sexuelles mais aussi en matière d'accessibilité car les bâtiments accueillant du public doivent respecter de nouvelles normes afin de limiter l'influence du facteur environnemental dans le handicap.

420. *Sexualité et vie privée.* La notion de vie privée apparaît dans de très nombreux textes nationaux mais aussi supranationaux. Si l'article 9 du C. civ. et l'article 8 Conv. EDH affirment de façon générale que chaque personne a droit au respect de sa vie privée, d'autres textes font référence à des hypothèses plus spécifiques. C'est par exemple le cas de l'article L1110-4 C. santé publ. qui vise le cas du patient dont la vie privée doit être respectée lors des soins qu'il subit et du séjour en établissement qui s'en suit. Toutefois, il est un écueil important puisqu'aucune définition précise de la vie privée n'a été donnée, cette notion est un tiroir dans lequel divers principes s'ajoutent. Or, nous retrouvons la sexualité parmi ces principes comme l'ont précisé le TGI de Bordeaux lorsqu'il a eu à se prononcer sur le

mariage de deux hommes⁹³⁶ en 2004 puis la Cour européenne des Droits de l'Homme en 2005 dans l'affaire KA et AD⁹³⁷ qui indique que « *des éléments tels que le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des composantes importantes du domaine personnel protégé par l'article 8* ». Si « *la liberté sexuelle est donc incluse dans la protection de la vie privée* »⁹³⁸, elle doit être respectée, à plus forte raison lorsque la personne se trouve dans un lieu privé. Cette reconnaissance implique aussi l'application de dispositifs protecteurs pour que soient garanties la vie privée et la vie affective et sexuelle de la personne. En ce sens, les Etats n'ont pas à s'immiscer dans la sexualité des personnes tant qu'elle respecte les deux limites précédemment citées : « *la Convention [EDH] garantit la liberté sexuelle contre les ingérences des autorités publiques* »⁹³⁹.

421. Multiplication des textes. Bien que niée pendant de nombreuses années certainement du fait de l'image de « *bête* »⁹⁴⁰ que l'on se fait des personnes handicapées mentales, la sexualité a pourtant toujours existé, notamment en institutions. Il a fallu des études sur le VIH et sur les stérilisations, menées à la fin des années 90, pour se rendre compte que des relations sexuelles avaient lieu dans les institutions. La sexualité des personnes handicapées mentales, notamment celles qui sont accueillies en institutions, est une préoccupation relativement récente. En 2002⁹⁴¹, le législateur impose aux établissements de protéger les résidents tout en leur donnant les moyens pour avoir une vie affective et sexuelle. Cette volonté apparaît clairement à l'article L311-3 CASF qui prévoit que chaque résident se voit garantir « *le respect de sa dignité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité* ». Or, comme nous l'avons déjà mis en avant, la vie privée englobe nécessairement le volet sexualité. Différents outils ont alors été mis en place afin de prendre en compte les besoins affectifs et sexuels des personnes handicapées mentales et accueillies en institutions : il s'agit particulièrement du contrat de séjour⁹⁴², du projet de vie⁹⁴³ ou encore de la Charte des droits et libertés de la

⁹³⁶ TGI Bordeaux, 1^{ère} ch. civ. 27 juillet 2004.

⁹³⁷ Arrêt CEDH KA et AD, 17 févr. 2005, §79.

⁹³⁸ D. Lochak, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres », in D. Borillo et D. Lochak (sous la dir.), « *La liberté sexuelle* », PUF, 2005, p 7.

⁹³⁹ N. Deffains, « La liberté sexuelle : quelle liberté ? Quel régime ? », in N. Deffains et B. Py (sous la dir.), « *Le sexe et la norme* », PUN, 2010, p 37.

⁹⁴⁰ Terme utilisé par A. Giami, « *L'ange et la bête : représentations de la sexualité des handicapés mentaux chez les parents et éducateurs* », CTNERHI, 1983.

⁹⁴¹ Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JORF 3 janv. 2002, p 124.

⁹⁴² En fonction de la durée du séjour, on parle aussi de document individuel de prise en charge ; l'article D311 CASF fixe ce seuil à deux mois, délai au-delà duquel le résident signe un contrat de séjour.

⁹⁴³ Ce document prend en compte les souhaits et les attentes de chacun des résidents ce qui peut notamment inclure la sphère sexuelle. Il ne doit pas être perçu comme péjoratif puisque sa finalité, comme le précise M.

personne en situation de handicap ou de dépendance qui doit être remise à tout nouvel accueilli.

Cette dernière date de 1987 mais a fait l'objet de deux révisions dont la dernière remonte à 2007. Ce texte, d'application générale, vise l'ensemble de la population handicapée et dépendante quels que soient les motifs. Mais l'article 4 mérite un examen plus précis en ce qu'il traite de la dimension affective : « *toute personne, quel que soit son âge, doit être protégée des actions visant à la séparer d'un tiers avec lequel, de façon libre et mutuellement consentie, elle entretient ou souhaite avoir une relation intime* ». L'emploi de l'adjectif « intime » est judicieux en ce qu'il permet d'englober à la fois les volets affectif et sexuel. De plus, les personnes handicapées mentales n'ont pas forcément la même perception que la population « valide » de ces notions : des expériences personnelles m'ont appris que pour certains le fait de pouvoir tenir la main de leur partenaire ou de pouvoir simplement s'allonger côte à côte suffit à combler leurs attentes affectives, voire sexuelles.

B. L'extension à des domaines connexes à la sexualité

Si le principe est celui de la liberté en matière de sexualité, certains comportements méritent une attention particulière. De même, en tant que personnes particulièrement vulnérables, les majeurs protégés doivent être protégés de manière plus précise dès lors qu'il est question de sexualité. L'altération de leurs facultés mentales, si elle ne remet pas forcément en cause leur consentement, peut avoir une influence « *sur la compréhension de la portée des actes* »⁹⁴⁴. Ce constat explique que des dispositions spécifiques s'appliquent dans certaines hypothèses quand bien même des incohérences sont à souligner. Cela peut aussi concerner des actes qui sont les conséquences de la sexualité, notamment le recours à l'interruption volontaire de grossesse qui implique la participation directe de la personne et qui fait donc ressortir une touche d'autonomie certaine.

Grimfeld, Président d'honneur du CCNE, est de « *transformer la dépendance en déficit temporaire de compétence* ».

⁹⁴⁴ J-B. Thierry, « *Le handicap en droit criminel* », thèse dactylographiée, Nancy, 2006, p 386, n°480.

1° Des incohérences dans la protection

422. *Accroissement de la protection lorsqu'un partenaire est handicapé mental.* Malgré la liberté sexuelle dont le majeur handicapé mental dispose, le droit pénal protège les personnes en situation de particulière vulnérabilité. Cette situation constitue une circonstance aggravante dès lors qu'elle est apparente ou connue de son auteur comme le précise l'article 222-29 C. pén.⁹⁴⁵ relativement aux agressions sexuelles et l'article 222-24 C. pén.⁹⁴⁶ concernant le viol. Le rapprochement avec les mineurs de quinze ans est justifié en ce que le seuil de la majorité sexuelle est fixé à 15 ans et, qu'en deçà, les personnes doivent être plus particulièrement protégées⁹⁴⁷. Ceci s'explique surtout du fait de l'influence qu'ils peuvent subir au moment du passage à l'acte. Leur consentement peut être faussé à cause de la confiance qu'ils accordent à certaines personnes proches. Ceci explique l'existence d'une circonstance aggravante supplémentaire qui démontre la méfiance à l'égard de certaines personnes de l'entourage des majeurs vulnérables que sont principalement les ascendants ou les personnes ayant autorité du fait de leurs fonctions, c'est-à-dire les soignants ou les aidants par exemple. L'article 222-30 C. pén. prévoit les sanctions en tenant compte de cette seconde circonstance aggravante. Ainsi, le droit pénal est utile pour « *faire sanctionner ceux qui ne respectent pas son [celui de la personne physique victime] consentement* »⁹⁴⁸ ou ceux qui détournent ce consentement en exerçant un pouvoir découlant de leur situation préférentielle par rapport à la victime vulnérable. Il ressort de ces dispositions que la liberté sexuelle prédomine tant qu'il n'existe pas d'abus du handicap et de la faiblesse qui peut en découler : « *l'infraction ne serait pas constituée en cas de relations sexuelles avec une personne n'abusant pas du handicap de l'individu* »⁹⁴⁹. Les seules personnes susceptibles d'être sanctionnées sont celles qui se serviraient de leur position, de leur pouvoir pour influencer le majeur vulnérable.

⁹⁴⁵ L'article 222-29 C. pén. dispose : « *Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende lorsqu'elles sont imposées :*

1° A un mineur de quinze ans ;

2° A 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 ».

⁹⁴⁶ L'article 222-24 C. pén. dispose : « *Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle : [...] 3° Lorsqu'il est commis sur 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 l'auteur [...]* ».

⁹⁴⁷ Cela ne veut pas dire que le mineur de plus de quinze ans demeure sans protection : comme le souligne B. Py, « *le mineur de plus de quinze ans peut avoir une sexualité et il n'est pas infractionnel d'avoir avec lui une relation sexuelle sans violences ni contraintes, dès lors qu'on est ni ascendant ni une personne ayant autorité sur lui* », « *Le sexe et le droit* », Que sais-je ?, PUF, 1999, p 71.

⁹⁴⁸ B. Py, « *Le sexe et le droit* », Que sais-je ?, PUF, 1999, p 55.

⁹⁴⁹ J-B. Thierry, « *Le handicap en droit criminel* », op. cit., p 386, n°480.

423. Prostitution et handicap mental : des incohérences. Même si « tous les Etats sont confrontés à l'existence d'un marché des amours tarifées »⁹⁵⁰, les réponses apportées ne sont pas identiques et varient de l'abolitionnisme au prohibitionnisme en passant par le réglementarisme. La France a adopté une position abolitionniste⁹⁵¹ qui implique que la prostitution n'est pas prohibée, elle « n'est pas une infraction pénale »⁹⁵². La France est tellement abolitionniste que « le législateur s'est même abstenu de la définir » comme le précise M. Marrion⁹⁵³ et il a fallu s'en remettre à la jurisprudence. Ainsi, selon la Cour de cassation, la prostitution correspond au fait « de se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui »⁹⁵⁴. Contrairement au racolage⁹⁵⁵ et au proxénétisme⁹⁵⁶, l'acte prostitutionnel est autorisé et il est fondé sur la liberté sexuelle reconnue à chacun. Par conséquent, chacun est libre de se faire rémunérer pour avoir des relations sexuelles. Toutefois des incohérences découlant de la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure⁹⁵⁷ méritent d'être soulignées. L'article 225-12-1 C. pén. a été modifié par cette loi : il ne prévoyait que la protection des mineurs⁹⁵⁸ mais cette protection a été étendue aux personnes particulièrement vulnérables. L'alinéa second prévoit : « Est puni des mêmes peines le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations sexuelles de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse ». La loi ne prohibe pas le recours à la prostitution des

⁹⁵⁰ B. Py, « *Le sexe et le droit* », op.cit., p 74.

⁹⁵¹ Le choix d'une politique abolitionniste remonte à la loi n°46-685, dite « Richard », du 13 avril 1946 tendant à la fermeture des maisons de tolérance et au renforcement de la lutte contre le proxénétisme, JORF 14 avril 1946, p 3138.

⁹⁵² B. Py, « *Le sexe et le droit* », op.cit., p 74.

⁹⁵³ B. Marrion, « Profession : prostitué ! », in. N.Deffains et B. Py (sous la dir.), « *Le sexe et la norme* », PUF, 2010, p 361.

⁹⁵⁴ Cass. crim. 27 mars 1996, n°95-82016, Bull. n°138 ; *Dr. pén.*, 1996, n°182, note M. Véron ; *Rev. sc. crim.*, 1996, p 853, obs. Y. Mayaud.

⁹⁵⁵ Sur le racolage, voir par exemple : B. Py, « *Le sexe et le droit* », op. cit., p 116 ; E. Pierrat, « *Le sexe et la loi* », Arléa, 1996, p 61 ; M-H. Renaut, « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire n'est qu'un perpétuel recommencement », *Rev. sc. crim.*, 2006, n°2, p 293 ; M. Véron, « Code pénal. Qui racole ? Qui est racolé ? », *Dr. pén.*, 2005, n°10, p 10.

⁹⁵⁶ Sur le proxénétisme, voir par exemple : E. Pierrat, « *Le sexe et la loi* », Arléa, 1996, p 66 ; S. Lavric, « Proxénétisme : application de la loi dans l'espace, dénonciation anonyme et... garde à vue », *AJDP*, 2012, n°3, p 166 ; Y. Sourisseau, « La poursuite des réseaux de prostitution », *AJDP*, 2012, n°4, p 201 ; S. Detraz, « Lois et décrets. Note sous Cass.crim. 14 mars 2012, n°12-90002 », *Gaz. Pal.*, 2012, n°209-210, p 17.

⁹⁵⁷ Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, JORF 19 mars 2003.

⁹⁵⁸ Relativement à la prostitution des mineurs, voir B. Marrion, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », thèse dactylographiée, Nancy, 2010, p 233, n°s 419 ss.

personnes handicapées mentales mais, en revanche, elle punit les éventuels clients. Si cette restriction peut se comprendre pour les mineurs, voire pour les personnes dont le handicap abolit le discernement, elle le devient nettement moins pour les femmes enceintes ou les personnes à mobilité réduite par exemple. De plus, le handicap mental n'éteint pas automatiquement la possibilité de donner un consentement valable ; il nous semble donc gênant de sanctionner les clients de prostituées handicapées mentales sans tenir compte du degré d'altération des facultés.

424. Client handicapé mental. Quid du majeur protégé qui aurait envie de recourir aux services d'une prostituée ? La prostitution n'étant pas réprimée par le Droit pénal et la liberté sexuelle étant fondée sur le consentement mutuel, il n'y a aucune raison d'interdire le recours à des services sexuels tarifés dans cette hypothèse. Il nous semble qu'il est tout à fait possible de recourir aux services d'une prostituée dès lors que le versement de la somme d'argent ne met pas en danger la sécurité du majeur. Il s'agit en outre d'une décision personnelle qui relève par principe de la personne elle-même comme le précise l'article 459 C. civ.

425. Pornographie et handicap mental. Si le recours à des prostituées particulièrement vulnérables est susceptible d'être sanctionné pénalement⁹⁵⁹, il en va différemment du tournage de films à caractère pornographique mettant en scène des personnes en situation de handicap, alors même que ce type de pornographie « *semble circuler uniquement dans des réseaux spécialisés* »⁹⁶⁰. Bien qu'il demeure un doute sur la nature précise du « caractère pornographique »⁹⁶¹, la protection concerne uniquement les mineurs comme le souligne l'article 227-23 C. pén⁹⁶². Les personnes handicapées ne sont à aucun moment visées par les dispositions de cet article ce qui démontre que le législateur « *reconnaît explicitement que les personnes handicapées disposent d'une totale liberté sexuelle* »⁹⁶³. Une restriction existe en la matière puisque les images ou le film à caractère pornographique mettant en scène des personnes en situation de handicap ne doivent pas être susceptibles d'être vus par des mineurs

⁹⁵⁹ La sanction encourue est de trois ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende aux termes de l'article 225-12-1 alinéa 1^{er} C. pén.

⁹⁶⁰ A. Giami, « Pornographie et handicap », art. préc.

⁹⁶¹ Voir en ce sens M. Véron, « Définition claire et précise du caractère pornographique », *Dr. pén.*, n°9, 2012, comm. 118, note sous Cass. crim. 6 juin 2012, QPC, n°12-90016.

⁹⁶² L'alinéa 1^{er} de cet article dispose en effet : « *Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende* ».

⁹⁶³ J-B. Thierry, « *Le handicap en droit criminel* », op. cit. p 385, n°478.

comme le précise l'article 227-24 C. pén. De nouveau aucune précision n'est faite concernant les majeurs vulnérables qui peuvent non seulement être acteurs mais aussi spectateurs de tels spectacles.

Concernant la pornographie, le sort des personnes handicapées mentales diffère de celui des mineurs, autre catégorie de personnes protégées. Les majeurs ont un accès plus large aux actes de la vie sexuelle, la protection est moins importante mais il convient de rester attentif pour deux raisons. L'altération des facultés mentales peut être source d'une diminution de la compréhension de la portée des actes et elle peut être exploitée par des personnes proches du majeur ou par ceux qui l'accompagnent et qui abuseraient donc de leur autorité.

2° Le recours à l'IVG ou le consentement nécessaire de la majeure

426. *Acte personnel et flou de la loi quant à la majeure handicapée mentale.* L'interruption volontaire de grossesse, tout comme le droit de vote, est un acte véritablement personnel qui touche pleinement à l'intimité de la personne. Il s'agit effectivement d'un acte qui relève de la sphère personnelle, que l'interruption soit volontaire ou thérapeutique ; c'est pourquoi il semble logique de se poser la question de la valeur du consentement des majeures présentant un handicap mental. Toutefois, le problème est relativement épineux puisque le législateur, en 2001⁹⁶⁴, n'a pris en compte que la mineure dans ses dispositions relatives à l'interruption de grossesse. Le cas de la majeure handicapée mentale est en effet totalement oublié et ce flou est source de nombreuses interrogations et d'ambiguïtés. La problématique de l'interruption de grossesse concernant une majeure handicapée mentale prend une ampleur particulière avec la réforme de 2007 et la mise en avant des actes nécessitant un consentement strictement personnel. Cette catégorie d'actes prévue à l'article 458 C. civ. ne peut être valablement effectuée qu'avec le consentement express du majeur et concerne des actes très intimes, très majoritairement relatif à l'état civil. Mais cet article contient une liste d'actes nécessitant un consentement personnel du majeur, liste qui ne vise pas explicitement l'interruption de grossesse.

Pourtant le silence de la loi est préjudiciable puisqu'il repose la question de la valeur à donner au consentement du majeur handicapé mental et de son articulation avec celui d'un éventuel tuteur ou curateur. De plus, la réalisation d'un tel acte va dépendre du degré de

⁹⁶⁴ Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF 7 juill. 2001.

lucidité de la personne. Or, l'appréciation de cette lucidité nécessaire pour que le consentement soit valable est d'ordre médical ce qui engendre un retour au premier plan du médecin malgré l'esprit des textes contemporains.

427. Application du principe de libre disposition de son corps. Le consentement du majeur handicapé mental a toujours posé problème, mais il est d'autant plus important en ce qui concerne les actes les plus intimes et les plus attentatoires à l'intégrité des personnes. Dans les situations d'interruption de grossesse, il occupe une place centrale puisque c'est un acte très intime qui, en principe, ne peut être exécuté de force. C'est pourquoi il faut s'interroger judicieusement sur la qualification exacte à donner à cet acte car celle-ci influera nettement sur l'articulation des consentements du majeur lui-même mais aussi de son représentant légal.

Comme toute autre personne, la femme handicapée mentale peut mettre en avant le principe de libre disposition de son corps qui a, à de nombreuses reprises, été affirmé par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans des espèces très variées. Bien que ces affaires ne concernent jamais des personnes en situation de handicap mental, « *le droit à l'autodétermination* », tel qu'il est reconnu par les juges européens, peut s'interpréter de manière large et s'appliquer ainsi aux handicapés mentaux. Ce droit reconnu à l'échelon européen précise que chacun est libre de disposer de son corps comme il l'entend dans les limites du respect d'autrui et de l'ordre public. Ce droit appartient à chacun du fait de sa seule qualité d'être humain, ce qui inclut naturellement les majeures dont les facultés mentales sont altérées. Il s'applique au domaine médical, mais pas seulement car des affaires ont aussi été tranchées en matière de sexualité ou de suicide assisté.

L'application de ce principe impose aux professionnels de santé de prendre en compte le consentement de la majeure avant d'effectuer tout acte sur son corps et touchant à son intégrité physique. La liberté de la majeure n'est pas totale quant à l'interruption de grossesse et elle ne peut passer outre les dispositions législatives existant notamment en ce qui concerne les délais pour effectuer un tel acte. La libre disposition de son corps n'est donc pas un principe absolu mais il permet l'expression de la volonté de chacun lorsque les actes envisagés sont attentatoires à son intégrité. Elle justifie donc que des atteintes soient portées au corps de certains individus si leur consentement a été valablement recueilli et si le respect d'autrui et de l'ordre public sont garantis.

428. Sanction pénale de l'absence de consentement. Le non respect de ce principe de libre disposition de son corps est pénalement sanctionné et, concernant plus particulièrement

l'interruption de grossesse, la réalisation d'un tel acte sans avoir préalablement obtenu le consentement de l'intéressée constitue un délit lourdement sanctionné. Ainsi, l'article 223-10 C. pén. prévoit expressément que le consentement de la majeure doit être obtenu avant toute interruption de grossesse sous peine de risquer cinq ans d'emprisonnement et une amende pouvant s'élever jusqu'à 75000 euros⁹⁶⁵. Il semble donc qu'il n'y ait aucune exception prévue relativement à la majeure handicapée mentale ce qui démontre que son consentement est indispensable. La question qui se pose alors est celle de savoir si le seul consentement de la majeure suffit ou s'il est nécessaire d'en recueillir un autre émanant du protecteur de la majeure ou du corps médical. Or, cette articulation serait éclairée dès lors qu'une qualification précise serait donnée à l'interruption de grossesse.

429. Importance de la qualification d'IVG. Bien qu'il existe deux principales sortes d'interruption de grossesse, seule celle qui est volontaire pose réellement problème. En effet, l'interruption thérapeutique de grossesse, en tant qu'acte de soins, nécessite le recours au tuteur qui peut consentir à la réalisation d'une telle intervention après en avoir été autorisé par le juge des tutelles ou le conseil de famille. Mais le cas est plus délicat lorsque l'acte envisagé est une interruption volontaire de grossesse, l'adjectif « volontaire » dénotant la nécessaire obtention du consentement de la majeure handicapée mentale avant la réalisation de l'interruption de grossesse. La démarche doit émaner de la majeure elle-même, ce qui implique que son éventuel protecteur ne jouera aucun rôle ou un rôle seulement secondaire. A ce titre deux qualifications sont possibles et leur influence est différente quant à l'articulation des différents consentements des intervenants : l'IVG pourrait être considérée comme une décision personnelle soumise aux dispositions de l'article 459 C. civ. ou alors comme un acte nécessitant le consentement éminemment relevant de l'article 458 C. civ.

430. Intégration pleine et entière dans la liste de l'article 458 C. civ. Il est clair que le degré de l'atteinte portée à l'intégrité de la majeure est important lors d'une IVG, c'est pourquoi lui donner la qualification la plus appropriée est indispensable. La liste de l'article 458 C. civ. ne vise pas l'IVG mais il est logique de se poser la question de savoir si cet acte ne pourrait pas être traité de la même manière et ne donner lieu ni à assistance ni à représentation. Elle ne pourrait ainsi être valablement réalisée que suite au seul consentement

⁹⁶⁵ L'article 223-10 C. pén. précise que : « L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ».

de la majeure handicapée mentale, quand bien même celle-ci ferait l'objet d'une mesure de protection. Cette position avait déjà été avancée en jurisprudence au début des années 80 par le TGI de Poitiers⁹⁶⁶ qui avait reconnu l'IVG pour une incapable comme un droit strictement personnel. Le problème est que, si l'IVG est considérée comme un acte éminemment personnel, rien ne pourrait empêcher la majeure de décider de la subir ou au contraire de la refuser. Il n'y aurait alors aucune barrière, la seule volonté de la majeure interviendrait dans l'éventuelle réalisation de cet acte. En outre, cette catégorie d'actes éminemment personnels est vivement critiquée par la doctrine⁹⁶⁷ et il serait certainement plus judicieux de ne pas enfermer l'IVG dans cette catégorie d'actes mais de la traiter plus simplement comme une décision personnelle relevant de l'article 459 C. civ.

Les dispositions de cet article précisent que les décisions personnelles qui ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 458 C. civ. peuvent être prises par le majeur « *dans la mesure où son état le permet* ». Et il est ensuite prévu un système de compensation relativement au défaut de consentement du majeur protégé puisque seraient alors mises en place successivement une assistance et une représentation en fonction des besoins de l'individu et dans le respect du principe de subsidiarité. Dans cette hypothèse, la décision peut revenir au protecteur s'il a obtenu une autorisation de la part du juge des tutelles ou du conseil de famille. Cette position permet aux organes chargés de la protection de la majeure d'agir même sans le consentement de la personne même si celui-ci doit être recherché. Mme Boumaza⁹⁶⁸ a qualifié le « *juge judiciaire de gardien naturel des libertés individuelles* », son rôle ne l'autorise pas à entrer dans la sphère la plus intime des personnes sans qu'il ne risque « *une immixtion excessive dans la vie privée de la femme majeure déficiente mentale* »⁹⁶⁹.

Même si cette solution semble la plus appropriée, elle repose sur la lucidité de la majeure handicapée mentale qui doit pouvoir s'exprimer avant la réalisation de l'acte d'IVG, et c'est justement « *ce défaut de lucidité [qui] justifie le transfert de la prise de décision aux protecteurs naturels* »⁹⁷⁰ et que le consentement de la majeure soit écarté. Mais cette notion

⁹⁶⁶ Jugement TGI Poitiers, 11 juin 1982, Rev. Trim. Dr. Sanit. Soc. 1983, p 525.

⁹⁶⁷ Cf *supra*. n^{os} 401 s.

⁹⁶⁸ A. Boumaza, « Les techniques traditionnelles de régulation des naissances en situation de handicap mental », in. « Hospitalisation psychiatrique et Droits de l'Homme : la protection de la personne malade mentale », vol. 2, éd. CTNERHI.

⁹⁶⁹ A. Boumaza, « Les techniques traditionnelles de régulation des naissances en situation de handicap mental », art. préc.

⁹⁷⁰ A. Boumaza, « Les techniques traditionnelles de régulation des naissances en situation de handicap mental », art. préc.

de lucidité est floue et doit être appréciée par le corps médical ce qui peut être source d'interrogations et de paradoxes.

§2) La compensation du handicap en matière de sexualité : l'assistance sexuelle

431. *Faits et méfaits relatifs à l'assistance sexuelle.* La loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des chances⁹⁷¹ instaure des mécanismes de compensation du handicap. La compensation prend tout son sens en matière de sexualité. Le handicap, qu'il soit physique ou mental, empêche très souvent les individus en souffrant d'exercer librement leur sexualité. Certains pays européens ont mis en place un système, indifféremment appelé assistance affective et sexuelle, accompagnement érotique, accompagnement sexuel voire sensuel, permettant aux personnes handicapées d'avoir une vie affective et sexuelle. Bien qu'elle n'ait pas connu le même succès dans le monde juridique qu'en sociologie ou en psychologie, l'assistance sexuelle pourrait constituer une solution intéressante mais incomplète et dangereuse pour répondre à la demande sexuelle des personnes handicapées. Toutefois, il faut nuancer la véritable influence de ce système sur l'épanouissement des personnes handicapées. Bien qu'elle permette un vécu plus ou moins complet de la sexualité selon les limites et les exigences des assistants, l'assistance sexuelle n'est « *sûrement pas un idéal* » comme l'affirme fort justement M. Nuss⁹⁷². Elle oublie en effet de nombreux sentiments, principalement le sentiment amoureux qui ne peut être remplacé par un quelconque rapport sexuel ou affectif partagé avec une personne ressentant plutôt de l'empathie. M. Nuss caractérise très bien la situation lorsqu'il précise que « *l'accompagnement sexuel est un soulagement [...] mais ce n'est pas l'amour que d'aucuns pourrait espérer* »⁹⁷³. La mesure d'assistance sexuelle ne correspondrait qu'à un tremplin susceptible de mener l'individu en situation de handicap vers un meilleur épanouissement sexuel bien sûr, mais aussi social.

⁹⁷¹ Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JO 12 févr. 2005, S. Milano, « La loi du 11 février 2005 : pourquoi avoir réformé la loi de 1975 ? », *RDSS* 2005, p 359 ; A. Triomphe, « La compensation du handicap dans la loi du 11 février 2005 : du mythe à la réalité », *RDSS* 2005, p 371.

⁹⁷² M. Nuss, « Accompagnement à la vie affective et sexuelle », in. P. Pitaud (sous la dir.), « Sexualité, handicaps et vieillissement », 2011, *Erès*.

⁹⁷³ M. Nuss, « Accompagnement à la vie affective et sexuelle », art. préc.

En France, la mise en œuvre d'une telle mesure est délicate alors qu'elle existe déjà dans quelques pays européens parmi lesquels la Suisse, la Hollande, l'Allemagne ou encore le Danemark. Même si des progrès sont faits dans notre pays quant à l'appréhension de la personne handicapée et à l'accessibilité des bâtiments et de l'information (comme cela sera développé ultérieurement), le couple sexualité et handicap fait encore l'objet de tabous. De plus, la politique et les normes françaises ne sont encore pas prêtes à accueillir un tel système pour diverses raisons, parmi lesquelles, la plus récurrente, celle de l'assimilation à la prostitution. Mais des projets existent pour tenter d'intégrer l'accompagnement sexuel et affectif, reste à voir si cette mesure s'avère véritablement utile relativement à l'épanouissement de la personne.

L'exemple le plus récent relativement à la mise en place de ce système de compensation du handicap et de sexualité est celui du département de l'Essonne. Le conseil général – particulièrement son président socialiste J. Guedj – souhaite en effet instaurer un « service public de l'éveil à la sexualité » qui ouvrirait l'accès à la sexualité aux personnes handicapées par le biais des services d'accompagnement à la vie sociale. Cette proposition prouve que les mentalités changent et que l'idée de compensation du handicap en matière sexuelle devient une réalité. Cette question revient souvent dans le débat et est d'actualité comme le prouve la sortie du film « *The sessions* » dont l'acteur principal, handicapé, passe une annonce pour trouver une partenaire. Le principal frein à la reconnaissance d'un tel procédé réside dans l'infraction de proxénétisme tandis que certains pays, à l'image de la Suisse ou de la Hollande, l'ont déjà incorporé dans leur corpus juridique. La sexualité est l'un des rares domaines sur lesquels la réforme de la protection des majeurs du 5 mars 2007 n'a que peu apporté de réponse. Elle constitue toutefois un outil indispensable pour concilier la protection des majeurs à l'objectif nouveau de respect de leur autonomie et de libre disposition de leurs droits. Même si « *le corps handicapé est un corps différent* »⁹⁷⁴, il n'exclut pas les besoins affectifs et sexuels. Mais, certaines personnes handicapées avancent que « *l'idée de compensation : des aides, humaines, techniques, qui permettent de compenser les incapacités liées au handicap afin que le handicap ne soit plus un handicap* »⁹⁷⁵. Cette position démontre la difficulté à mettre en œuvre l'assistance sexuelle en France, outre les obstacles juridiques

⁹⁷⁴ Expression employée par un blogueur, R. Gendarme, qui raconte son histoire et son point de vue sur l'assistance sexuelle. Voir, R. Gendarme, « Je ne veux pas d'assistante sexuelle qui ne tremblerait pas de plaisir », <http://www.rue89.com>.

⁹⁷⁵ R. Gendarme, « Je ne veux pas d'assistante sexuelle qui ne tremblerait pas de plaisir », art. préc.

qui vont faire l'objet des développements suivants. Le Comité consultatif national d'éthique a lui aussi rendu un avis, en octobre 2012⁹⁷⁶, qui exclut l'assistance sexuelle du champ des obligations étatiques « *d'assurer un droit à l'exercice effectif d'une sexualité* ». Le CCNE se positionne donc contre l'instauration d'un régime d'assistance sexuelle malgré l'utilisation d'arguments légers et peu convaincants et rend « *un avis de bon sens* » comme le décrit J-B. Thierry⁹⁷⁷. Toutefois, la discussion mérite d'être engagée sur le sujet dont l'actualité est brûlante.

A. Les difficultés de mise en place

L'accompagnement érotique existe déjà dans certains pays européens, à l'image de la Suisse où Mme Agthe-Diserens, sexo-pédagogue de formation, est à la base de l'instauration du système. Même si « *les objectifs de l'assistance sexuelle sont liés aux valeurs humanistes et individuelles actuelles d'autonomisation* »⁹⁷⁸, des difficultés interviennent dans la mise en place d'une telle mesure. Les mentalités et surtout les politiques diffèrent d'un pays à l'autre dans l'appréhension de ce phénomène ce qui explique le retard pris en France⁹⁷⁹ notamment où « *l'assistance sexuelle rencontre des obstacles et des détracteurs* »⁹⁸⁰. Bien que partant d'une intention positive, l'assistance sexuelle n'en est pas moins confrontée à un problème majeur, celui de l'assimilation à la prostitution et des incriminations relatives au proxénétisme.

1° Une compensation controversée du handicap

432. Assistance sexuelle en Europe. Certains pays européens connaissent déjà ce mécanisme d'accompagnement érotique et sexuel, tel est le cas de la Suisse, de l'Allemagne,

⁹⁷⁶ Avis n°118 CCNE relatif à la « Vie affective et sexuelle des personnes handicapées. Question de l'assistance sexuelle », octobre 2012. Voir commentaire de J-B. Thierry, « Les paradoxes de l'avis du CCNE sur l'assistance sexuelle », *RJPF*, 1^{er} mai 2013, p 4.

⁹⁷⁷ J-B. Thierry, « Les paradoxes de l'avis du CCNE sur l'assistance sexuelle », art. préc.

⁹⁷⁸ C. Agthe-Diserens, « La formation en assistance sexuelle : toute innovation implique des risques », *Reliance*, 2008, n°29, p 46.

⁹⁷⁹ Voir en ce sens : « Bachelot opposée aux assistants sexuels pour les handicapés », *Libération*, 6 janv. 2011 ; R. Bachelot-Narquin, « L'assistance sexuelle n'est pas un travail », *Libération*, 21 avril 2011 ou encore discours de R. Bachelot sur Europe 1 du 7 janv. 2011 indiquant que « l'assistance sexuelle serait de la prostitution » et que l'Etat ne pouvait financer un tel système.

⁹⁸⁰ C. Agthe-Diserens, « La formation en assistance sexuelle : toute innovation implique des risques », art. préc.

de la Hollande et du Danemark⁹⁸¹. Même si les modalités diffèrent quelque peu d'un Etat à un autre, de nombreux points communs se retrouvent dans les différents systèmes. Le tronc commun réside dans la formation spécifique de ceux et celles qui sont devenus assistants sexuels et qui comprend de nombreux modules dont la connaissance des handicaps, du droit, du corps ou encore de l'éthique et des limites qu'elle exige. Un autre point commun existe car « *il n'existe aucun statut juridique d'assistant sexuel dans ces pays* »⁹⁸². L'inconvénient avec cette exigence de formation est qu'elle ne donne lieu à aucun diplôme particulier puisqu'elle est dispensée par une association suisse dite SEHP (Sexualité et handicaps pluriels).

Outre le suivi d'une formation, d'autres conditions existent pour exercer cette « profession » d'accompagnant sexuel. La Suisse par exemple impose que la statut d'assistant sexuel ne soit que secondaire et ne constitue pas la principale source de revenus de la personne. Cela implique donc que, pour postuler, il est indispensable d'avoir une profession et de venir en aide aux personnes handicapées seulement de manière subsidiaire. La législation suisse oblige aussi les candidats à être en couple ce qui permet de distinguer les sentiments et l'assistance. Afin d'attirer le plus possible les candidats, les textes les laissent libres de cibler les pratiques et les limites de leur propre exercice. Chacun a en réalité son règlement par rapport à la séance : rejet ou non de la pénétration, simples caresses, fin de l'activité avant l'éjaculation de la personne handicapée... Il n'y a que peu de choses qui soient imposées dans ce domaine, seul est décidé d'un statut pour les personnes qui deviennent assistants sexuels suite à la formation. Ainsi, la Suisse a choisi d'assimiler administrativement les assistants sexuels à des prostituées sauf dans le canton de Genève où, depuis 2009, il y a eu changement de statut (et donc fin de l'assimilation aux prostituées), alors que le gouvernement hollandais a opté pour un remboursement partiel des séances.

433. Position française. Face à l'augmentation importante du nombre de demandes – proportionnelles à l'accroissement de personnes protégées et de l'appréhension nouvelle de la personne handicapée – et à la mise en place de cette mesure dans les pays voisins, nous aurions pu penser que la France allait aussi adopter un régime nouveau concernant cette question. Or, quand bien même la question de l'instauration d'un régime d'assistance sexuelle se pose de plus en plus fréquemment, la réponse est toujours la même, à savoir le refus des

⁹⁸¹ Voir par exemple : « Des assistants sexuels pour les handicapés mentaux suisses », www.rue89.com ; M. Maurisse, « Sexe : une école où l'on apprend à faire jouir les handicapés », www.rue89.com ; « Quelle place pour l'assistance sexuelle en Belgique », rapport de l'ASPH (Association Socialiste des Personnes Handicapées), mai 2012.

⁹⁸² J-B. Thierry, « Les paradoxes de l'avis du CCNE sur l'assistance sexuelle », art. préc.

politiques de la mettre en œuvre⁹⁸³. Pourtant, la loi du 11 février 2005 sur l'égalité des chances a insisté sur le caractère nécessaire de la compensation du handicap, dont la sexualité pourrait constituer une dimension.

434. *Notion de compensation.* Le législateur consacre la nécessité de compenser le handicap, sachant que la compensation doit s'entendre de manière large parce qu'elle englobe l'ensemble des besoins de la personne handicapée mais aussi de sa famille⁹⁸⁴. Le fondement de la compensation réside dans le fait que ni l'intéressé ni sa famille n'ont à supporter l'entière charge du handicap et que le droit doit les aider et les accompagner. De plus, le texte vise toutes les sortes de handicaps et tous les degrés d'atteinte des facultés physiques ou intellectuelles.

De plus, la compensation concerne la personne handicapée tout au long de sa vie : de l'enfance par le biais de la scolarité à l'âge adulte avec son insertion au maximum dans le milieu de travail ordinaire. Le changement de vision opéré en droit médical en 2002 par le biais de la loi "Kouchner" et qui consiste à placer l'individu – patient – au cœur du processus décisionnel trouve un écho dans le monde du handicap en 2005. En effet, les besoins des individus qui fondent la compensation sont consignés dans un document établi en collaboration avec l'intéressé, le projet de vie.

435. *Aucune allusion directe à la sexualité.* L'analyse des dispositions de l'article L114-1-1 du code de l'action sociale et des familles, montre que la compensation du handicap en matière de sexualité et d'affectivité n'est pas flagrante. Aucun terme relatif à la sexualité ou au domaine affectif ne figure expressément dans le texte, il faut essayer d'interpréter les mots et les expressions que le législateur a utilisés. Lorsqu'il est question « *de l'éducation* » à l'alinéa 2, cette notion peut légitimement inclure la dimension sexuelle. L'éducation affective et sexuelle des personnes handicapées est le premier pas vers une prise de conscience de leur part qu'ils peuvent avoir une vie affective et sexuelle. Ceci pourrait être plus vrai encore dans les établissements sociaux et médico-sociaux où des formations quant à la sexualité des personnes handicapées permettraient une sensibilisation directe du public quant à la liberté dont il dispose sur ce plan. Dans ces structures il n'est nullement question directement de

⁹⁸³ Voir en ce sens les références de la note 979, malgré le rapport sur l'amélioration de vie des personnes en situation de handicap présenté à l'Assemblée Nationale en novembre 2011 par J-F. Chossy.

⁹⁸⁴ L'article 11 de la loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des chances codifié à l'article L114-1-1 CASF précise explicitement que « *La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie* ».

sexualité ou d'affectivité mais plutôt d'intimité et du respect de l'intimité de chacun des résidents comme cela est prévu dans la charte des droits et libertés des personnes accueillies en établissements et services sociaux et médico-sociaux. S'il est évident que la sexualité fait partie de l'intimité des individus, elle n'est à aucun moment directement visée. Et il ressort des dires des professionnels que la question n'est que très rarement abordée lors de l'élaboration du projet de vie, tout simplement parce que la grande majorité des résidents ne savent pas qu'ils disposent d'une liberté sexuelle comme chaque citoyen et que le handicap n'est pas une cause d'exclusion de la sphère sexuelle et affective⁹⁸⁵.

En poursuivant l'analyse des termes de l'article, il est précisé que la compensation doit permettre « *le développement ou l'aménagement de l'offre de service* ». Par une nouvelle interprétation large il est possible d'inclure dans le cadre de cette offre l'aide à l'accomplissement d'une sexualité la plus libre possible. Le problème réside donc dans la nécessité de l'interprétation qui doit être systématiquement faite pour que la sexualité soit prise en compte dans le processus compensatoire du handicap. La sexualité ne figure à aucun moment dans les critères permettant de bénéficier de la prestation compensatoire. Pourtant la compensation semble nécessaire en matière de vie affective et sexuelle pour certaines personnes dont le handicap les empêche d'y avoir accès par eux-mêmes. Plusieurs difficultés se dressent alors : le financement « *d'une assistance dans l'acte que l'on pourrait qualifier de strictement technique* »⁹⁸⁶ et l'assimilation à la prostitution lorsqu'entre en scène un aidant extérieur dans le but de donner un certain plaisir sexuel à la personne handicapée.

2° Le rapprochement par rapport à la prostitution

436. Principal obstacle : la définition de la prostitution. La mise en œuvre de l'assistance sexuelle se heurte, dans le cas de la France, à des assimilations et des amalgames négatifs. Le véritable souci est la référence constante qui est faite à la prostitution et surtout aux infractions en lien avec elle, en particulier le proxénétisme. En effet, la prostitution n'est pas réprimée en tant que telle par le droit pénal français contrairement à la Suède par exemple (ce qui justifie que le gouvernement suédois soit encore plus frileux à l'idée d'instaurer un quelconque système d'aide à la vie affective et sexuelle). Ceci s'explique par la différence de

⁹⁸⁵ J-B. Thierry le souligne lorsqu'il avance que « *les relations sexuelles des handicapés ne soulèvent pas systématiquement une difficulté d'ordre juridique* », « La sexualité des personnes handicapées », in. « *La pudeur et le soin* », B. Py (sous la dir.), PUN, 2011, p 81.

⁹⁸⁶ P-K. Felissi, « En France il n'existe pas de législation spécifique », *Lien social*, n°843, 7 juin 2007.

politique d'un pays à l'autre : ainsi, ceux qui connaissent déjà l'assistance sexuelle (Suisse, Pays-Bas, Allemagne ou Danemark) ont une vision réglementariste de la prostitution alors que la France a une position abolitionniste. Là où ses voisins partent du principe que la prostitution existe et qu'il faut faire avec et l'encadrer, la France préfère une vision plus répressive, dite abolitionniste, qui consiste à lutter contre le racolage et le proxénétisme. Cette volonté d'interdire et de sanctionner les intermédiaires proxénètes correspond à un frein important dans l'acceptation de l'accompagnement sexuel.

437. Assistance sexuelle et critères de la prostitution. Bien que l'assimilation soit simple à première vue, qu'en est-il juridiquement ? La prostitution a été redéfinie précisément par la jurisprudence en 1996⁹⁸⁷ et elle est entendue comme l'activité qui « *consiste à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui* »⁹⁸⁸. Cette nouvelle définition de la prostitution marque la volonté de mettre fin à la généralisation dont elle faisait l'objet « *tout en ne faisant pas des rapports sexuels le critère exclusif de la prostitution* »⁹⁸⁹. La définition donnée par les juges en 1996 vient donner à la prostitution des contours plus nets alors qu'ils avaient tendance à devenir flous ces dernières années à cause de l'ajout discutable de nombreux comportements.

L'assistance sexuelle, telle qu'elle existe pour le moment dans certains pays, remplit tous les critères de la prostitution au sens de la Cour de cassation. La finalité correspond à la satisfaction des besoins sexuels des personnes handicapées. Et les moyens mis en œuvre sont identiques dans les deux cas à savoir des contacts physiques, quand bien même l'assistant(e) sexuel(le) exclurait la pénétration.

Cela n'empêche pas certains auteurs de penser que, puisque les assistants reçoivent une formation professionnelle et que la finalité est de rendre service aux personnes handicapées dépendantes, « *cette activité doit être éloignée de la prostitution* »⁹⁹⁰. Toutefois, il est simple d'écarter cette hypothèse en ce sens que le droit pénal est indifférent quant au mobile qui a conduit à effectuer l'acte litigieux. La loi pénale est d'interprétation stricte comme le précise

⁹⁸⁷ Il y avait eu une première définition de la prostitution par la Cour de cassation dans deux arrêts du 19 nov. 1912 qui précisait que la prostitution était caractérisée par « *le fait d'employer, moyennant une rémunération, son corps à la satisfaction des plaisirs du public, quelle que fût la nature des actes de lubricité accomplis* ».

⁹⁸⁸ Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82016.

⁹⁸⁹ Y. Mayaud, « Pour une autre définition de la prostitution », *Rev. Sc. Crim.* 1996, p 853.

⁹⁹⁰ M. Nuss, « Handicaps et sexualité. Le livre blanc », Paris, 2008, *Dunod*, p 33. Cette position est également défendue par C. Agthe-Diserens qui insiste sur le professionnalisme des aidants sexuels pour les distinguer des prostituées et sur l'intention charitable de la mesure.

l'article 111-4 du Code pénal, ce qui signifie qu'elle lie le juge et que la finalité, quand bien même elle serait charitable, ne peut justifier le comportement incriminé. Le droit pénal est totalement indifférent quant aux mobiles, l'intention bienveillante ne peut permettre de justifier des faits prohibés.

438. Proxénétisme par aide ou assistance. Le réel obstacle en la matière ne relève pas de la prostitution en elle-même mais plutôt de l'incrimination du proxénétisme⁹⁹¹. Au sens de l'article 225-5 du code pénal, n'est pas seulement proxénète celui qui tire profit de la prostitution, mais aussi celui qui aide ou assiste la prostitution d'autrui. Se pose alors le problème des personnes handicapées faisant part de besoins sexuels ou affectifs incapables de rencontrer un assistant sexuel sans l'intervention d'une tierce personne. Cette dernière se trouve alors être proxénète en ce qu'elle permet ou facilite la rencontre entre un « client » et une « prostituée » ce qui lui fait encourir des peines lourdes pouvant aller jusqu'à sept ans d'emprisonnement et 150000 euros d'amende aux termes de l'article 225-5 *in fine* du code pénal. Le directeur d'un établissement qui emmènerait un résident passer un moment en compagnie d'une prostituée pourrait être poursuivi pour proxénétisme⁹⁹², le droit pénal étant « indifférent au fait que l'entremetteur soit bénévole et ne tire aucun profit de l'infraction »⁹⁹³. C'est pourquoi l'assistance sexuelle reste une pratique « officieuse » en France tant que la législation n'aura pas changé. Pire encore, le simple fait d'arranger, par téléphone, une rencontre entre un résident et une prostituée peut être considéré de la même façon. Bien que cela soit envisageable, il n'existe aucun cas de jurisprudence à ce jour.

439. Proposition pour intégrer l'assistance sexuelle. Pour sortir des mailles du filet du proxénétisme, un remède consisterait en la création d'une profession spécifique qui serait soumise à une réglementation et une déontologie précises. Cela permettrait de rendre officielles des pratiques qui se font jusque-là de manière souterraine. Cependant, le volet pénal n'est pas le plus difficile à régler si l'assistance sexuelle devait être instituée dans notre corpus juridique. Il suffirait alors de mettre en place un fait justificatif permettant de sortir ce

⁹⁹¹ Le proxénétisme, tout comme le racolage public, a fait l'objet d'une aggravation des sanctions depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adoption de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁹⁹² Voir à ce propos l'anecdote racontée par M. Nuss qui concernait un directeur de MAS qui conduisait de manière régulière un résident sur Paris (soit un trajet d'environ 200 kilomètres) afin que ce dernier rencontre une prostituée, toujours la même, alors que le directeur l'attend au bar voisin. V. M. Nuss, « L'accompagnement sexuel : un enjeu pour la France », Paris, *Dunod*, 2008.

⁹⁹³ B. Py, « L'assistance sexuelle aux personnes handicapées : un service ? Un soin ? Un délit ? », *Droit & santé*, LEH, n°40, mars 2011.

comportement du champ d'application du droit pénal comme cela a déjà été le cas avec les actes médicaux par exemple. Il s'agit de causes objectives d'irresponsabilité pénale : si nous reprenons l'exemple de l'acte médical, le fait justificatif permet au professionnel de santé de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'un patient sans être pénalement responsable dès lors que quatre conditions cumulatives sont réunies⁹⁹⁴. La reconnaissance expresse de cette mesure dans un texte pénal écarterait totalement les risques de poursuite sur le fondement du proxénétisme. Mais cela soulèverait d'autres interrogations relativement à la valeur à donner au consentement d'une personne handicapée mentale. Toute relation sexuelle nécessite le consentement des protagonistes, or, celui des handicapés mentaux les plus gravement touchés est très difficile à prouver ce qui pourrait vite aboutir à des agressions sexuelles.

Les plus grandes difficultés ne se rencontrent donc pas dans l'instauration du régime pénal de l'assistance sexuelle mais plutôt sur le plan civil où malgré quelques tentatives, aucune solution satisfaisante n'a encore été trouvée. Les obstacles dépassent le seul cadre juridique et sont aussi sociétaux, nous rejoignons le Professeur Py lorsqu'il précise qu'« *il n'est pas certain que notre société soit prête à dissiper l'hypocrisie qui prévaut encore aujourd'hui au sujet de la sexualité* »⁹⁹⁵. C'est d'abord le regard de la société face à la sexualité des personnes handicapées qui doit changer, les aspects juridiques n'en seraient que plus simples.

B. Des modifications juridiques à apporter pour rendre effective cette assistance

Si pénalement l'accompagnement sexuel peut relativement facilement être justifié, les difficultés se font plus nombreuses dans le domaine civil. En se basant sur les différents exemples étrangers et les apports des dernières législations relatives au handicap et à la protection des majeurs, certaines propositions peuvent être faites et, au contraire, certaines idées peuvent être balayées.

L'instauration de l'assistance sexuelle chez plusieurs de nos voisins pourrait inciter le législateur français à agir en se fondant sur les diverses expériences de ces pays qui connaissent chacun des modalités différentes. Il convient cependant d'évacuer certaines

⁹⁹⁴ Ces quatre conditions nécessaires afin de justifier l'atteinte au corps dans le cadre d'un acte médical sont : le consentement du patient, un but thérapeutique pour l'acte envisagé, un acte de qualité et la nécessité pour le professionnel de disposer d'un titre.

⁹⁹⁵ B. Py, « L'assistance sexuelle aux personnes handicapées : un service ? Un soin ? Un délit ? », art. préc.

pratiques qui existent et qui ne nous semblent pas justifiées. C'est ainsi que plusieurs pistes peuvent être abandonnées.

1° Le rejet de certaines affirmations

440. Rejet de l'assimilation de la sexualité à une maladie. Certaines législations prévoient que les séances d'accompagnement ou d'assistance sexuels puissent, sous certaines conditions et au moins pour quelques unes d'entre elles, être prises en charge par l'assurance maladie. Le rôle de cette dernière prend toute son importance dans le remboursement de médicaments et de traitements, et donc de tout ce qui tourne autour de la maladie en général. Par conséquent, les lois danoise et hollandaise, en ce qu'elles permettent l'intervention de la caisse de Sécurité sociale dans la prise en charge de certaines séances⁹⁹⁶ avec un assistant sexuel, peut laisser penser qu'il est possible de rapprocher maladie et sexualité. Ce rapprochement ne nous satisfait pas : même s'il existe une santé sexuelle dont la définition a été donnée précédemment, il nous paraît injustifié que l'absence de sexualité autonome soit considérée comme une maladie nécessitant une prise en charge par la solidarité nationale. Le Comité consultatif national d'éthique, dans un avis de 1996⁹⁹⁷, avait déjà indirectement rejeté cette position puisqu'il affirmait que « *la sexualité des personnes handicapées mentales n'est pas sensiblement différente de celle de la population générale* ». Par cette affirmation, le CCNE rejette cette idée d'amalgame entre la sexualité et la maladie en ce qu'elle est exercée pratiquement de la même manière malgré le handicap.

441. Mesure gratuite et utilisation de critères peu convaincants. Pour contourner les divers obstacles à l'instauration d'une telle mesure, plusieurs solutions ont été proposées, solutions qui ne sont guère pertinentes. Des critères avaient été mis en avant pour ouvrir le droit au recours à l'assistance sexuelle mais il est totalement utopique de pouvoir les appliquer de manière concrète. En effet, il avait été question de prendre en compte la nature et le degré du handicap, mais, devant leur caractère flou et les nombreuses interrogations qu'ils soulèvent, ils ont été écartés. En effet, comment décider qu'une personne handicapée mentale a davantage besoin d'assistance sur le plan sexuel qu'une personne souffrant d'un handicap

⁹⁹⁶ Selon M. Nuss, cette prise en charge concerne au maximum deux séances mensuelles, « Handicaps et sexualité. Le livre blanc », Paris, 2008, *Dunod*, p 32.

⁹⁹⁷ Avis CCNE n°49, 3 avril 1996, « Avis sur la contraception chez les personnes handicapées mentales ».

physique ? Comment déterminer précisément des degrés dans le handicap afin de constituer des seuils offrant la possibilité de bénéficier de la mesure d'accompagnement ? La question est encore plus épineuse concernant les personnes sourdes qui, bien que médicalement atteintes de handicap sensoriel, ne se sentent pas handicapées en tant que telles. Doit-on alors leur permettre d'avoir recours à l'aidant sexuel ? Le trop grand nombre de questionnements relatifs à l'utilisation de ces critères abstraits justifie leur abandon. En outre, chaque handicap est différent et peut être vécu différemment par la personne, c'est pourquoi il nous semble très compliqué de définir un seuil à partir duquel une mesure d'assistance serait envisageable.

Pourquoi alors ne pas faire de l'assistance sexuelle une mesure gratuite ? La question s'est logiquement posée pour éviter les sanctions pénales relatives au proxénétisme. En l'absence de rémunération, les conditions du rapport prostitutionnel ne sont plus remplies et l'infraction de proxénétisme ne peut donc être caractérisée. Cette hypothèse, *a priori* intéressante, fit pourtant l'objet de critiques fondées qui ont abouti à écarter véritablement cette solution. La première d'entre elles réside dans le fait que « *la pratique bénévole ne rencontre pas le même succès que la pratique tarifée* »⁹⁹⁸. L'attrait serait donc moindre, en particulier du côté des accompagnants qui, outre leur intérêt pour la personne handicapée, apprécieraient sans doute une contrepartie financière pour cette activité. De plus, l'absence de rémunération pourrait constituer une source de désintérêt quant à la pratique de cette activité sexuelle. La question se poserait naturellement quant à la motivation des aidants et à leur volonté de pratiquer une telle activité sans rémunération.

442. *Très léger changement terminologique et très grosse influence sur le proxénétisme.* Le but des législations en vigueur relative aux personnes handicapées est l'accroissement de leur autonomie. Or, le fait de payer directement l'aidant sexuel constitue une démarche d'autonomie et de responsabilisation tout à fait bénéfique pour l'intéressé. C'est pourquoi l'idée de passer par le biais d'une association qui verserait la rémunération à l'assistant après avoir reçu une partie de la prestation compensatoire de la personne qui a émis le souhait d'avoir une vie affective et sexuelle dans son projet de vie n'est pas la plus adéquate. Il convient toutefois de préciser que le problème lié au coût de cet accompagnement sexuel peut se poser pour les personnes disposant de revenus limités, le prix de la séance peut

⁹⁹⁸ J-B. Thierry, « Libres propos sur l'assistance sexuelle au sujet de la liberté sexuelle des personnes handicapées », in. « *Le sexe et la norme* », N. Deffains et B. Py (sous la dir.), *PUN*, 2011.

correspondre à « *une somme considérable* »⁹⁹⁹ pour les plus démunis. M. Nuss rappelle qu'une modification très légère mais relativement judicieuse d'une disposition du code pénal pourrait mettre fin à ces soucis financiers qui gravitent autour de l'hypothétique mesure d'accompagnement érotique. Ce changement concernerait l'article 225-6 C. pén. qui prévoit que le proxénète est celui qui fait « *office d'intermédiaire entre deux personnes dont l'une se livre à la prostitution et l'autre exploite ou rémunère la prostitution d'autrui* ». Puisqu'il est hors de question de supprimer le proxénétisme par entremise, la proposition consiste à substituer un « et » au « ou » dans la seconde partie de la disposition afin de faire de l'exploitation et de la rémunération des conditions cumulatives. Cette modification, faible dans le texte, aurait un retentissement relativement important puisqu'elle changerait la perception du proxénétisme et restreindrait l'accès à la qualification de proxénète. Toutefois, dans un pays où une politique abolitionniste est de vigueur, ce débat serait très houleux et l'idée serait très rapidement rejetée, la priorité étant d'éradiquer le proxénétisme, non de le contourner.

2° Des pistes de recherche

Malgré les nombreuses difficultés qui se dressent dans la mise en pratique de l'assistance sexuelle, des pistes intéressantes sont à explorer afin que les personnes handicapées, surtout celles dont l'état nécessite l'intervention d'un tiers, satisfassent leurs besoins affectifs et sexuels. La contractualisation du rapport, bien qu'elle se heurte à quelques obstacles pourrait être envisagée en la rapprochant du consentement strictement personnel et des actes de l'article 458 C.civ. De plus, il serait peut être judicieux de faire de l'aidant sexuel une véritable profession réglementée puisque son objet est le contact avec le corps d'autrui.

443. *Freins au mécanisme contractuel dans l'assistance sexuelle.* Il est envisageable de faire de l'assistance sexuelle un contrat entre l'assistant et la personne handicapée afin de prévoir les modalités des séances et de tenir compte des besoins et des attentes de chacun. Des écueils sont pourtant à éviter en ce qui concerne les conditions de formation du contrat qui sont issues du droit commun et précisées à l'article 1108 C. civ.¹⁰⁰⁰. Cependant, certaines

⁹⁹⁹ J-B. Thierry, « Les paradoxes de l'avis du CCNE sur l'assistance sexuelle », art. préc.

¹⁰⁰⁰ Pour rappel, la loi soumet la validité de la formation d'un contrat à quatre conditions cumulatives qui sont le consentement, la capacité juridique, un objet certain et une cause licite.

posent problème dans le cas de l'accompagnement sexuel des personnes handicapées, c'est le cas principalement de la capacité des parties lorsqu'il s'agit d'une personne handicapée mentale dont les facultés sont gravement altérées et de l'objet du contrat qui porterait sur un service sexuel ce qui est illicite.

Dans le cadre de la mesure d'assistance sexuelle, il pourrait être envisagé un contrat de prestation de services. L'objet du contrat porterait sur une prestation de nature sexuelle ce qui ne fait pas partie du commerce juridique et rend l'objet du contrat illicite. Pour détourner cette interdiction, peut être faudrait-il considérer cet accompagnement comme un véritable soin de sorte que ce contrat soit « un contrat médical ». Bien que l'essentiel des personnes ayant suivi la formation soient des professionnels paramédicaux et que la santé sexuelle fasse l'objet d'une définition de la part de l'OMS et participe activement à l'épanouissement et à l'insertion de l'intéressé, cette position demeure discutable.

444. *Formation particulière pour profession spécifique à réglementer.* Les pays qui ont déjà intégré l'assistance sexuelle dans leur législation imposent une formation dont le contenu varie d'un pays à l'autre. Quoiqu'il arrive, cette formation devrait donner lieu à un diplôme qui ouvre les portes d'une profession à part entière et qui, selon nous, devrait être réglementée à l'image des professions médicales et paramédicales. L'éthique et la déontologie sont deux valeurs très importantes lorsque la personne humaine est au cœur du processus afin d'éviter – ou à tout le moins de limiter – les risques de dérives. De plus les abus sont facilités en ce que le public est composé exclusivement de personnes vulnérables et sous l'entière autorité de l'aidant sexuel. Lors de la séance, le majeur handicapé mental et l'assistant sont seuls, ce qui peut inciter à abuser de son autorité et de la faiblesse de la personne pour lui extorquer de l'argent ou l'inciter à apporter des modifications à un testament. L'assistance sexuelle est un service tarifé ; un aidant sexuel malveillant peut profiter de la faiblesse du majeur pour ne pas faire tous les actes envisagés et payés.

445. *Instauration d'une déontologie et d'un contrôle ordinal.* C'est pourquoi la mise en place d'un Ordre, sur le modèle de celui qui régit la profession médicale, peut être la solution. Il prendrait alors en charge, non seulement la formation de ses membres après versement d'une cotisation, mais aussi l'application des sanctions lorsque des assistants s'écartent des bonnes pratiques. En outre, l'avantage de la mise en place d'une juridiction ordinale et d'un code de déontologie serait d'encadrer strictement les pratiques potentiellement dangereuses de l'assistance sexuelle dans la sphère professionnelle mais aussi dans la vie privée de l'aidant.

Cette protection élargie à la sphère privée des accompagnants permet un meilleur encadrement et une garantie de leur intégrité ce qui est nécessaire au vu des relations avec la personne handicapée. L'encadrement déontologique est primordial, c'est pourquoi il conviendrait de regrouper dans un décret différentes règles de bonnes pratiques précisant les limites de l'assistance et une uniformisation de l'exercice de la mesure.

Une fois les principales règles déontologiques établies, la mise en place d'une telle mesure nécessiterait d'instaurer un suivi médical concernant non seulement les aidants mais aussi les personnes handicapées auxquelles serait ouverte l'assistance sexuelle. Cela implique une nouvelle fois un minimum d'éducation sexuelle à l'égard des personnes vulnérables dont la majorité n'est pas au fait sur ces questions ou s'en écarte du fait de son handicap.

Il est judicieux en outre de prévoir une liste d'infractions restreignant l'accès à la profession à l'instar de ce qui existe dans le recrutement des personnels des établissements publics de santé, notamment en présence de personnes âgées dépendantes. Il est logique d'écarter de l'accès à la profession d'aidant sexuel un candidat qui a déjà fait l'objet de condamnations pour des violences sexuelles.

446. *Capacité juridique : obstacle pas forcément absolu.* De plus, pour qu'un contrat soit valablement conclu, il faut être juridiquement capable. Les majeurs sous tutelle n'ont plus cette capacité ce qui les exclut du processus contractuel. Il est toutefois possible de passer outre cette condition de capacité par le biais des actes dont la réalisation nécessite le consentement strictement personnel listés à l'article 458 C. civ. Ne permettant aucune assistance ou représentation, ces actes ne peuvent donc être exécutés que par le majeur protégé lui-même. Mais l'assistance sexuelle ne figure pas dans la liste de l'article 458 C. civ. Si l'assistance sexuelle venait à être le moyen utilisé pour que les personnes handicapées dépendantes, cette procédure devrait être indiquée dans la liste de l'article 458 C. civ. afin que le majeur protégé, même sous tutelle, puisse en bénéficier par sa propre initiative et malgré son incapacité juridique. En insérant ce système d'accompagnement sexuel et affectif dans les dispositions de l'article, le législateur permettrait l'accès direct à cette mesure aux majeurs protégés.

Conclusion Chapitre 2

447. *Critique de la liste de l'article 458 C. civ. qui ne traite pas de la sexualité.* L'état des personnes est certainement le domaine dans lequel l'autonomie des personnes protégées est la plus privilégiée et la plus préservée. Elles conservent une capacité décisionnelle pratiquement intacte à l'image des actes nécessitant un consentement strictement personnel dont certains sont listés à l'article 458 C. civ. Bien que critiquable, cette catégorie démontre le souhait de mettre en avant le choix personnel du majeur pour les actes les plus intimes que sont par exemple l'adoption ou l'exercice de l'autorité parentale. Si le caractère judiciaire de cette liste peut être remise en cause, l'autre inconvénient majeur est que tous les actes intimes n'ont pas été visés directement : c'est par exemple le cas de la sexualité des majeurs protégés. Elle n'est jamais directement traitée, le principe est alors celui de la liberté sexuelle dont dispose tout citoyen, c'est-à-dire que chacun peut librement disposer de son corps. Toutefois, la vulnérabilité de la personne en situation de handicap justifie que des mesures protectrices spécifiques soient adoptées, notamment du fait de l'influence qu'elle peut subir au moment de donner son consentement. Dans la sphère affective et sexuelle, la compensation du handicap n'est que peu développée en France puisque l'assistance sexuelle, qui existe déjà chez nos voisins européens, se heurte à l'obstacle du proxénétisme. L'assistance sexuelle – ou accompagnement érotique – est très souvent mal perçue mais elle constituerait une solution intéressante bien que transitoire dans la prise en charge des besoins sexuels des personnes handicapées mentales. Si le volet pénal est aisé à contourner en insérant une permission de la loi, ce qui pose véritablement problème concerne le statut civil à donner à l'assistant sexuel pour qu'il diffère de la prostituée et que le proxénétisme soit écarté.

448. *Nouveautés quant au droit de vote.* La mise en avant de l'autonomie des majeurs protégés ressort aussi du droit de vote, entendu de manière restrictive comme le droit civique, qui a été ouvert sous l'impulsion des lois de 2005 et de 2007 aux majeurs sous tutelle. Le principe a été inversé : le majeur sous tutelle dispose du droit de vote à moins que le juge des tutelles n'en décide autrement au moment de l'ouverture ou du renouvellement de la mesure et après évaluation des facultés de la personne principalement par le biais de questionnaires. Ces fluctuations impliquent que les listes électorales soient tenues à jour, ce qui impose une étroite collaboration entre les maires, les préfets et l'INSEE.

Le droit de vote existe aussi pour les majeurs protégés au sein de différents organes tels que le conseil de la vie sociale pour ceux qui sont accueillis en structures ou, sous certaines conditions, dans les syndicats de copropriété.

449. *Autonomie et décision éclairée.* Bien que la personne doive être préalablement informée, tous ces actes dénotent la volonté du législateur de tenir compte de sa volonté en lui offrant la possibilité de choisir seule pour ces actes intimes. La protection conférée par le Droit n'empiète pas – ou en tout cas le moins possible – sur l'autonomie reconnue au majeur protégé, dont la compensation du handicap doit conduire à lui accorder des droits proches des autres citoyens.

CONCLUSION TITRE 1

450. *Consentement indispensable.* Le majeur dont les facultés intellectuelles sont altérées et qui bénéficie d'une mesure de protection n'est pas systématiquement dépourvu de toute capacité décisionnelle. Il est possible que sa volonté soit recherchée et consultée ou imposée en fonction de la nature de l'acte sur lequel il se prononce. Le législateur a souhaité, au gré des évolutions textuelles, insister sur l'autonomie des personnes pour les actes les plus intimes et fondamentaux. Tel est par exemple le cas du droit de vote dont le principe d'interdiction automatique a été inversé par la loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des chances et à l'exercice de la citoyenneté. Désormais, le droit de vote n'est retiré que sur décision expresse du juge des tutelles lors de l'ouverture d'une mesure de tutelle et son exercice impose l'actualisation constante des listes électorales par le biais d'une collaboration étroite entre les maires, les préfets et l'INSEE.

Outre le droit de vote, la catégorie des actes nécessitant un consentement strictement personnel – listés de manière non limitative à l'article 458 C. civ.¹⁰⁰¹ – apparaît et dénote une autonomie absolue pour le majeur protégé. Même si elle est source de critiques, cette catégorie a le mérite d'exister. Elle ne fait en revanche jamais allusion aux actes sexuels qui relèvent pourtant de l'intimité la plus profonde de la personne. Les personnes handicapées mentales disposent librement de leur corps mais des protections particulières sont apportées par le Droit pour compenser leur vulnérabilité, notamment à l'égard des personnes susceptibles de les influencer ou exerçant sur elles une certaine autorité. De plus, la compensation du handicap par le biais de l'assistance sexuelle n'est, à l'heure actuelle, pas évidente du fait de l'amalgame qui en est fait avec la prostitution et de la répression du proxénétisme.

¹⁰⁰¹ Cet article précise expressément : « *Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant* ».

451. Large marge en matière patrimoniale. Sans avoir forcément une autonomie totale dans la sphère patrimoniale, le majeur protégé conserve une capacité décisionnelle, particulièrement en ce qui concerne le logement, les libéralités et l'insertion professionnelle. Les majeurs protégés ont la possibilité de choisir librement leur lieu de résidence et la protection de leur logement s'étend désormais à leur résidence secondaire ce qui n'était pas le cas sous l'empire de la législation antérieure. Cependant, il existe encore des incohérences au moment de la vente du logement qui oblige à demander l'intervention d'un tiers ou du médecin lorsque le majeur est orienté vers une institution. Le majeur n'est donc pas entièrement libre en matière de logement quand bien même son choix est prioritaire ; il en va de même relativement aux libéralités. Leur accès est plus ouvert que précédemment mais des restrictions demeurent dans un souci de méfiance à l'encontre principalement des professionnels de santé et des accompagnants. Ceux-ci seraient plus enclins à profiter de leur situation pour influencer la personne handicapée mentale.

452. Insertion professionnelle et handicap. En outre, « toutes les personnes handicapées qui le peuvent ont vocation à travailler »¹⁰⁰² en fonction de leur état et de leurs compétences. C'est pourquoi, les personnes handicapées sont invitées à suivre une scolarisation la plus ordinaire possible, ont des formations professionnelles adaptées et bénéficient de discrimination positive à l'embauche¹⁰⁰³. La reconnaissance du statut de travailleur handicapé et l'orientation vers le milieu ordinaire ou protégé (ESAT) relèvent de la CDAPH. Le gros point négatif réside dans l'application de règles diverses en ce qui concerne les ESAT : ces règles émanent à la fois du Code du travail, du Code de l'action sociale et des familles et du Code de la consommation. Cet éclatement des dispositions n'existe pas lorsque la personne handicapée mentale est orientée en milieu ordinaire puisqu'elle conclut alors un contrat de travail et est soumise uniquement au Code du travail. Une simplification essentielle résiderait dans la mise en place d'un statut de salarié particulier relativement au majeur protégé quel que soit le milieu dans lequel il travaille. Ce statut ne serait régi que par le Code du travail, l'ensemble des dispositions applicables se trouverait alors dans un code unique.

¹⁰⁰² F. Kessler, « L'autonomie des personnes handicapées dans la loi du 11 février 2005 », art. préc.

¹⁰⁰³ Bien que le taux légal d'embauche de travailleurs handicapés ait été diminué – passage de 10% à 6% –, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas encore véritablement atteint, ni dans le secteur privé, ni dans le secteur public.

La capacité décisionnelle des majeurs protégés est prioritaire dans les domaines que nous venons de détailler, mais, dans d'autres hypothèses, la personne, ayant les facultés suffisantes pour décider, se prononce forcément mais sa décision ne s'impose pas de manière systématique.

TITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE DE LA DÉCISION PERSONNELLE

453. Acteurs impliqués dans la prise de décision. La réforme du 5 mars 2007 concernant la protection juridique des majeurs apporte une vision nouvelle en ce qu'elle touche désormais, en plus du patrimoine, la personne même du majeur. La protection de la personne est perçue de manière large par le législateur : outre la personne à proprement parler, elle vise aussi les décisions – certaines décisions en tout cas – prises par elle. La prise en compte du majeur à protéger se caractérise par une importance nouvelle donnée à ses choix et à la garantie de ceux-ci d'où le constat que « *cette réforme était indispensable pour adapter les dispositions actuelles à l'évolution des personnes concernées* »¹⁰⁰⁴. L'évolution dont il est question est celle de la population générale des personnes présentant un besoin de protection dont le nombre ne cesse d'augmenter, mais aussi à l'intérieur même de cette population de l'évolution de leur état, qu'elle soit positive ou négative. Le changement de statut du majeur protégé dans le processus décisionnel reflète ce qui a été mis en place en 2002¹⁰⁰⁵ concernant les patients qui deviennent codécideurs relativement aux actes médicaux qu'ils doivent subir.

Le remplacement des parties "faibles" au cœur du système décisionnel démontre la philosophie plus récente de les considérer comme des personnes à part entière et de privilégier leur volonté lorsqu'ils sont en état de l'exprimer. La recherche de leur consentement et le respect de leur capacité décisionnelle est un pas important vers la garantie de l'autonomie des personnes protégées, la protection ne leur étant plus imposée. En devenant des acteurs des mesures dont ils bénéficient et de certains actes de leur vie quotidienne, les majeurs dont les facultés mentales sont altérées ne sont plus marginalisés et participent à la vie sociale ce qui facilite un retour éventuel à une autonomie plus grande.

Il s'agit d'appréhender l'évolution précédemment abordée de manière double : dans la croissance du nombre de personnes à protéger et en fonction des fluctuations de l'état de leurs facultés mentales. C'est en ce sens qu'ont été distinguées des mesures sociales et judiciaires et

¹⁰⁰⁴ L. Stasi et C. Coutant-Lapalus, « *Personnes. Incapacités. Famille* », 15^{ème} éd., juillet 2009, Paradigme, p 97.

¹⁰⁰⁵ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 dite « Kouchner » relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JORF 5 mars 2002, p 4118) qui instaure la démocratie sanitaire impliquant le consentement indispensable du patient avant d'envisager tout acte ou traitement médical sur lui.

« le législateur a insisté sur la nécessité de tracer une ligne de partage claire entre les différentes mesures »¹⁰⁰⁶ en ce qu'elles n'ont pas véritablement la même finalité. Si l'accompagnement instauré par les mesures sociales est, avec l'accessibilité souhaitée dans la loi du 11 février 2005, un vecteur certain pour aboutir à une décision autonome et éclairée (Chapitre 1), les dispositions nouvelles poussent la logique d'autonomie encore plus loin dans certaines hypothèses dans lesquelles le majeur sera consulté au moment de prendre la décision (Chapitre 2).

¹⁰⁰⁶ L. Stasi et C. Coutant-Lapalus, « *Personnes. Incapacités. Famille* », op. cit.

Chapitre 1 : Des vecteurs facilitant la décision : l'accessibilité et l'accompagnement

454. Subsidiarité de l'incapacité. Comme tout citoyen, la personne en situation de handicap mental doit avoir la possibilité de vivre le plus librement possible afin de pouvoir exercer au mieux ses droits. Toute personne handicapée mentale ne bénéficie pas d'une mesure juridique de protection – sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle – et peut donc conserver une entière capacité juridique avec tous les droits que cela implique. Les grands principes directeurs définis dans la loi du 3 janvier 1968 et réaffirmés dans la loi du 5 mars 2007¹⁰⁰⁷, à savoir nécessité, proportionnalité et subsidiarité, impliquent une graduation dans les mesures à mettre en œuvre pour compenser le handicap. Il convient de privilégier l'intérêt de la personne et de la protéger sans toutefois l'infantiliser. La finalité est donc d'éviter une privation systématique de sa capacité juridique, c'est pourquoi des efforts sont nécessaires dans des domaines connexes à la protection mais qui auront forcément une influence sur l'autonomie et l'indépendance des personnes souffrant de handicap.

La protection juridique, puisqu'elle implique très souvent une restriction de droits et de libertés, ne doit pas être envisagée trop rapidement. Un travail sur les facteurs environnementaux et sur la prise en compte des besoins individuels de chacun pour une meilleure adaptation de la prise en charge serait judicieux.

C'est en ce sens que les législations récentes évoluent : l'incapacité devient le moyen subsidiaire de protection. Des mesures d'accompagnement, social et judiciaire, sont apparues en 2007 dans le but de rétablir l'autonomie financière du bénéficiaire de prestations sociales « dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources »¹⁰⁰⁸. L'accompagnement constitue la première étape dans l'exercice de l'autonomie. Mais, pour que les mesures soient efficaces et surtout envisageables, des dispositions concernant l'aménagement de l'espace et de son contenu doivent être appliquées puis respectées. Le législateur, en 2005, a prévu une optimisation de l'accessibilité de certains bâtiments et des informations qu'ils contiennent dans un délai maximal de dix ans afin que

¹⁰⁰⁷ Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56 du 7 mars 2007, p 4325.

¹⁰⁰⁸ Article L271-1 CASF.

tout citoyen, notamment les personnes en situation de handicap, dispose d'un environnement accessible et avec un minimum d'obstacles.

Section 1 : Les contours de la notion d'accessibilité

455. *Handicap, conjonction de deux facteurs.* Le handicap est la réunion de deux éléments : non seulement il comporte un déficit des facultés, intellectuelles ou physiques, mais aussi un aspect environnemental¹⁰⁰⁹. Ce dernier, lorsqu'il n'est pas adapté aux personnes handicapées, ne leur permet pas d'être réellement autonomes, c'est pourquoi le handicap est justement qualifié par M. Thierry de « *notion fondamentalement situationnelle* »¹⁰¹⁰. La volonté du législateur de rendre accessible, outre le cadre bâti, les transports, les installations sportives mais aussi le contenu informationnel et culturel des établissements recevant du public démontre véritablement l'importance de l'influence de l'environnement sur l'exercice de l'autonomie des personnes en situation de handicap. Le domaine de l'accessibilité est très vaste puisqu'il concerne naturellement le logement et les transports. Toutefois, il en découle une influence directe et positive sur un grand nombre de domaines essentiels pour permettre la réinsertion – ou simplement l'insertion – dans la société et dans la vie de tous les jours des personnes handicapées. Cette exigence d'accessibilité aura des répercussions sur la scolarisation et l'éducation, sur la santé et la possibilité d'accéder aux soins, sur la pratique de sports ou de loisirs ou encore dans la recherche d'un emploi ou d'une formation. Autant d'actes de la vie quotidienne qui devraient être ouverts à l'ensemble de la population et qui devraient être accessibles librement aux personnes en situation de handicap ; ces nouvelles dispositions législatives sur l'accessibilité constituent donc une rampe vers une autonomie plus importante en adaptant l'environnement.

¹⁰⁰⁹ J-B. Thierry, dans sa thèse intitulée « *Le handicap et le droit criminel* » soutenue en 2006 insiste sur l'importance de l'environnement dans le handicap et précise qu'il s'agit de l'élément contre lequel la lutte est la plus délicate (n°34, p 47). Sur cet aspect environnemental, voir aussi par exemple : V. Assante, « Personnes handicapées ou personnes en situation de handicap », in *Personnes handicapées et situation de handicap*, sous la dir. de Isabelle VILLE et Jean-François RAVAUD, La Documentation française, n° 892, septembre 2003, pp. 29-30 et M. Guigue, « *La personne handicapée. Contribution à l'étude de l'utilité de son statut* », 2011, thèse dactylographiée, plus particulièrement n°648 s., p 388 (Section 2 intitulée « La nécessité de renforcer la prise en compte de la dimension environnementale du handicap »).

¹⁰¹⁰ J-B. Thierry, « *Le handicap et le droit criminel* », 2006, thèse dactylographiée, n°39, p 54.

Quand bien même la notion d'accessibilité est connue et facilement compréhensible en ce qui concerne son aspect matériel, l'appréhension semble plus délicate quant à l'aspect intellectuel (§2). Le fait de retenir une définition assez large permet d'englober ces deux dimensions et d'appliquer la notion de manière extensive (§1).

§1) Le délicat périmètre de la notion d'accessibilité

456. Etendue de la notion. Lorsque l'on parle d'accessibilité, tout le monde pense cerner la notion. L'accessibilité est généralement définie comme le « *caractère de quelque chose, d'un lieu qui sont accessibles* » pour le volet matériel, physique et comme le « *droit, possibilité qu'a quelqu'un d'avoir accès à quelque chose* »¹⁰¹¹ pour un aspect plus abstrait et intellectuel. Ces définitions, dont on ne peut nier le caractère vague, ont été précisées au fur et à mesure des évolutions législatives et des cas jurisprudentiels. Les dispositions législatives relatives à l'optimisation de l'accessibilité ciblent en priorité les personnes en situation de handicap et particulièrement celles dont la liberté de mouvement est altérée. Mais une appréhension extensive de la notion permet désormais d'inclure une population plus large. Outre le législateur qui impose des normes en matière d'accessibilité, les juges, français et européens, ont également contribué à faire évoluer la notion afin qu'elle soit la plus adaptée à la société et à la population. Le socle de l'accessibilité est posé par le droit national, mais les apports des juges européens permettent d'affiner la définition.

Naturellement les personnes visées prioritairement et devant tirer les plus grands bénéfices de ces mesures sont celles qui sont en situation de handicap physique mais aussi mental du fait d'un élargissement croissant des contours de la notion d'accessibilité. S'il faut rendre le cadre bâti, existant ou à venir accessible à tous, il faut aller plus loin. Le contenu culturel, informationnel de certains établissements se doit de pouvoir être utilisable dans de bonnes conditions par tous, alors même que la personne présenterait une altération de ses capacités mentales et intellectuelles.

¹⁰¹¹ Définitions du dictionnaire Larousse, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/accessibilité>, 4 octobre 2011.

L'accessibilité est une notion large qui englobe de nombreux aspects parfois mis à l'écart ; elle concerne en outre les personnes à mobilité réduite mais aussi les autres types de handicap. En tant que notion globalisante, la détermination de ses contours passe par la recherche de réponses en droit interne mais aussi des compléments au niveau de la jurisprudence européenne.

A. Les éléments de droit interne tendant à l'accessibilité

Le handicap trouve forcément son origine dans une situation personnelle mais seulement lorsque celle-ci est couplée à une inadaptation de l'environnement¹⁰¹². Or, en influant sur l'un de ces deux facteurs, il est possible de compenser le handicap ou de faire en sorte que la marginalisation des personnes souffrant de handicap soit réduite au maximum. Concernant plus particulièrement le handicap mental, l'action doit essentiellement se faire sur le plan environnemental, « *l'environnement doit être un facilitateur* »¹⁰¹³ et certainement pas un frein à l'exercice de l'autonomie des personnes en situation de handicap mental. C'est pourquoi il est nécessaire de faire en sorte de limiter voire « *d'éliminer, dans la mesure du possible, tous les obstacles dans l'environnement et la société* »¹⁰¹⁴. Le droit interne, de manière récente, s'est ainsi penché sur le contenu de l'accessibilité et la possibilité de compenser les difficultés endurées par certaines personnes du fait du handicap qui les touche.

1° L'influence du facteur environnemental

457. Environnement adapté. La nécessaire adaptation de l'environnement des personnes en situation de handicap influence l'accessibilité des établissements et des locaux permettant une vie quotidienne la plus normale et indépendante possible. Or, l'étude de cette notion est indispensable car, comme le souligne M. Kessler, « *l'accessibilité est un élément indispensable pour l'autonomie des personnes handicapées et leur pleine insertion dans la*

¹⁰¹² Voir en ce sens V. Assante, « Personnes handicapées ou personnes en situation de handicap », art. préc., P-L. Grosbois, « *Handicap et construction* », 5^{ème} éd., Paris : Le Moniteur, 1999, p 21, M. Guigue, « *La personne handicapée. Contribution à l'étude de l'utilité de son statut* », op. cit., n°648 s., p 388.

¹⁰¹³ F. Chièze, « Le droit au respect de l'autonomie », *Lamy Dr. civ. 2010*, n°73.

¹⁰¹⁴ Recommandation n°R (92) 6 du Comité des ministres relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées et adoptée le 9 avril 1992.

société »¹⁰¹⁵. Il est clair que des locaux et des bâtiments aisément accessibles par tous constituent un outil, si ce n'est l'outil, pour favoriser l'exercice de l'autonomie des personnes handicapées. L'autonomie, entendue au sens de l'indépendance et donc de l'absence d'aide extérieure, ne peut être effective que si l'accessibilité est réelle ; cette dernière permet alors un exercice optimal des droits dont chaque citoyen dispose. Comment voter si le bureau se situe au troisième étage d'un bâtiment qui n'est pas spécialement équipé ? Comment disposer d'une absolue liberté de choix d'un logement si le parc n'est pas adapté aux besoins de chacun ? Comment se marier si la mairie ne possède pas d'installation pour l'accueil de personnes en situation de handicap ? L'accessibilité est, à notre sens, la première étape vers l'exercice le plus complet possible de l'autonomie. Toutefois, ce n'est qu'une étape et elle ne peut, à elle seule, permettre ce plein exercice.

458. Modifier l'environnement pour garantir des droits. Cette volonté d'adapter l'environnement faisait déjà partie des lignes directrices de la loi de 1975¹⁰¹⁶ et a été consacrée dans une loi du 13 juillet 1991¹⁰¹⁷ qui s'inscrivait dans la politique globale du handicap. Elle est ensuite réaffirmée de manière supranationale au début des années 90 par le Conseil de l'Europe avant de devenir le véritable fil rouge de la loi du 11 février 2005¹⁰¹⁸. Le handicap mental étant la somme d'un facteur personnel et d'un facteur environnemental, les efforts quant à une éventuelle compensation se sont concentrés sur l'environnement des personnes en situation de handicap puisque leur situation personnelle n'évolue que très rarement positivement.

En insistant sur l'accessibilité, le législateur permet un premier pas vers cette compensation et évite le risque de marginalisation des personnes en situation de handicap, en ce sens que « *l'accessibilité des locaux par les personnes handicapées est un moyen essentiel pouvant permettre, par-delà leur insertion sociale et professionnelle, d'affirmer sans faux-semblant le principe de l'égalité des citoyens* »¹⁰¹⁹. L'accessibilité constitue par conséquent une voie susceptible de mener à la garantie de certains droits fondamentaux reconnus à

¹⁰¹⁵ F. Kessler, « L'autonomie des personnes handicapées dans la loi du 11 février 2005 », *RDSS 2005*, n°3, p 382.

¹⁰¹⁶ Loi d'orientation n°75-534 du 30 juin 1975 en faveur des personnes handicapées dont l'article 49 précise que « *les dispositions architecturales et aménagement des locaux d'habitation et les installations ouvertes au public [...] doivent être tels que ces locaux et installations soient accessibles aux personnes handicapées* ».

¹⁰¹⁷ Loi n°91-663 du 13 juillet 1991 portant diverses mesures destinées à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées aux locaux d'habitation, des lieux de travail et des installations recevant du public.

¹⁰¹⁸ Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées.

¹⁰¹⁹ P. Galan, « Règles de construction et droits des handicapés », *D.* 1995, p 5.

chaque citoyen, handicapé ou non, parmi lesquels l'égalité, la non-discrimination ou encore l'autonomie en ce qu'elle permet à la personne handicapée de participer à la vie citoyenne.

459. *Prise en compte globale.* C'est sur cette base que la Délégation Interministérielle aux Personnes Handicapées a défini l'accessibilité en ce qu'elle « *permet l'autonomie et la participation des personnes ayant un handicap, en réduisant, voire supprimant les discordances entre leurs capacités, leurs besoins et leurs souhaits, d'une part, et les différentes composantes physiques, organisationnelles et culturelles de leur environnement, d'autre part* ». En analysant les termes de cette définition, on s'aperçoit qu'elle prend en compte les deux aspects de la définition du handicap, l'altération des facultés et le facteur environnemental. Ce dernier, sous l'influence des dispositions prévues par le législateur dans la loi du 11 février 2005, peut être atténué et permettre ainsi à la personne de vivre mieux au quotidien et d'exercer de manière plus libre les droits dont elle dispose.

Ce souci de limitation des obstacles dus à l'environnement et à la non-accessibilité de nombreux établissements ou modes de transport remonte au début des années 90 puisque la loi du 13 juillet 1991¹⁰²⁰ pose les véritables fondements de ce souci d'accessibilité quand bien même une ébauche fut prévue en 1975 lors de l'adoption de la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées. Mais ce premier pas ne touchait explicitement que les personnes à mobilité réduite. Progressivement, les lieux visés se sont étendus et la mise en accessibilité a concerné un nombre plus grand de bâtiments mais aussi les transports et le contenu, culturel et informationnel, des bâtiments recevant du public.

2° L'accessibilité : une vocation globale et générale

460. *D'abord faciliter les déplacements et l'accès.* La loi du 11 février 2005, outre le fait qu'elle donne une définition du handicap, est intéressante du point de vue des obligations d'accessibilité qu'elle crée. Même si, à première vue, ses dispositions ne concernent que les personnes à mobilité réduite – le handicap physique –, l'appréhension large de la notion d'accessibilité permet d'influer sur l'autonomie des personnes handicapées mentales. Toutefois, cet apport pour les personnes handicapées mentales paraît originellement secondaire, les dispositions relatives à l'accessibilité semblant s'appliquer prioritairement au

¹⁰²⁰ Loi n°91-663 du 13 juillet 1991 portant diverses mesures destinées à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées des locaux d'habitation, des lieux de travail et des installations recevant du public.

handicap physique. En outre, cette notion d'accessibilité permet d'appréhender l'autonomie et d'en constater les divergences selon que l'on se trouve face à une personne handicapée physique ou handicapée mentale. En effet, la distinction semble logique et naturelle lorsque l'on rapproche l'accessibilité et l'autonomie des personnes en fonction du handicap.

Concernant les personnes atteintes d'un handicap physique, le souhait d'accroître l'accessibilité correspond au moyen de faciliter les déplacements, voire la possibilité de les accomplir seul, indépendamment de toute aide extérieure et donc en toute autonomie. Pour les personnes souffrant de handicap mental, il s'agit d'une indépendance impliquant une participation et une insertion dans la vie de la société. Cela passe nécessairement par l'accessibilité et l'adaptabilité des informations ce qui suppose un accès facilité aux bâtiments. Cela est facilité par la mise en œuvre d'une signalétique particulière telle que l'utilisation du braille, l'amplification par boucle magnétique pour les malentendants ou les clous podotactiles.

461. Harmonisation de la définition. Toutefois, la notion d'accessibilité a un champ d'action vaste puisqu'elle peut concerner de très nombreux domaines tels que l'information, la santé, l'emploi, l'éducation, le logement, les transports, le sport ou encore la culture. Bien qu'elle constitue « *un des pivots de la politique sociale en faveur de l'insertion des handicapés* »¹⁰²¹, l'accessibilité n'en demeure pas moins très difficile à définir, chacune des branches dans laquelle elle existe ayant une acception différente. Devant la multitude de définitions données au terme « accessibilité », une démarche interministérielle a été engagée en septembre 2006 pour tenter d'harmoniser ces définitions et de n'en retenir qu'une seule qui soit susceptible de s'appliquer quel que soit le domaine. La définition retenue à cette occasion est la suivante : « [...] *l'accessibilité requiert la mise en œuvre d'éléments complémentaires, nécessaires à toute personne en incapacité permanente ou temporaire pour se déplacer et accéder librement et en sécurité au cadre de vie ainsi qu'à tous les lieux, services, produits et activités. La société, en s'inscrivant dans cette démarche d'accessibilité, fait progresser également la qualité de vie de tous ses membres* »¹⁰²².

Cette définition se veut large afin d'englober un maximum de situations et de s'adapter aux multiples sortes de handicaps qui peuvent toucher la population. Elle semble être un bon

¹⁰²¹ P. Galan, « Règles de construction et droits des handicapés », art. préc.

¹⁰²² Définition tirée de la démarche interministérielle en date de septembre 2006 intitulée « Définition de l'accessibilité », Ministère de la santé et des solidarités et Ministère délégué à la sécurité sociale, aux personnes âgées, aux personnes handicapées et à la famille p 19.

consensus relativement à toutes les matières qu'elle touche et permet de ce fait une meilleure autonomie des personnes handicapées au sein de la société. En outre, elle permet de prendre en compte les trois principaux aspects qui ressortent majoritairement de l'approche littérale du terme accessibilité :

- « ce que l'on peut atteindre (*aspect immobilier, services emplois*) ;
- ce que l'on peut comprendre (*simplification du langage juridique*) ;
- ce que l'on peut approcher, rencontrer, émouvoir (*aspect humain, accueil et GRH*) ».

462. Contrôle et concertation. Par le biais de ces trois pans de l'accessibilité ressortent clairement les différents handicaps : physique, mental et sensoriel. La loi du 11 février 2005 qui prône une meilleure accessibilité des bâtiments et des informations, ne vise pas seulement les personnes souffrant de handicap physique quand bien même elle leur semble exactement adaptée. Les dispositions législatives de la loi du 11 février 2005 sont applicables quel que soit le type de handicap, les distinctions au sein de la population des personnes handicapées étant limitées.

Afin d'évaluer l'avancée et l'impact des dispositions de 2005 relatives à l'accessibilité, mais aussi de déterminer les moyens à mettre en œuvre pour favoriser l'autonomie des personnes handicapées mentales plus particulièrement, il a été mis en place en février 2010 l'Observatoire interministériel de l'accessibilité et de la conception universelle¹⁰²³. Bien que très récent, cet Observatoire a remis au Premier ministre, le 16 mai 2011, un premier rapport décrivant le paysage français quant à l'accessibilité des cadres bâtis, des transports, de la voirie et des informations contenues dans les établissements recevant du public. Pour mener à bien son analyse, l'Observatoire a divisé son travail en quatre thématiques : « le cadre bâti », « la voirie et les transports », « la culture, les sports, le loisir et le tourisme » et enfin « les nouvelles technologies, moyens de communication et d'information ». L'échéance de 2015 semble difficile à tenir, c'est pourquoi une demande a été faite par les associations afin que les usagers soient mieux représentés dans la conduite de la politique d'accessibilité.

Cette demande découle de la volonté affichée en 2005 de consacrer le principe de concertation entre les différents acteurs du milieu. La première application concrète de cette volonté de concertation s'est traduite par l'obligation faite aux communes et aux

¹⁰²³ L'Observatoire national a été institué par mesdames N. Morano et V. Létard et elles ont désigné une sénatrice, Mme S. Desmarescaux, en tant que présidente.

établissements publics de coopération intercommunale de plus de 5000 habitants de créer des commissions (inter)communales pour l'accessibilité aux personnes handicapées. Leur rôle est double comme cela est précisé dans le rapport de l'Observatoire puisqu'il s'agit d'une part « *de constituer des observatoires locaux et de mettre en cohérence toutes les initiatives, publiques et privées, locales* ».

463. Obligation de créer des commissions spécifiques. Ces commissions, prévues à l'article L2143-3 du Code général des collectivités territoriales, sont présidées par le maire de la commune et sont de composition mixte. Elles regroupent des représentants d'associations d'usagers et de représentants des personnes handicapées. De par leur composition, elles remplissent la mission de concertation voulue par le législateur en février 2005 et permettent l'implication des personnes handicapées dans la mise en place des politiques d'accessibilité les concernant par le biais de diverses propositions qui seront examinées en conseil municipal avant d'être transmises au représentant de l'Etat dans le département.

Il faudra voir avec le recul si le fonctionnement de ces commissions et les résultats qu'elles engendrent sont satisfaisants et s'il ne s'agira pas d'un échec comme l'avait été antérieurement la mise en place des commissions consultatives départementales de la protection civile, de la sécurité et de l'accessibilité qui furent créées en 1985¹⁰²⁴. Le rapport souligne en effet plusieurs critères qui marquent que ces anciennes commissions n'ont pas eu les résultats escomptés, notamment en ce qui concerne l'accessibilité du cadre de vie et de l'habitat. Deux causes principales semblent être à l'origine de cet échec : la fréquente mise à l'écart de la DDASS et la forte dépendance aux collectivités territoriales dans l'avancée et la tenue des différents projets. Toutefois, ces commissions ne disposent que d'un simple avis consultatif et ce dernier se borne à dire si la commission est ou non favorable aux mesures envisagées sans précision supplémentaire. De plus, elles n'avaient aucune compétence en ce qui concerne la solidité des bâtiments au sens du Code de la construction et de l'habitation. C'est notamment pour ces raisons que ces commissions ont été abandonnées.

464. Bénéfice majoritaire pour le handicap physique. Au vu du rapport rendu par l'Observatoire en 2011¹⁰²⁵, il semblerait que les chiffres relatifs à la mise en vigueur des

¹⁰²⁴ Ce constat est tiré du Rapport au Président de la République sur les politiques sociales en faveur des personnes handicapées adultes, *JO doc. adm.* 1993, n°95, p 49.

¹⁰²⁵ Rapport de l'Observatoire interministériel de l'accessibilité et de la conception universelle, remis au Premier ministre le 16 mai 2011, La Documentation française.

normes sur l'accessibilité soient plutôt encourageants pour la suite dans tous les domaines : cadre bâti, transports, voirie ou encore accès aux informations. Le seul bémol à apporter à ce constat réside dans le fait que ce sont plus particulièrement les personnes en situation de handicap physique qui ont bénéficié de ces mesures. Ce constat n'est que peu surprenant car, pour beaucoup, l'accessibilité ne s'entend qu'au sens matériel du terme. En outre, il n'est pas toujours évident de trouver la solution pour rendre accessibles aux personnes déficientes mentales les informations délivrées par les établissements accueillant du public. Bien que plus coûteuses, les mesures d'accessibilité matérielle sont plus naturelles et nombreuses, donc prioritairement mises en œuvre.

Le droit interne permet de cibler la notion d'accessibilité et d'expliquer qu'elle ne concerne pas seulement le handicap physique et qu'elle est en réalité beaucoup plus large. Mais les contours ne sont pas toujours clairement établis et des éléments provenant de la jurisprudence européenne sont susceptibles de préciser les choses.

B. Les apports des juges européens quant à la notion d'accessibilité et à ses contours

465. *Moins de précisions au niveau européen.* Le droit communautaire semble beaucoup moins bien armé que le droit français pour inciter à améliorer l'accessibilité. Toutefois, des affaires, relevant particulièrement de l'accessibilité architecturale, sont jugées en nombre croissant devant la Cour européenne des Droits de l'Homme. Des citoyens insatisfaits des décisions rendues par leurs juridictions nationales ou estimant que des règles relatives à leurs libertés fondamentales ne sont pas respectées portent l'affaire devant la Cour européenne des Droits de l'Homme en se fondant principalement sur deux articles de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme, les articles 3 et 8.

Les dispositions de l'article 8 relatif au respect de la vie privée trouvent à notre sens une application naturelle alors que l'article 3, réprimant les traitements inhumains et dégradants, semble plus éloigné des questions de mise en accessibilité. Mais ces deux fondements sont utilisés dans de nombreux pays pour faire respecter les dispositions relatives à l'accessibilité des bâtiments et imposer aux Etats membres des modifications de leur législation sur ce sujet.

L'article 3 prohibe la torture et les traitements inhumains et dégradants¹⁰²⁶ ; cet article s'applique dans des domaines divers et variés puisque des Etats ont été condamnés sur ce fondement. Concernant la France, les condamnations ont très souvent trait à la garde à vue ou aux conditions de détention¹⁰²⁷. Il convient de noter que cet article 3 est le seul qui ne fasse l'objet d'aucune exception, ce qui prouve l'importance donnée à la lutte contre la torture et les autres traitements dégradants.

Quant à l'article 8 de la Convention, il est beaucoup plus large en ce sens qu'il est la garant du respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance de chaque individu. Toutefois, la protection prévue n'est pas absolue : des entorses sont possibles dès lors qu'elles sont prévues par la loi ou nécessaires dans une société dite démocratique. Cela permet aux Etats d'interférer, dans des cas précis et encadrés, dans la vie privée des citoyens sans encourir aucune peine. Outre les personnes en situation de handicap auxquelles les dispositions de cet article s'appliquent pleinement, les homosexuels sont actuellement à l'origine de demandes nombreuses en se basant sur l'article 8. Ils estiment notamment qu'ils devraient avoir droit, comme tout autre citoyen, au mariage¹⁰²⁸. Le projet de loi a définitivement été adopté le 23 avril par l'Assemblée Nationale, ouvrant ainsi la voie du mariage aux personnes de même sexe et faisant entrer la France dans le cercle restreint des pays autorisant ce type d'union.

1° La vie privée et l'impact de l'article 8 de la CEDH

466. *Des conditions initialement restrictives.* Les actions fondées sur l'article 8 de la Convention protégeant le respect de la vie privée n'aboutissent pas forcément à des condamnations puisque selon la Cour, « l'article 8 s'applique seulement dans des cas

¹⁰²⁶ L'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme dispose : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

¹⁰²⁷ C'est par exemple le cas de la France dans un arrêt rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme le 24 octobre 2006 Vincent c. France où le requérant, paraplégique, ne pouvait librement circuler dans la prison de Fresnes où il était incarcéré. Voir en ce sens : A. Boujeka, « Note sous arrêt CEDH, 24 oct. 2006, Vincent contre France », *RDSS*, 1^{er} mars 2007, n°2, p 351 et J-P. Céré, M. Herzog-Evans, E. Péchillon, « Exécution des peines : décembre 2005-mars 2007 », *D.*, 10 mai 2007, n°18, p 1229.

De même, dans un arrêt du 1^{er} avril 2004, Rivas c. France, la Cour européenne des Droits de l'Homme condamne la France sur le fondement de l'article 3 du fait de violences physiques subies par un jeune homme durant sa garde à vue. Voir en ce sens : J. Coste, « Le policier ne doit pas frapper le délinquant...même multirécidiviste », *AJDP*, 1^{er} mai 2004, n°5, p 206.

¹⁰²⁸ Arrêt CEDH, « Schalk et Kopf c. Autriche », 24 juin 2010, n°3014/04 : la Cour affirme en l'espèce que la Convention européenne des Droits de l'Homme n'oblige pas les Etats signataires à ouvrir le droit au mariage aux couples homosexuels, quand bien même il est demandé dans un souci d'équité par rapport aux couples hétérosexuels.

exceptionnels où un manque d'accès aux établissements publics et ouverts au public empêcherait la requérante de mener sa vie de façon telle que le droit à son développement personnel et son droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains soient mis en cause »¹⁰²⁹.

On en déduit que, pour qu'il y ait violation du droit à la vie privée, il faut que le caractère inaccessible du bâtiment soit réel et qu'il affecte directement les relations de la personne en situation de handicap. Quand bien même l'établissement ne serait pas véritablement accessible ou que les normes ne seraient pas toutes respectées, il est nécessaire que l'inaccessibilité soit un facteur direct, et pas seulement potentiel, dans la vie privée et relationnelle de la personne handicapée. Ce principe apporte cependant une atténuation à la jurisprudence antérieure découlant d'un arrêt de 1998, *Botta c. Italie*¹⁰³⁰, qui rejetait l'application de l'article 8 de la Convention au motif qu'il n'était pas possible d'imposer aux Etats des obligations positives quant à l'accessibilité s'il n'existe pas de lien direct avec la vie privée du requérant. Ainsi, les dispositions de l'article 8 sont bafouées si et seulement si le non respect des normes en matière d'accessibilité influence directement et de manière avérée le comportement relationnel de la personne handicapée. *A contrario*, si le caractère contraignant et restrictif de relations n'est qu'éventuel, alors il n'y aura pas violation des dispositions relatives au respect de la vie privée.

467. Difficulté de prouver le lien de causalité. L'atténuation amorcée en 2002 s'est progressivement poursuivie puisque, récemment, cette position a été réaffirmée dans une affaire mettant en cause un requérant handicapé physique qui n'avait pas la possibilité d'accéder à un tribunal et de nouer des contacts avec son environnement. Certes, les juges européens ne se sont « *pas désolidarisés de [la] jurisprudence antérieure, en refusant de s'engager clairement sur le terrain des obligations positives en ce domaine* »¹⁰³¹. Par conséquent, la Cour de Strasbourg n'impose pas de rendre accessible un établissement à tout prix au motif que le respect de la vie privée de la personne en serait bafoué. Les juges européens continuent d'exiger un impact direct sur la vie privée de la personne en situation de handicap. Or, ce lien de causalité direct demeure délicat à prouver ce qui constitue un frein à l'exercice de certains droits par les personnes requérantes. En effet, « *cette décision a pour*

¹⁰²⁹ Arrêt CEDH « Zehnalova et Zehnal contre République tchèque », 14 mai 2002, n°38621/97.

¹⁰³⁰ Arrêt CEDH *Botta c. Italie* du 24 février 1998.

¹⁰³¹ M. Afroukh, « La vie privée sociale des personnes handicapées : la Cour de Strasbourg a encore du chemin à parcourir », *LPA*, 20 mai 2011, n°100, p 9.

effet de priver les droits sociaux des personnes handicapées d'une certaine justiciabilité »¹⁰³² qui s'entend d'une protection juridique.

En ne rendant pas accessibles les tribunaux pour chacun des citoyens, il naîtra forcément des problèmes relatifs à l'exercice de certains droits, notamment celui d'ester en justice. Là encore l'accessibilité et l'architecture ont donc une influence certaine sur l'exercice des droits des personnes handicapées puisque certains bâtiments, qui sont le siège de l'exercice de droits, ne seront peut être pas correctement adaptés pour recevoir toute sorte de public. Mais cette vision ne semble pas être celle des juges européens qui ne font, que dans des cas très exceptionnels, le lien entre la non accessibilité d'un lieu et une violation du droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Cette position peut s'expliquer par le fait que la présence physique des parties n'est pas toujours obligatoire, à l'instar des procédures devant la Cour européenne des Droits de l'Homme.

2° L'influence de l'article 3 de la CEDH relatif aux traitements inhumains et dégradants

468. *Fondement différent mais conditions identiques : le lien direct.* Outre l'article 8 qui se veut garant du respect de la vie privée, l'article 3 de la Convention¹⁰³³ relatif au traitement inhumain et dégradant a déjà été invoqué par des requérants en situation de handicap. Ce fondement a notamment été utilisé par un détenu paraplégique, obligé d'utiliser un fauteuil roulant, qui souhaitait voir la France condamnée du fait du manque d'accessibilité architecturale de l'établissement pénitentiaire de Fresnes¹⁰³⁴. Dans cette affaire, « *la décision de la CEDH démontre que le souci de l'accessibilité doit être constant* »¹⁰³⁵, ce n'est pas parce que le requérant est détenu et privé de sa liberté qu'il ne doit pas bénéficier des mesures d'accessibilité aux lieux et aux informations. Or, parmi les lieux et les établissements devant obéir aux règles relatives à l'accessibilité apparaissent naturellement les établissements

¹⁰³² M. Afroukh, « La vie privée sociale des personnes handicapées : la Cour de Strasbourg a encore du chemin à parcourir », art. préc.

¹⁰³³ L'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme précise : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* »

¹⁰³⁴ Arrêt CEDH, 24 oct. 2006, n° 6253/03, « Vincent c/ France ».

¹⁰³⁵ J-B. Thierry, « Condamnation de la France pour traitement dégradant envers un détenu handicapé », *JCP G* n°3, 17 janv. 2007, II 10007. Voir aussi en ce sens : J-B. Thierry, « *Le handicap et le droit criminel* », op. cit., n°560, p 444 sur la garde à vue et n°654, p 518 sur le détenu handicapé.

pénitentiaires en ce sens qu'ils accueillent du public ; « *la condamnation de la France intervient [justement] en raison de l'inadaptation de l'établissement de Fresnes* »¹⁰³⁶.

Le problème qui se posait en l'espèce résidait dans le fait que le détenu tétraplégique ne pouvait quitter seul sa cellule : il était nécessaire qu'il se fasse porter et qu'une roue de son fauteuil soit démontée, ce qui nécessitait l'aide d'un codétenu. Le traitement dégradant est alors caractérisé par la répétition de l'opération chaque fois que M. Vincent, le détenu, souhaitait quitter sa cellule. L'absence d'accessibilité constitue donc le facteur déclencheur de cette action et de la condamnation de la France pour traitement dégradant à l'encontre du détenu.

Ainsi, à la différence des arrêts *Botta c/ Italie* et *Zehnalova et Zehnal c/ République tchèque* où l'inaccessibilité architecturale n'a pas eu un impact direct sur la vie privée et les relations des requérants, celle-ci devient « *une inaccessibilité réelle et constatée* »¹⁰³⁷ et c'est en ce sens que les juges européens condamnent l'Etat français. Que l'action soit intentée sur le fondement de l'article 8 garant du respect de la vie privée ou sur l'article 3 relatif aux traitements inhumains et dégradants, elle nécessite, pour aboutir, un lien direct entre l'inaccessibilité architecturale et la liberté de mouvement de la personne en situation de handicap. Il s'agit de la consécration du principe selon lequel « *une personne handicapée dans un aménagement accessible est une personne valide [...] et [...] une personne valide dans un aménagement non accessible est une personne handicapée* »¹⁰³⁸.

469. Situation identique pour le Conseil d'Etat. Cette jurisprudence européenne est à rapprocher de celle du Conseil d'Etat qui déclare l'Etat responsable des difficultés d'accès aux tribunaux concernant une avocate handicapée. Cette position vaut en ce sens que la requérante était une auxiliaire de justice et que le lien entre l'inaccessibilité des locaux et sa vie sociale est nécessairement existant et direct. En l'espèce, le non respect des normes en matière d'accessibilité constitue un obstacle certain à la liberté du travail reconnue originellement par le décret d'Allarde¹⁰³⁹ avant d'être réaffirmée plus ou moins directement

¹⁰³⁶ J-B. Thierry, « Condamnation de la France pour traitement dégradant envers un détenu handicapé », art. préc.

¹⁰³⁷ J-B. Thierry, « Condamnation de la France pour traitement dégradant envers un détenu handicapé », art. préc.

¹⁰³⁸ P-L. Grosbois, « Handicap et construction », *Le Moniteur*, 6^{ème} éd., 2003, p 21.

¹⁰³⁹ Décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

dans différents textes¹⁰⁴⁰. En tant que liberté individuelle, la liberté du travail mérite d'être protégée, ce qui implique nécessairement le droit de changer d'emploi mais aussi l'interdiction de priver quelqu'un de la possibilité d'exercer son activité professionnelle. C'est sur ce point que l'accessibilité peut avoir un rôle à jouer, un bâtiment non accessible, ou difficilement accessible, peut empêcher ou limiter l'exercice libre et indépendant d'une profession.

470. *Notion duale.* La notion d'accessibilité présente donc non seulement un aspect matériel, physique qui semble évident, et souvent rappelé par les juges européens, mais aussi un aspect intellectuel. Cette dualité permet une application à tous, quel que soit le handicap – physique, mental, sensoriel – touchant la personne. Elle implique en outre de rendre accessibles de nombreux domaines de la vie quotidienne afin que les personnes en situation de handicap y participent et s'y insèrent au mieux. Ainsi, l'emploi, la culture, les loisirs, l'éducation ou encore le logement sont autant de domaines qui doivent être accessibles pour tous. Dans un souci d'aide et de soutien en faveur des personnes en situation de handicap, le législateur a mis en place des systèmes ressources, principalement au niveau départemental, et qui servent de guichets afin d'aiguiller et d'accompagner au mieux les personnes en situation de handicap.

Quand bien même la notion d'accessibilité trouve un écho naturel en ce qui concerne le handicap physique et la mobilité réduite, elle trouve à s'appliquer à un public plus large puisque la sphère intellectuelle est elle aussi concernée, en particulier par le biais de l'utilisation des nouvelles technologies comme internet.

§2) Une notion initialement applicable au handicap physique

471. *Cadre général de l'accessibilité.* Le législateur impose de rendre accessibles certaines catégories de bâtiments, il s'agit dans ce cas d'une accessibilité matérielle dont les seules limites résident dans la protection du patrimoine et les intérêts économiques du pays. Le

¹⁰⁴⁰ En matière pénale, le délit d'entrave à la liberté de travail est créé par une loi du 25 mai 1864 ce qui implique une reconnaissance de cette liberté. L'article 23 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 précise que « toute personne a droit au travail et au libre choix de son travail ».

nombre initialement restreint de dérogations¹⁰⁴¹ donne à cette notion d'accessibilité des bâtiments un cadre rigide, qui reflète la volonté de permettre aux personnes handicapées de bénéficier d'un environnement favorisant au mieux leur intégration ou de poursuivre l'exercice normal de leur activité. Il convient toutefois d'atténuer désormais ces affirmations puisque de plus en plus de dérogations sont acceptées quant à la mise en accessibilité de certains locaux : c'est le cas par exemple du propriétaire qui construit ou améliore simplement un logement afin d'en disposer personnellement. Toutes ces règles trouvent à s'appliquer naturellement en matière de handicap physique, les personnes ne disposent alors que d'une mobilité réduite et leurs déplacements nécessitent certains aménagements. C'est pourquoi ce sont les premières personnes visées par la réglementation relative à la facilitation de l'accès au cadre bâti instaurée par le législateur en 2005.

Partant d'une définition restreinte et restrictive, l'évolution actuelle tend vers une extension de la notion afin de prendre en compte tous les types de handicap et de sensibiliser l'opinion publique à l'existence de normes d'accessibilité concernant le cadre bâti mais aussi les informations et la culture.

A. Une définition initiale restreinte et le rejet des dérogations

A première vue et pour la grande majorité de la population, il est très simple de rapprocher la notion d'accessibilité du handicap physique qui se caractérise par des difficultés lors des déplacements. Qui n'a pas en tête l'image d'une personne en fauteuil roulant se retrouvant seule face à un escalier ? Sans aller jusqu'à l'escalier, une simple marche peut constituer un réel obstacle dans la vie de certaines personnes : dans leur vie privée lorsqu'il s'agit du logement ou dans leur vie professionnelle lorsque cela concerne le lieu de travail. Ce sont dans ces hypothèses que le facteur environnemental, partie intégrante du handicap, prend toute son importance. C'est sur ce facteur précis que les évolutions législatives récentes ont tenté d'influer afin de réduire l'exclusion des personnes handicapées des actes de la vie quotidienne.

¹⁰⁴¹ Concernant les établissements recevant du public, il existe une dérogation à l'obligation d'accessibilité prévue par un arrêté du 9 mai 2007 : les locaux à usage professionnel exclusif ou à usage mixte aménagés dans des locaux à usage d'habitation déjà existants sont exclus du champ d'application des articles R111-19-1 et suivants du CCH précisant les règles à respecter pour rendre accessibles les établissements.

1° Le seul critère de la mobilité réduite

472. Centrage sur la mobilité réduite. Initialement il semble que les dispositions législatives relatives à l'accessibilité et imposant l'adaptation des bâtiments visaient en priorité, voire exclusivement, les personnes atteintes d'un handicap physique. D'ailleurs, les articles du Code de la construction et de l'habitation relatifs à l'accessibilité se trouvent à la section 3 du chapitre premier du titre premier au sein du livre premier ; or, cette section est intitulée « *Personnes handicapées ou à mobilité réduite* ». Le titre vise donc explicitement le handicap physique à travers les difficultés de déplacement qu'il engendre et l'intitulé peut encore être interprété de manière plus exagérée et plus radicale en estimant que la façon dont il est tourné peut laisser penser que le handicap se résume au seul handicap physique. Au vu du titre de la section, l'amalgame est facilement envisageable, les seuls termes « handicap » et « mobilité réduite » étant utilisés. A croire qu'il s'agit d'une maladresse du législateur puisque, dans les dispositions contenues dans les articles de ce même code, différents types de handicaps sont cités. Il est par exemple précisé dans l'article L111-7-1 que « [...] *ces locaux et installations soient accessibles à tous, et notamment aux personnes handicapées, quel que soit le type de handicap, notamment physique, sensoriel, cognitif, mental ou psychique* [...] ». Le législateur, en 2005, établit donc une liste, apparemment non limitative, des handicaps concernés par les besoins d'adaptation du cadre bâti et des informations existant dans leurs parties ouvertes au public. En ce sens, la délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires relève qu'« *en matière d'aménagement des territoires, l'accessibilité recouvre la possibilité pour une personne handicapée ou non, de vivre dans un territoire de façon autonome* [...] »¹⁰⁴². L'utilisation de termes larges laisse penser que la volonté de permettre aux personnes en situation de handicap de disposer d'autonomie, celle qui leur est reconnue en tant qu'être humain, doit être la plus générale possible et viser le plus grand nombre de personnes au sein de cette population.

473. Encore des exemples récents. Cependant, le problème de l'accessibilité se pose encore et toujours majoritairement dans le secteur du handicap physique et de la mobilité réduite. Le dernier exemple en date, le plus médiatique en tout cas, concerne une avocate qui, à la suite d'un accident survenu en 2001, se déplace en fauteuil mais a difficilement accès à certains tribunaux ce qui peut être source de « *discrimination indirecte à l'encontre des personnes*

¹⁰⁴² Démarche interministérielle en date de septembre 2006 intitulée « Définition de l'accessibilité », p 30.

handicapées et leur cause un préjudice certain, tant moral, qu'économique »¹⁰⁴³. C'est pourquoi elle décide d'engager une procédure devant les juridictions administratives et, suite aux rejets de sa demande par le tribunal administratif de Lille¹⁰⁴⁴ puis par la Cour administrative d'appel de Douai¹⁰⁴⁵, elle forme un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat dans le but d'obtenir la réparation de son préjudice causé par la rupture de l'égalité devant les charges publiques. Bien que partiellement indemnisée – seulement au titre de son préjudice moral¹⁰⁴⁶ – le Conseil d'Etat¹⁰⁴⁷ reconnaît la responsabilité, sans faute, de l'Etat pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, « *les troubles de toute nature que lui causent les conditions d'exercice de sa profession* » présentant un caractère spécial et anormal.

L'élément clé à l'origine de l'engagement de la responsabilité de l'Etat réside dans la qualité d'auxiliaire de justice de la requérante qui est ainsi susceptible d'utiliser fréquemment ces lieux en vue d'y exercer sa profession. Si les tribunaux qu'elle côtoie par le biais de sa profession ne lui sont pas accessibles, elle ne pourra exercer librement son métier et elle en subira des conséquences néfastes, ce qui ne serait pas forcément le cas d'un simple usager comme cela a été jugé par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans une affaire mettant en cause la Roumanie¹⁰⁴⁸ où « *M. Farca n'était qu'un usager ponctuel du service public de la justice* »¹⁰⁴⁹. Il s'agit en réalité de « *la prise en compte du handicap obstacle* » et du « *refus du handicap prétexte* »¹⁰⁵⁰, ce qui correspond pour les juges de la Cour de Strasbourg à la mise à l'écart de l'inaccessibilité potentielle. Là encore, l'inaccessibilité, pour être facteur de violation du droit à la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention, doit être avérée et avoir des effets directs et immédiats sur la vie de la personne handicapée. Lorsque cette influence de l'accessibilité n'est qu'éventuelle ou possible, elle n'est pas caractéristique d'une violation du respect de la vie privée. Le facteur indispensable est celui de l'effet direct et immédiat.

¹⁰⁴³ C-A. Dubreuil, « Responsabilité de l'Etat et accessibilité des tribunaux aux personnes handicapées », *JCP G*, n°44, 1^{er} nov. 2010, 1095.

¹⁰⁴⁴ TA Lille, 4 avril 2005, n°034644, *AJDA* 2005, p 807.

¹⁰⁴⁵ CAA Douai, 12 déc. 2006, n°05DA00663, *AJDA* 2007, p 436.

¹⁰⁴⁶ Le préjudice financier subi par l'avocate suite à un transfert ou une éventuelle perte de clientèle n'est pas pris en compte par le Conseil d'Etat qui estime que celui-ci « *n'est pas en relation directe avec ses difficultés d'accès aux locaux affectés au service public de la justice* ». Le tribunal où elle exerce habituellement ne lui étant pas accessible, elle ne peut y plaider ce qui est susceptible de lui occasionner un préjudice financier.

¹⁰⁴⁷ Arrêt CE, Assemblée, 22 oct. 2010, n°301572.

¹⁰⁴⁸ Arrêt CEDH, 14 sept. 2010, « *Fraca c/ Roumanie* », n°32596/04.

¹⁰⁴⁹ H. Rihal, « La responsabilité de l'Etat du fait des difficultés d'accès des lieux de travail d'un auxiliaire de justice handicapé », *RDSS 2011*, p 151.

¹⁰⁵⁰ H. Rihal, « La responsabilité de l'Etat du fait des difficultés d'accès des lieux de travail d'un auxiliaire de justice handicapé », art. préc.

2° Des dérogations de plus en plus nombreuses

474. Différentes tentatives. Il semble donc évident que l'environnement joue un rôle essentiel dans le handicap, ce qui justifie le nombre restreint, mais malheureusement croissant, de dérogations à l'accessibilité prévues par le législateur. Ces nouvelles propositions de dérogations aux dispositions de la loi du 11 février 2005 se font le plus souvent par décrets ou cavalier législatif dans le but de forcer les choses. Cependant, des organes s'opposent à l'apparition de nouvelles failles dans la mise en place du système d'accessibilité.

D'autres cas dérogatoires ont été proposés, notamment par le biais d'un article de la loi de finances rectificative pour 2009¹⁰⁵¹, mais le Conseil constitutionnel a rejeté ces nouvelles dérogations relatives à la mise aux normes des bâtiments¹⁰⁵². Le Conseil d'Etat s'est lui aussi opposé à l'admission de nouveaux cas dérogatoires en ce qui concerne la mise aux normes des bâtiments neufs. Il a ainsi rejeté, dans un arrêt du 1^{er} juin 2011¹⁰⁵³, l'article 1^{er} du décret n°2009-1272 du 21 octobre 2009 relatif à l'accessibilité des lieux de travail aux travailleurs handicapés qui instaurait des dérogations à l'obligation d'accessibilité des bâtiments neufs. Cette jurisprudence reflète la volonté du législateur et de ceux qui ont travaillé en amont de l'entrée en vigueur de la loi de ne pas ouvrir trop de portes aux dérogations, sauf à ce que le propriétaire du local fasse des aménagements dans le but d'une utilisation personnelle comme le précise l'article L111-7 du Code de la construction et de l'habitation *in fine*¹⁰⁵⁴.

Une tentative de dérogations supplémentaires à celles prévues dans le texte de loi avait déjà été faite par le biais d'un décret en 2006 en ce qui concerne les locaux d'habitation¹⁰⁵⁵. Mais le Conseil d'Etat, en utilisant un fondement quasi-identique à celui de l'arrêt du 1^{er} juin 2011, avait déjà balayé l'idée de permettre de nouvelles dérogations en la matière¹⁰⁵⁶. Il avait alors été proposé que les normes relatives à l'accessibilité ne soient pas applicables en ce qui concerne l'habitat collectif et les maisons individuelles dans des hypothèses autres que celles

¹⁰⁵¹ Loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, JO 31 déc. 2009, p 23031.

¹⁰⁵² Décision n°2009-600 DC du 29 décembre 2009.

¹⁰⁵³ Arrêt CE n°334892/334893 du 1^{er} juin 2011.

¹⁰⁵⁴ L'article L111-7 *in fine* du Code de la construction et de l'habitation dispose : « Ces dispositions [celles qui imposent que l'ensemble des locaux et des bâtiments recevant du public, publics ou privés, soient accessibles à tous] ne sont pas obligatoires pour les propriétaires construisant ou améliorant un logement pour leur propre usage ».

¹⁰⁵⁵ Décret n°2006-555 du 17 mai 2006 relatif à l'accessibilité des bâtiments aux personnes handicapées.

¹⁰⁵⁶ Arrêt CE n°295382 du 21 juillet 2009.

prévues initialement par la loi. C'est pourquoi les articles R111-18-3, R111-18-7 et R111-19-6 du Code de la construction et de l'habitation, découlant directement du décret du 17 mai 2006 qui fut annulé pour excès de pouvoir par le Conseil d'Etat, seront eux aussi sans effet.

475. Proposition à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel. Cependant, il semblerait qu'un pas en arrière en matière d'accessibilité pour tous ait été esquissé puisque le 28 juin 2011, le Sénat adopte une proposition de loi sur l'amélioration du fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives aux politiques du handicap dont l'article 19 prévoit « *qu'un décret du Conseil d'Etat, pris après avis du Conseil national consultatif des personnes handicapées, fixe les conditions dans lesquelles des mesures de substitution peuvent être prises afin de répondre aux exigences de mise en accessibilité prévues à l'article L111-7 lorsque le maître d'ouvrage apporte la preuve de l'impossibilité technique de les remplir pleinement du fait de l'implantation du bâtiment, de l'activité qui y est exercée ou de sa destination* ». Il s'agit certainement de la disposition la plus critiquée de la proposition de loi en ce sens qu'elle permet aux promoteurs de pouvoir déroger aux exigences d'accessibilité s'ils arrivent à prouver une impossibilité technique de mettre le bâtiment neuf aux normes.

Là où l'opposition et les associations¹⁰⁵⁷ voyaient un recul par rapport au principe d'accessibilité absolue prôné dans la loi du 11 février 2005, d'autres mettaient en avant l'obligation qui aurait été faite aux promoteurs de mettre en œuvre des moyens de substitution¹⁰⁵⁸ – dont le texte avait complètement tu les formes possibles – après avoir prouvé le caractère réel et sérieux de l'empêchement technique de réaliser les travaux d'aménagement. Bien que le recul ait été insuffisant pour juger de l'efficacité de cette mesure et pour savoir à quel point le contrôle de la preuve rapportée par le promoteur allait être pertinent et suffisamment en profondeur pour éviter trop facilement la mise aux normes des bâtiments neufs, la dangerosité potentielle de cette disposition sur l'autonomie des personnes en situation de handicap a provoqué la saisine du Conseil constitutionnel.

¹⁰⁵⁷ Le président de l'APF, M. Jean-Marie Barbier, a d'ailleurs déclaré à ce sujet que « *la loi de 2005 est une loi de société. On est en train de la déshabiller de cet aspect là.* », http://www.marianne2.fr/Le-Conseil-constitutionnel-vole-au-secours-des-handicapes_a208866.html.

¹⁰⁵⁸ Certaines associations ont pris cette tentative avec le sourire et ont ironisé sur le manque de précision relatif aux mesures de substitution : « *Si nous avons envie de sourire on pourrait se demander si le fait de porter une personne handicapée dans ses bras pour monter un escalier pourrait être considéré comme une mesure de substitution légale?* », www.handimobility.org.

476. Mise à l'écart d'une nouvelle dérogation. Cette disposition aurait pu constituer une brèche susceptible d'aboutir à des abus quant à l'accessibilité des bâtiments et des informations et elle constituait un obstacle important au principe énoncé en 2005, principe d'accessibilité absolue qui souffre déjà puisque seulement 15% des établissements sont aux normes alors que le délai sera écoulé en 2015 comme le précise l'arrêté du 21 mars 2007¹⁰⁵⁹ qui fait suite à un décret du 17 mai 2006¹⁰⁶⁰. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel, dans une décision du 28 juillet 2011¹⁰⁶¹, a estimé que l'article 19 de la proposition de loi, qui prévoyait une nouvelle dérogation si le promoteur démontrait une impossibilité technique, n'était pas conforme à la Constitution.

En effet, les dispositions de cet article sont « *contraires à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* »¹⁰⁶². Le fait de vouloir instaurer de nouveaux cas dérogatoires va à l'encontre de la finalité première de la loi de 2005, souhaitée comme la source d'une accessibilité généralisée. Quand bien même ce cas dérogatoire avait été proposé dans un souci de respect du principe de réalité par le sénateur Paul Blanc, il a été déclaré contraire à la Constitution et ne trouvera donc jamais à s'appliquer. Ce qui a primé en l'espèce est l'intérêt des personnes handicapées, intérêt qui a supplanté en l'occurrence la logique puisque certaines constructions existantes devront être détruites. C'est par exemple le cas de certains bâtiments, en construction, comprenant des logements HLM qui devront être détruits s'ils ne respectent pas toutes les normes relatives à l'accessibilité¹⁰⁶³.

477. Ferme volonté de faire respecter les normes d'accessibilité. Il s'agit donc là encore d'une tentative de dérogation qui est écartée et par voie de conséquence d'une réaffirmation claire de la volonté de donner un accès le plus large possible aux personnes en situation de handicap – physique, mental, sensoriel – dans un horizon relativement proche. Bien que des délais quant à la mise aux normes de quelques établissements soient autorisés dans certaines

¹⁰⁵⁹ Arrêté du 21 mars 2007 fixant les dispositions prises pour l'application des articles R. 111-19-8 et R. 111-19-11 du Code de la construction et de l'habitation, relatives à l'accessibilité pour les personnes handicapées des établissements existants recevant du public et des installations existantes ouvertes au public

¹⁰⁶⁰ Décret n°2006-555 du 17 mai 2006 relatif à l'accessibilité des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des bâtiments d'habitation et modifiant le code de la construction et de l'habitation.

¹⁰⁶¹ Décision CC n°2011-639, 28 juillet 2011, JO 30 juill. 2011, p 13011.

¹⁰⁶² R. Grand, « Loi sur le handicap : censure constitutionnelle de la principale dérogation à l'accessibilité », *AJDA 2011*, p 1598.

¹⁰⁶³ Ceci concerne plus particulièrement les salles de bains qui doivent être conçues de façon à ce qu'une personne handicapée puisse facilement l'utiliser. C'est là le cœur du problème puisque pour certains, il est clair que tous les appartements ne seront pas occupés par des personnes en situation de handicap. L'instauration d'une dérogation aurait permis d'éviter la destruction de ces bâtiments HLM dont l'ensemble des salles de bains n'étaient pas conformes à la réglementation en vigueur en termes d'accessibilité.

circonstances, le farouche rejet de nouvelles voies dérogatoires relativement à l'accessibilité de certains bâtiments prouve à quel point elle est « *un outil au service du mieux-vivre et du mieux-être de chacun d'entre nous dans la cité* »¹⁰⁶⁴. En outre, ces rejets successifs de nouvelles dérogations par rapport à l'accès des bâtiments et des informations ont un impact sur les discriminations dont les personnes handicapées peuvent faire l'objet. C'est ainsi que « *parallèlement à l'instauration d'une obligation d'accessibilité [...], la lutte contre ces discriminations s'intensifie* »¹⁰⁶⁵ : naturellement, en rendant accessibles au plus grand nombre des bâtiments, des lieux de travail, des informations, des liens culturels, une plus faible population se trouve marginalisée et les personnes handicapées peuvent disposer comme tout autre citoyen des commodités et des avantages procurés par cette mise aux normes voulue par le législateur en 2005.

Par conséquent, à l'heure actuelle, toutes les tentatives de dérogations nouvelles relativement à la mise en œuvre des dispositions prévues par le législateur de 2005 pour rendre accessibles les bâtiments, les logements, les transports et les informations ont échoué et ont été censurées. Le fait de rejeter ces diverses propositions de dérogations quant à l'application des normes en matière d'accessibilité est nécessaire. A quoi bon légiférer pour ensuite accorder un nombre croissant de failles dans le système envisagé ? Toutes ces exceptions sont-elles nécessaires et bénéfiques aux personnes handicapées ? Il est évident que si toutes ces dérogations sont proposées, ce n'est aucunement dans l'intérêt des personnes en situation de handicap mais bien dans celui des promoteurs. Comme l'a mis en avant le sénateur Blanc, la mise en œuvre de certains cas dérogatoires à la mise en accessibilité permettrait d'éviter de détruire des bâtiments en cours de construction, notamment certains bâtiments HLM. Il existe toutefois un coût économique important qu'il ne faut pas négliger dans cette mise en œuvre de l'accessibilité. La modification des bâtiments et de leur contenu informationnel peut nécessiter des travaux importants ou l'utilisation de techniques relativement onéreuses, notamment concernant les malentendants. Cet aspect financier peut s'avérer lourd et très contraignant pour les personnes ayant en charge les travaux et les dérogations leur offre alors la possibilité de passer outre ces nouvelles dispositions.

478. *Faire passer l'aspect économique au second plan.* Il est essentiel de toujours conserver en ligne de mire l'intérêt des personnes en situation difficile afin de leur rendre la

¹⁰⁶⁴ P. Joly, « L'accessibilité à la cité », *Lamy Dr. civ.* 2010, n°73.

¹⁰⁶⁵ G. Loiseau, « La personne au travail : la lutte contre les discriminations s'intensifie », *Droit et Patrimoine*, 2002, n°101, p 113.

vie quotidienne plus simple et d'adapter au mieux leur environnement afin qu'elles aient des relations sociales plus aisées et que leur autonomie s'en ressente. En matière d'accessibilité, c'est bien l'intérêt des personnes qui doit primer et non l'intérêt des promoteurs ou un intérêt économique même si celui-ci ne doit pas être totalement écarté. Le recours à la balance dépenses / bénéfice est un outil intéressant en la matière mais ne doit pas, à lui seul, guider l'application des règles concernant l'accessibilité édictées en 2005. A notre sens, les dispositions législatives du 11 février 2005 se doivent d'être les plus générales et les plus absolues possibles afin d'éviter qu'un trop grand nombre d'établissements ou services ne parviennent à échapper à la nouvelle réglementation. En outre, l'échéance de 2015 va déjà être difficile à tenir, ajouter des exceptions serait alors un nouveau frein à la volonté d'une accessibilité à tous dans des délais raisonnables.

B. L'acceptation d'une définition plus large de l'accessibilité

Le fait de rendre accessibles les bâtiments publics, ou susceptibles de recevoir du public, permet aussi indirectement d'influer de manière positive sur l'autonomie des personnes handicapées mentales en ce sens qu'il leur est plus simple d'exercer les droits qui leur sont reconnus dans ces conditions ou même d'obtenir un emploi. Comment se rendre dans un bureau de vote et y exercer ce droit fondamental si le bâtiment n'est pas approprié et simple d'accès ? En outre, les dispositions des textes relatifs à l'accessibilité englobent de manière générale l'accessibilité physique des bâtiments, mais aussi les informations et les documents qu'ils contiennent. Ceci concerne les documents écrits mais aussi les sites Internet qui doivent être accessibles à tous, quel que soit l'état des facultés intellectuelles ou physiques de chacun.

1° La prise en compte accrue du handicap mental

479. *Visée spécifique de tous les handicaps.* La volonté du législateur, par la loi de 2005, a clairement été de limiter au maximum la marginalisation des personnes en situation de handicap quel que soit le type de handicap dont elles seraient atteintes. C'est ainsi que l'article L111-7 du Code de la construction et de l'habitation issu de la loi du 11 février 2005 vise expressément un certain nombre de handicaps parmi lesquels le handicap mental et

psychique. Les dispositions sont censées toucher le plus grand nombre de personnes handicapées et donc éviter les clivages selon le type de handicap.

C'est pourquoi la définition de l'accessibilité retenue en 2005 est plus large puisque, outre la dimension matérielle, elle apporte une touche intellectuelle à la notion d'accessibilité, chacun devant pouvoir accéder et recevoir toutes les informations ou les outils permettant de se cultiver et d'exercer certains droits dont chacun dispose. Les bâtiments doivent être rendus accessibles mais aussi l'ensemble des informations qui sont contenues dans les parties ouvertes au public. Là où le fait de rendre les établissements et les locaux matériellement accessibles est salubre pour les personnes en situation de handicap physique, la simplification de l'accès aux informations contenues dans ce cadre bâti va trouver toute son importance pour la population touchée par une altération des facultés mentales.

480. *Prémices d'actions en faveur du handicap mental.* Il avait d'ailleurs été créé dès 2001¹⁰⁶⁶ une commission nationale « culture – handicap » dont la mission était de « *faciliter l'accès à la culture des personnes handicapées, quelle que soit la nature de leur handicap dans le souci de leur permettre de participer pleinement à la vie culturelle* »¹⁰⁶⁷. De composition mixte – elle regroupe en effet des représentants d'associations, des personnes handicapées et des personnes du monde politique – elle se penche principalement sur les problèmes liés à la culture et fait en sorte que chacun y ait accès de la manière la plus aisée qu'il soit. Toutefois, le principe d'accessibilité pour tous prôné par le législateur en 2005 n'est toujours pas suffisamment développé en ce qui concerne le handicap mental et il nécessite encore la mise en place d'éléments facilitant l'accès à certains domaines pour cette catégorie de personnes. Des avancées sont constatées en matière de sensibilisation et de formation des personnels afin de délivrer une information la plus adaptée possible aux facultés des personnes en situation de handicap mental ou encore d'utilisation de la signalétique « S3A »¹⁰⁶⁸ indiquant que l'établissement et son contenu sont accessibles. Mais la plupart de ces actions sont ponctuelles et dépendantes de la volonté des associations et des pouvoirs locaux. L'accès est, le plus souvent, indirect, c'est-à-dire qu'il est nécessaire d'avoir recours à une personne tierce, une aide humaine. Bien que des efforts soient faits en matière d'accessibilité Internet, par le biais de normes spécifiques guidant à la simplification des sites des services publics, certaines informations ou documents restent inaccessibles pour les

¹⁰⁶⁶ Arrêté du 1^{er} fév. 2001 portant création de la commission nationale « culture – handicap ».

¹⁰⁶⁷ La mission de cette commission est précisée dans l'article 2 de l'arrêté précédemment cité.

¹⁰⁶⁸ Ce pictogramme signifie : symbole d'accueil, d'accompagnement et d'accessibilité.

personnes dont les facultés mentales sont atteintes. Dans ces cas, il faudra l'intervention d'une personne tierce pour aider le majeur handicapé mental. Mais ces efforts demeurent encore trop peu fréquents : l'utilisation d'outils d'information utilisant un langage adapté, notamment numérique, est peu développée puisqu'elle ne se rencontre que dans certains lieux tels la Cité des sciences ou le Centre national des monuments. Des systèmes sont également mis en place dans certains centres commerciaux à l'image de « Cora » à Sainte Marguerite dans les Vosges où les achats des clients handicapés mentaux sont facilités grâce à des catalogues adaptés et un code couleurs. Chacun est ainsi plus autonome dans les rayons de l'hypermarché.

481. *Déplacements, informations et Internet.* L'extension du champ de la définition permet une prise en compte de tous les types de handicaps en favorisant les déplacements pour les personnes à mobilité réduite et en adaptant les informations délivrées à l'état des facultés mentales des personnes demandeuses ou en leur facilitant l'accès à des ressources, notamment électroniques. Le web est devenu la principale source d'informations pour la plupart de la population, mais « *pour beaucoup de personnes handicapées, Internet est aujourd'hui un endroit inadapté* »¹⁰⁶⁹. Initialement, les sites internet et les outils de communication électroniques faisaient l'objet de mesures plutôt adaptées à des handicaps physiques ciblés et non à des handicaps mentaux. Une circulaire du 7 octobre 1999¹⁰⁷⁰ précise à ce sujet que « *les responsables des sites veilleront tout particulièrement à favoriser l'accessibilité de l'information à tous les internautes, notamment les personnes handicapées, non voyantes, malvoyantes ou malentendantes* ». Les personnes handicapées mentales ne sont donc pas expressément visées dans cette première circulaire concernant l'accessibilité des sites internet aux personnes en situation de handicap.

2° Le cas particulier de l'accessibilité à Internet

482. *Internet, outil indispensable.* La question s'est précisément posée concernant les informations publiques en ligne et l'accès à Internet, et plus précisément aux serveurs des services publics. La finalité est qu'Internet devienne un élément essentiel afin que les personnes en situation de handicap mental exercent, de manière la plus autonome possible,

¹⁰⁶⁹ L. Denis, « Accessibilité du web et handicap (la dématérialisation de l'accessibilité) », *Communication Commerce Electronique* n°3, 1^{er} mars 2006, p 19.

¹⁰⁷⁰ Circulaire du Premier ministre du 7 octobre 1999, JO du 12 octobre 1999.

certaines actes après obtention d'informations par le biais de l'outil numérique. Certains auteurs poussent plus loin le raisonnement et estiment, à raison, que le web pourrait « *faciliter la réalisation des droits élémentaires énumérés dans la déclaration des Nations Unies [Déclaration Universelle des Droits de l'Homme]* »¹⁰⁷¹ en ce sens qu'il est un tremplin indispensable pour recevoir des informations, exercer des loisirs ou participer à la vie culturelle de la société. C'est pourquoi cet outil doit être adapté et employé efficacement de manière à ce que le handicap ne soit plus une barrière et que toute discrimination disparaisse. Toutefois, l'hypothèse de la précarité sociale pose problème puisque les personnes sans domicile fixe n'ont pas forcément accès à un ordinateur et donc à Internet. L'instauration d'un accompagnement social visant à rétablir une certaine autonomie dans la gestion du budget pourrait constituer la première pierre vers l'accessibilité du web.

483. Apports internationaux et européens. Cette préoccupation de rendre accessible non seulement le milieu physique mais aussi les informations et les ressources n'est pas propre à notre pays, mais se retrouve également à des échelons plus vastes. Lors de l'annonce des différentes règles pour l'égalisation des chances des handicapés le 20 décembre 1993, l'Assemblée Générale des Nations Unies a mis en avant une règle numéro 5 intitulée « Accessibilité », laquelle prévoit notamment que « *les Etats devraient élaborer des stratégies permettant aux différents groupes d'handicapés de consulter les services d'information et la documentation* »¹⁰⁷². Cette règle traduit la volonté de ne laisser aucune personne, quel que soit son handicap, à la marge de l'information. Les Etats doivent mettre en œuvre des mesures d'adaptation permettant à tous de participer à la vie de la société et donc de prendre en compte le handicap – physique, mental, sensoriel – auquel ils sont le plus souvent confrontés.

En outre, le Conseil européen a mis en place des lignes directrices quant à l'accessibilité et à sa volonté d'inclure par ce biais les personnes handicapées dans la vie de la société. C'est ainsi qu'en juin 2002 a été instauré le plan d'action « eEurope 2005 » intitulé « Une société de l'information pour tous » par le Conseil de l'Europe. La finalité première de ce plan est de permettre la participation à la société de l'information pour un plus grand nombre en donnant une meilleure lisibilité et un accès simplifié et adapté aux sites web.

¹⁰⁷¹ L. Denis, « Accessibilité du web et handicap (la dématérialisation de l'accessibilité) », art. préc.

¹⁰⁷² Règle 5.6 des règles pour l'égalisation des chances des handicapés édictées par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 déc. 1993.

484. Création de labels et de référentiels. Afin d'évaluer l'accessibilité des sites et d'inciter les Etats et les créateurs de sites à respecter les directives à ce sujet, des labels d'accessibilité ont été créés.

Dès 2004, un référentiel a été élaboré par l'Agence pour le Développement de l'Administration électronique (ADAE) afin de mettre en avant des critères d'accessibilité aux ressources électroniques présentes sur Internet mais aussi sur l'Intranet de l'administration. Les rédacteurs précisent dans un rappel de la problématique générale servant d'introduction au document que « *concernant l'accessibilité, [il faut] mettre le Web et ses services à la disposition de tous les individus, quel que soit leur matériel ou logiciel, [...] ou leurs aptitudes physiques ou mentales* ». Les personnes souffrant de handicap mental sont directement visées et doivent bénéficier d'adaptations leur permettant d'avoir un accès libre et aisé aux ressources électroniques qui leur seraient utiles pour accomplir certains actes importants ou pour les aider à s'intégrer dans la société. Ce référentiel destiné en priorité aux administrations relevant de l'Etat est un tremplin qui va donner aux personnes handicapées mentales les moyens de participer pleinement à la vie sociale et de limiter fortement leur mise à l'écart. Il convient toutefois d'apporter certaines atténuations car des sites spécialisés, à l'image de « Légifrance »¹⁰⁷³, demeureront difficilement accessibles à des personnes qui n'ont pas une compétence de base en droit et donc encore plus aux personnes handicapées mentales. Certains sites avec un contenu technique et spécifique, bien qu'ils soient rendus accessibles n'en demeureront pas moins incompréhensibles par certaines personnes. L'accessibilité doit donc concerner en priorité les sites les plus utiles et les plus fréquemment consultés, en particulier ceux des administrations – pour le paiement des impôts par exemple – ou ceux de sociétés importantes et permettant à la personne d'exercer son autonomie – c'est par exemple le cas de la SNCF ou de la RATP –.

Ce référentiel dresse la liste des critères indispensables pour obtenir le label "AccessiWeb" qui démontre que le site en question est accessible par tous et non par une population précise, il s'agit donc d'un label qui « *qualifie l'accessibilité d'un site web dans son concept général (accessible à tout le monde et quelle que soit la technologie de consultation utilisée)* »¹⁰⁷⁴. Il existe toutefois trois niveaux – bronze, argent et or – en fonction du niveau d'accessibilité.

¹⁰⁷³ Il s'agit d'un site juridique regroupant les différents codes utilisés dans toutes les branches du droit, la jurisprudence et les textes. Destiné aux juristes, ce site leur permet de retrouver toutes sortes de décisions de justices ou de lois, codifiées ou non, récentes ou anciennes.

¹⁰⁷⁴ L. Denis, « Accessibilité du web et handicap (la dématérialisation de l'accessibilité) », art. préc.

Un second label, européen, a vu le jour au cours des années 2000 sous l'impulsion de l'association BrailleNet¹⁰⁷⁵ qui milite depuis le départ en faveur d'une amélioration de l'accessibilité d'Internet. La création, plutôt le regroupement au sein d'une même structure – l'*Euro Accessibility* – des entités militant dans ce sens en Europe, a lieu dès 2003. Cette opération a pour but un rapprochement des méthodes employées dans les différents pays, d'échanger et de déduire les actions à mettre en place pour rendre les sites internet plus accessibles pour les personnes handicapées.

485. *Pas seulement Internet...* Outre les sites Internet, d'autres moyens sont envisageables afin d'améliorer l'accessibilité des personnes en situation de handicap en leur facilitant l'accès aux diverses ressources documentaires et informationnelles. Il peut en effet s'agir du sous-titrage pour les émissions de télévision ou encore de la consécration d'un langage des signes. Mais les textes récents préconisent d'autres techniques, à savoir « *le recours aux nouvelles technologies de la communication et à une signalétique adaptée* »¹⁰⁷⁶. Le législateur propose donc les moyens d'optimiser et de favoriser l'accessibilité sans toutefois donner trop de précisions, certainement dans le but de laisser le choix aux établissements dans la mise en œuvre concrète de ces moyens. Par exemple, chaque établissement sera libre d'établir une signalétique qu'il estime adaptée au public qu'il reçoit : il est alors possible de jouer sur des formes ou des couleurs.

La Cité des Sciences utilise différents systèmes afin que les bâtiments soient ouverts et adaptés au plus grand nombre parmi lesquels le repérage des escaliers ou encore les lignes guide. Il est en outre possible d'utiliser le son, tout du moins des éléments sonores afin de guider les personnes : c'est par exemple le cas de l'usage de fontaines à eau. La bibliothèque de l'Alcazar à Marseille a mis en place des panneaux en braille et en gros caractères avec un code couleur afin de faciliter l'orientation des visiteurs handicapés.

486. *Première pierre de l'autonomie.* L'accessibilité des locaux, des bâtiments, des informations et de l'ensemble du paysage et des services quotidiens n'est qu'un premier pas vers l'exercice d'une autonomie de la part des personnes en situation de handicap et de handicap mental plus particulièrement. Certes un premier pas, mais un pas essentiel puisque

¹⁰⁷⁵ Cette association était déjà à l'origine de la mise en place du label qualité *Accessiweb* puisqu'elle mène des travaux depuis 1997 afin de rendre les sites web plus accessibles aux personnes souffrant de handicap : <http://www.brailenet.org/accessibilite/cellule/label.htm>

¹⁰⁷⁶ Article L111-7-3 Code de la construction et de l'habilitation, alinéa 2 *in fine*.

sans cette adaptation, le reste du processus devant mener à une autonomie plus absolue ne peut s'enclencher. Les mesures d'accompagnement, qu'elles soient matérielles, sociales ou financières, n'auraient sans doute pas lieu d'être si le cadre bâti n'était pas accessible au plus grand nombre. Ces dernières mesures sont les maillons qui suivent directement la mise aux normes concernant l'accès facilité à tous les établissements cités dans le texte de loi, notamment ceux qui reçoivent du public.

Par conséquent, une fois l'accessibilité renforcée et les mesures prévues à cet effet appliquées, l'accompagnement prévu en faveur des personnes handicapées prend tout son sens et sa finalité première, la réinsertion, pourra être poursuivie dans les meilleures conditions.

Section 2 : L'accompagnement social et médico-social des personnes handicapées mentales : la réinsertion des personnes handicapées

487. *Constats issus des évolutions depuis 1975.* L'accompagnement est un terme récent en ce qui concerne la sphère juridique, il n'apparaît et ne prend son importance qu'à partir de 2002 lorsque le législateur décide de rénover le cadre de l'action sociale et médico-sociale¹⁰⁷⁷. En effet, le secteur social et médico-social, dont les prémices de l'autonomie par rapport au secteur sanitaire remontait à 1970¹⁰⁷⁸, était jusque là réglementé et organisé par une loi de 1975¹⁰⁷⁹ dont les principes directeurs ne s'avéraient plus toujours en phase avec les évolutions sociétales ; « *les réalités d'aujourd'hui et même de demain* »¹⁰⁸⁰ ont par conséquent imposé au législateur une révision des mesures adoptées en 1975. L'intitulé des lois laisse déjà présager un changement car le nouveau texte ne vise plus les institutions mais il privilégie l'action sociale et médico-sociale comme une réponse aux besoins des usagers. Concernant la conception du nouveau texte, le législateur s'est appuyé sur quatre raisons principales, quatre motivations qui ressortaient de l'évolution connue depuis 1975 :

- les nouveaux besoins de la population ;

¹⁰⁷⁷ Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JORF 3 janv. 2002, p 124.

¹⁰⁷⁸ Loi n°70-1318 du 31 déc. 1970 portant réforme hospitalière.

¹⁰⁷⁹ Loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, JORF 1 juil. 1975, p 6604. Cette loi donne un vrai statut aux établissements ne relevant pas de la sphère médicale.

¹⁰⁸⁰ Rapport Ass. Nat. sur l'équilibre territorial des pouvoirs, 1^{ère} lecture, 22 fév. 2006, n°2881, p 7.

- les incidences de la décentralisation qui a provoqué une modification de la répartition des compétences notamment entre l'Etat et les départements ;
- les nouvelles bases légales à donner à des structures nées après la loi de 1975 pour répondre à des nouveaux besoins et avec des montages plus complexes du fait de la décentralisation ;
- une répartition des établissements et services peu équitable sur le territoire.

Il s'agit par conséquent d'un texte novateur quant aux droits des personnes dans les établissements sociaux et médico-sociaux, mais, en parallèle, il y a renforcement de l'encadrement, notamment financier, de ces structures. Les campagnes budgétaires sont ainsi entièrement réorganisées et une procédure réellement contradictoire est autorisée comme le prévoient les articles L314-2 et L314-7 du Code de l'action sociale et des familles. Les modes de tarification varient selon la nature des établissements, toutefois, les principaux demeurent la dotation globale, le forfait et le prix de journée sachant que des modulations sont envisageables en fonction de l'état de santé de la personne accueillie.

La distinction initiale qui existait alors entre le secteur sanitaire et le secteur social et médico-social résidait plus particulièrement dans le public visé : en ce qui concerne l'action sociale et médico-sociale, « *le fil conducteur était de s'adresser à des publics fragilisés* »¹⁰⁸¹. Ces personnes, souvent en situation de handicap, sont naturellement celles qui nécessitent le plus d'attention et de soins ; c'est pourquoi un accompagnement est indispensable (§1). Celui-ci a pour but de préserver, ou de raviver, leur autonomie dans les domaines de la vie courante en leur permettant de participer, par la mise en œuvre de différents moyens, aux processus décisionnels les concernant directement. Les nouvelles institutions (§2) développées précédemment, comme les maisons départementales des personnes handicapées, les commissions des droits et de l'autonomie des personnes handicapées et la caisse nationale de solidarité pour l'autonomie, sont des maillons essentiels dans la mise en œuvre de cet accompagnement en faveur des personnes dont les facultés intellectuelles sont altérées et qui ne peuvent tout gérer de manière totalement indépendante.

¹⁰⁸¹ D. Everaert-Dumont, « Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux : quelle évolution ? », *Dr. soc.*, n°3, mars 2005, p 311.

§1) L'instauration d'outils permettant l'accompagnement des personnes handicapées mentales

488. *Distinctions terminologiques par rapport à l'accompagnement.* La question se pose de savoir ce qu'englobe précisément le terme d'accompagnement et s'il n'est pas possible et judicieux de le rapprocher de notions juridiquement connues telles que l'assistance ou la représentation.

La représentation constitue le système le plus contraignant et le juge y a donc recours dans les cas de handicap mental les plus graves, c'est-à-dire lors de l'ouverture d'une mesure de tutelle. Dans cette hypothèse, le majeur protégé est représenté par son tuteur dans la grande majorité des actes de la vie quotidienne, exceptés ceux qui touchent de manière intime à la personne¹⁰⁸². En cas de représentation, les actes sont effectués en lieu et place de la personne représentée ; celle-ci ne pouvant plus agir seule dans un souci protectionniste constaté par le juge et le médecin. Ainsi, la personne du majeur protégé s'efface au profit de son tuteur – représentant légal – qui agira en son nom avec, selon les circonstances, l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles.

S'il semble que la différence avec la représentation soit flagrante et permette ainsi d'éviter toute confusion, il n'en est pas forcément de même avec l'assistance, vocable que l'on rencontre souvent en matière de handicap, et plus particulièrement de handicap mental. L'accompagnement, bien que ne bénéficiant d'aucune définition juridique, est une notion qui, « *de prime abord, paraît proche de celle d'assistance* »¹⁰⁸³. Selon le Larousse, l'accompagnement se définit comme « *l'action d'accompagner quelqu'un dans ses déplacements* » ; le Petit Robert présente lui l'accompagnement comme « *l'action de se joindre à quelqu'un pour aller où il va en même temps que lui* ». Au vu de ces définitions, la notion d'accompagnement fait référence au déplacement, au mouvement ce qui rappelle principalement le handicap physique qui découle d'une limitation des facultés de mouvement.

L'assistance, quant à elle, est plus fréquemment rencontrée en ce qui concerne les personnes atteintes de handicap mental puisqu'elle fait référence à une mesure de protection intermédiaire : la curatelle¹⁰⁸⁴. Il est alors possible d'affirmer une différence notable entre les

¹⁰⁸² L'article 458 C. civ. issu de la loi du 5 mars 2007 précise en effet que certains actes tels que l'adoption nécessitent un consentement strictement personnel et ne peuvent donc donner lieu à représentation.

¹⁰⁸³ F. Petit, « Le droit à l'accompagnement », *Dr. soc.*, n°4, avr. 2008, p 413.

¹⁰⁸⁴ Il convient de rappeler que, contrairement au tuteur qui est le représentant de la personne en situation de handicap, le curateur n'a qu'un rôle d'assistance, c'est-à-dire qu'il n'agira pas au nom de la personne protégée,

notions d'accompagnement et d'assistance puisque cette dernière ne consiste pas seulement en une aide matérielle ; elle est plus vaste et englobe aussi, outre « *un appui à la décision, une mission de conseil, [...] le contrôle de l'assisté* »¹⁰⁸⁵. Le point essentiel semble donc être cette fonction de contrôle exercée sur la personne dans le besoin. En effet, qui dit contrôle de la personne dit perte d'autonomie et besoin de l'intervention d'une tierce personne. Sur ce point, l'accompagnement est moins mal perçu car il ne laisse pas sous-entendre un phénomène irréversible comme c'est généralement le cas pour l'assistance. Celle-ci est très souvent associée à la première étape vers un placement sous tutelle qui implique la représentation de la personne et donc une autonomie très restreinte, voire inexistante. C'est pourquoi les signes relatifs à l'accompagnement apparaissent d'abord dans les établissements sociaux et médico-sociaux par le biais d'une prise en charge plus ciblée et individualisée avant de s'en extraire et de se généraliser aux personnes en difficultés sociales et financières.

A. L'accompagnement au sein des établissements

Dans les établissements sociaux et médico-sociaux, les usagers, ou résidents, disposent de plus en plus d'autonomie et sont clairement replacés au cœur du dispositif décisionnel. Ils participent de façon plus importante à la prise de décision les concernant et de manière plus large à la vie de chacun au sein de l'institution. L'accompagnement, le suivi des résidents est en effet favorisé sur un plan individuel par l'utilisation croissante de la "contractualisation" mais aussi sur un plan collectif en facilitant la participation des usagers, et de leurs représentants, dans certains organes de l'établissement parmi lesquels le conseil de la vie sociale.

1° L'apparition de la "contractualisation" : un accompagnement individualisé

489. *Nécessaire étape pour individualiser la prise en charge.* L'essor pris par les contrats au sein de ces établissements permet une meilleure prise en compte de la personne et il permet surtout d'individualiser l'accompagnement en ciblant les besoins personnels de chacun. Par

mais aura plutôt une mission de guide et d'orientation. A ce sujet, l'article 440 du C. civ. précise que la curatelle est mise en œuvre lorsque « *la personne [...] a besoin [...] d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue [...]* ».

¹⁰⁸⁵ F. Petit, « Le droit à l'accompagnement », art. préc.

conséquent, l'aide et le soutien apportés aux personnes handicapées mentales seront adaptés au cas de chacun et apporteront des réponses plus précises en ce sens qu'ils seront fondés sur des demandes et des évaluations individuelles. Ce phénomène de "contractualisation" qui se généralise actuellement trouve sa source dans les « *dispositions prises pour le secteur des personnes âgées* »¹⁰⁸⁶ qui naissent en 1990¹⁰⁸⁷ avant d'être élargies en 1997¹⁰⁸⁸ pour finalement être appliquées à l'ensemble des établissements en charge des personnes âgées. C'est donc sur ce fondement que la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale a créé le "contrat de séjour" ou le document individuel de prise en charge en fonction de la structure de prise en charge. Outre une prise en charge plus adaptée puisque soucieuse des besoins de chacun, ce texte a abouti à une véritable collaboration entre les différents acteurs du monde social et médico-social, surtout les usagers et les gestionnaires des établissements.

Dans le secteur social et médico-social, la "contractualisation" occupe depuis quelques années une dimension importante et elle permet principalement de mettre en œuvre une prise en charge individualisée avec un usager directement impliqué. Cette évolution permet, par anticipation de la loi du 5 mars 2007, de rendre l'usager coresponsable de sa prise en charge. L'avancée "contractuelle" est telle que désormais, « *les institutions doivent proposer les mêmes garanties contractuelles que le secteur marchand, en terme de qualité de service rendu* »¹⁰⁸⁹. Toutefois, cette « *marchandisation des établissements et services* », comme le souligne J-M. Lhuillier¹⁰⁹⁰, pose le problème de la déresponsabilisation politique des pouvoirs publics.

490. Exemple du contrat de séjour. Parmi les outils de "contractualisation" figure le "contrat de séjour" qui correspond à celui qui permet une individualisation plus grande de la prise en charge. L'article L311-4 du Code de l'action sociale et des familles prévoit en effet « *la participation de la personne accueillie ou de son représentant légal* » afin d'adapter au mieux les objectifs du "contrat de séjour" aux attentes et aux besoins de chaque usager. Ce contrat institué en 2002 doit nécessairement être signé par le résident et l'établissement dès

¹⁰⁸⁶ J-M. Lhuillier, « Les conséquences du développement du droit des usagers sur la responsabilité dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux », *RDSS 2001*, p 563.

¹⁰⁸⁷ Loi n°90-600 du 6 juillet 1990 relative aux conditions de fixation des prix des prestations fournies par certains établissements assurant l'hébergement des personnes âgées, JO 12 juillet 1999.

¹⁰⁸⁸ Loi n°97-60 du 24 janv. 1997 instaurant une prestation spécifique dépendance, JO 25 janv. 1997.

¹⁰⁸⁹ J. Tremintin, *Lien social*, n°794, 20 avr. 2006.

¹⁰⁹⁰ J-M. Lhuillier, « Les conséquences du développement du droit des usagers sur la responsabilité dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux », art. préc.

lors que le séjour a une durée totale supérieure à deux mois ; dans le cas contraire, un document individuel de prise en charge est conclu. Mais il soulève un débat car c'est « *un acte qui porte bien la dénomination de contrat mais qui ne présente pas tous les caractères de son économie* » comme le précise Mme Moulay-Leroux¹⁰⁹¹. Des points noirs sont mis en avant face à l'appellation de contrat pour ce genre d'actes, ils concernent notamment la liberté contractuelle et la force obligatoire des engagements. L'usager du service social ou médico-social n'est pas libre de choisir son cocontractant mais tenu de s'engager avec un établissement, ce qui peut en outre générer un flou chez lui devant la multitude de personnes auxquelles il a affaire. En outre, dans un souci d'adaptation de la prise en charge – intention louable –, le contrat est révisable et modifiable de manière régulière ce qui remet en cause la valeur des engagements pris au moment de la signature.

491. Véritable contrat ? Cette vision divise les juges qui ne savent pas vraiment comment appréhender le contrat de séjour, « *certains affirment que la relation nouée est de nature contractuelle, d'autres excluent ce fondement en ajoutant que le contrat de séjour conclu n'a qu'un caractère informatif* »¹⁰⁹². Il nous semble qu'il faille se rallier à cette dernière philosophie et que le contrat de séjour, malgré son nom, ne peut être assimilé à un contrat de droit civil. Cette position est renforcée par l'étude de la responsabilité qui incombe nettement plus dans ce cas à l'établissement qu'au résident ; ce dernier n'ayant par ailleurs pas le discernement nécessaire pour utiliser les voies de recours offertes par le droit commun¹⁰⁹³. L'appellation contrat de séjour « *laisse perplexe* »¹⁰⁹⁴ et prête à confusion alors que les critères du contrat civil ne sont pas véritablement remplis.

L'essentiel est de savoir si cette participation telle qu'elle est normalement prévue dans cet article « *concrétise cette relation bilatérale, interpersonnelle, qui s'instaure entre les deux parties* » comme le pense Mme Everaert-Dumont¹⁰⁹⁵. En effet, sans tomber dans le domaine des contrats d'adhésion à proprement parler, il convient de se demander si les parties au "contrat de séjour" se trouvent dans une situation suffisamment égalitaire. La question mérite

¹⁰⁹¹ S. Moulay-Leroux, « Le contrat avec l'usager : paradigme ou parasite de la relation d'aide ? A propos du contrat de séjour des établissements sociaux et médico-sociaux », *RDSS*, 2012, p 5.

¹⁰⁹² S. Moulay-Leroux, « Le contrat avec l'usager : paradigme ou parasite de la relation d'aide ? A propos du contrat de séjour des établissements sociaux et médico-sociaux », art. préc.

¹⁰⁹³ Le contentieux en matière de contrat de séjour est « *assez rare pour qu'il mérite d'être signalé* » comme l'affirme M. Lhuillier dans son commentaire de l'arrêt CA Paris 6 mai 2010, n°07-19333, *RDSS* 2010, p 1169.

¹⁰⁹⁴ S. Moulay-Leroux, « Le contrat avec l'usager : paradigme ou parasite de la relation d'aide ? A propos du contrat de séjour des établissements sociaux et médico-sociaux », art. préc.

¹⁰⁹⁵ D. Everaert-Dumont, « Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux : quelle évolution ? », *Dr. soc.*, n°3, mars 2005, p 311.

d'être soulevée puisque l'usager, ou sa famille, sont dans une position d'attente d'admission qui est très peu confortable. Ceci s'explique par le fait que, bien qu'il soit toujours possible de refuser de signer un tel contrat, il conviendra ensuite de rechercher un autre établissement susceptible d'accueillir la personne. Or, à l'heure actuelle, il est très compliqué, et long, de trouver une place d'hébergement que ce soit pour une personne handicapée mais aussi pour une personne âgée qui serait dépendante. Le refus de signature du contrat de séjour est donc pénalisant – tout du moins chronophage – pour la famille qui souhaite que la personne handicapée soit placée.

492. Comparaison avec le contrat d'adhésion. Le rapprochement avec le contrat d'adhésion devient envisageable en ce sens que les directeurs d'établissements ont la possibilité d'imposer le contenu, à charge pour l'usager d'accepter ou non. Bien qu'en totale opposition par rapport au contrat de gré à gré initialement souhaité, le contrat de séjour peut éviter l'écueil du contrat d'adhésion si la parole et la volonté de l'usager ont une force assez grande. C'est là que le terme « participation » utilisé dans l'article L311-4 CASF prête à confusion et peut laisser penser qu'il ne s'agit que d'une consultation sans valeur contraignante pour le directeur, cocontractant. L'emploi de ce vocable n'est pas anodin à notre sens et démontre que l'usager, bien qu'impliqué dans le processus contractuel, n'est pas placé sur un pied d'égalité avec le directeur de l'établissement. Il existe entre ces acteurs un rapport de supériorité expliquant certainement l'absence « *d'une véritable négociation* »¹⁰⁹⁶. En effet, le contrat de séjour est plutôt perçu comme un recueil des garanties offertes par l'établissement aux usagers dans un souci de transparence et de lisibilité.

493. Protection par la législation relative aux clauses abusives. La partie dite faible d'un contrat, en l'occurrence le majeur protégé et sa famille, peut aussi bénéficier, pour sa protection, de la législation relative aux clauses abusives telles qu'elles sont définies à l'article L132-1 du Code de la consommation¹⁰⁹⁷. Le juge a alors un rôle primordial afin de déterminer si les dispositions d'un contrat remplissent les conditions requises pour être qualifiées d'abusives. En outre, l'interprétation doit nécessairement favoriser la partie la plus

¹⁰⁹⁶ D. Everaert-Dumont, « Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux : quelle évolution ? », art. préc.

¹⁰⁹⁷ Cet article dispose en effet : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

faible¹⁰⁹⁸, souvent considérée comme celle qui a contracté l'obligation aux termes de l'article 1162 C. civ. Ainsi, pour échapper à ces règles, le directeur d'établissement doit rédiger le contrat de manière claire et précise en évitant les éventuels problèmes liés à une interprétation de la part du juge.

494. *Egalité et contrat de séjour.* Le contenu minimal du contrat de séjour est encadré et prévu par un décret du 26 novembre 2004¹⁰⁹⁹ ce qui limite les risques d'abus et de dérives vers les contrats d'adhésion. Outre le contenu du contrat, ce décret distingue le recours au contrat de séjour et au document individuel de prise en charge selon la catégorie de l'établissement ou du service et la durée du séjour. Ainsi, cinq éléments sont essentiels parmi lesquels la définition des objectifs attendus de la prise en charge à laquelle l'utilisateur, ou son représentant, doit participer. Il est en outre prévu que ces objectifs doivent être actualisés annuellement en fonction des besoins de l'utilisateur ; l'accompagnement possède un volet individuel indéniable, mais fragilisant la dénomination de "contrat" assignée au contrat de séjour.

Quand bien même le contrat de séjour ne serait que « participatif » et pas une véritable source d'égalité entre l'utilisateur et le directeur de l'établissement, il constitue un élément important dans la personnalisation de l'accompagnement et la prise en compte des besoins de chacun. En ce qui concerne l'égalité, elle peut être appréhendée à deux moments distincts : avant la conclusion du contrat – pouvoir de négociation – et durant l'exécution du contrat.

Relativement à l'égalité ante contractuelle, il est clair qu'elle n'existe que dans les textes qui prévoient que le projet de vie doit être réalisé de concert entre l'utilisateur et l'établissement d'accueil. En réalité, le directeur de l'établissement fait signer des contrats d'adhésion, c'est-à-dire que l'utilisateur n'a pas son mot à dire, ou n'a pas le poids que lui réserve le texte initial. Dans les faits, le système adopté est celui de « à prendre ou à laisser », l'individualisation de la prise en charge ne restant que lointaine. Ce défaut d'égalité dans la négociation des termes du contrat s'explique certainement par le manque de places dans ce type de services ce qui force les familles et les usagers à trouver le plus rapidement possible une solution et donc à accepter les termes des contrats proposés. Si les conditions proposées par un établissement ne

¹⁰⁹⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1974, Bull. civ. 1, n°271 : interprétation allant à l'encontre de la partie ayant eu l'initiative du contrat. La partie signataire, en particulier d'un contrat d'adhésion comme c'est le cas en l'espèce, doit faire l'objet de protection lors de l'interprétation du contrat. Il convient en effet, « *dans le doute, d'interpréter la convention contre la partie qui l'a rédigée et a eu l'initiative contractuelle* ».

¹⁰⁹⁹ Décret n°2004-1274 du 26 nov. 2004 relatif au contrat de séjour ou au document individuel de prise en charge.

conviennent pas au résident et qu'il refuse de signer l'acte, son placement sera alors retardé de plusieurs mois à un an selon les établissements d'accueil. La liste d'attente d'une maison de retraite publique s'étend en moyenne de six mois à un an ; or, l'urgence peut commander un placement plus rapidement ce qui incite les familles à accepter plus facilement les conditions soumises par l'établissement. Cependant, en l'absence de jurisprudence sur le sujet, il est délicat de se prononcer sur ce virement vers un contrat d'adhésion dont l'essentiel du contenu serait décidé de manière unilatérale par la structure d'accueil. La conjoncture actuelle et le manque de places tendent pourtant vers ce constat.

L'égalité peut aussi être perçue lors de l'exécution du contrat. La question qui se pose est alors de savoir si l'utilisateur bénéficie réellement d'un accompagnement adapté à ses besoins et personnalisé et surtout s'il a la possibilité de s'exprimer sur sa prise en charge. La finalité de cette contractualisation est de connaître le véritable état des usagers, de faire remonter leurs besoins et leurs attentes relativement à leur prise en charge et de moduler les traitements en fonction de ces éléments. Sur le plan juridique, les effets sont très limités puisque les usagers n'ont pas connaissance des éventuelles voies de recours utilisables en cas de non respect de cet acte. Bien que l'effet relatif du contrat soit respecté en ce qu'il ne concerne que l'utilisateur et l'établissement, les obligations naissantes concernent surtout l'établissement qui doit assurer une prise en charge la meilleure possible tandis que le résident, ou ses proches¹¹⁰⁰, doit se conformer aux règles de vie de l'établissement regroupées dans le règlement de fonctionnement.

495. Economie. Toutefois, des soucis, principalement économiques, font que l'accompagnement des personnes handicapées n'est souvent pas à la hauteur des espérances et des dispositions prévues dans le contrat initial. Or, il existe non seulement ces contrats pour essayer de faire participer les usagers, mais d'autres organes ont été institués en 2002 afin que les usagers puissent, en principe, se faire entendre et faire connaître leurs souhaits et leurs envies pour optimiser leur prise en charge. C'est le cas du conseil de vie sociale dont le rôle peut être discuté.

¹¹⁰⁰ Voir en ce sens CA Paris, 6 mai 2010, n°07-19333 : le contrat de séjour est rompu du fait du comportement d'un proche, en l'occurrence le mari qui avait été désigné tuteur mais qui ne respectait pas le règlement de fonctionnement.

2° L'accompagnement collectif : l'instauration du conseil de la vie sociale

496. *Relativiser ce pas en avant.* Des avancées marquantes collectives découlent aussi de cette loi du 2 janvier 2002 ; parmi elles le conseil de vie sociale qui est prévu à l'article L311-6 du Code de l'action sociale et des familles dans le but « *d'associer les personnes bénéficiaires des prestations au fonctionnement de l'établissement ou du service [...]* ». Un décret du 27 mars 2004¹¹⁰¹ le rend obligatoire pour tous les établissements assurant un hébergement ou un accueil de jour continu. Quand bien même sa composition n'est pas figée comme le précise l'article D311-5 du Code de l'action sociale et des familles, le conseil de la vie sociale doit compter au minimum deux représentants des personnes accueillies, un représentant des familles ou des représentants légaux, un représentant du personnel et un représentant de l'organisme gestionnaire. Au vu de cette composition, l'influence des usagers est mise en avant puisque cette catégorie de personnes est celle qui est numériquement la plus représentée au sein du conseil. En outre, en tant qu'organe interne, il ne nécessite pas forcément de droits civils et civiques, ce qui signifie qu'un usager, quand bien même il serait placé sous tutelle et privé de son droit de vote, dispose d'une voix lors des délibérations de ce conseil de la vie sociale.

Mais il convient de relativiser l'importance de ce conseil puisque la valeur accordée à la parole des usagers lors des échanges n'est pas significative face à celle des personnels soignants et des familles. En outre, le fait de donner aux usagers une voix lors des délibérations quand bien même ils seraient sous tutelle, et donc éventuellement privés du droit de vote, peut sembler de prime abord intéressant. Mais la vision contraire est envisageable en ce sens que cela peut faire ressortir le caractère informel et presque officieux de ce conseil de la vie sociale. Quel est l'intérêt de permettre aux usagers de voter seuls ? Le fait de leur accorder une telle faculté peut être nuisible quant à la crédibilité voire au fonctionnement de cette nouveauté de 2002.

497. *Constats issus de la pratique.* Si dans la théorie cette instance est un outil important de la démocratisation de la prise en charge, il s'avère dans les faits que ne sont soumises au vote du conseil de la vie sociale seulement des décisions d'une importance très limitée. Elles peuvent par exemple porter sur les activités prévues dans l'établissement, leur nature, leur fréquence, ou encore sur l'aménagement des pièces à vivre. Les décisions les plus importantes

¹¹⁰¹ Décret n°2004-287 relatif au conseil de la vie sociale et aux autres formes de participation.

et les plus lourdes financièrement ne relèvent pas du choix des usagers et de leurs représentants. Bien que le conseil de la vie sociale soit le principal moyen de participation¹¹⁰² des usagers dans le fonctionnement de l'établissement, il n'en demeure pas moins qu'il faut en atténuer l'importance. Il conserve toutefois une influence dans la modification des règles de bonne pratique et dans l'approche de la bientraitance puisque le conseil est un lieu d'échanges où peuvent être abordées les habitudes institutionnelles sources d'actes de maltraitance¹¹⁰³.

498. Suppression de leur caractère obligatoire. Les bases de telles instances représentatives et participatives avaient déjà été posées en 1975 par le biais des conseils d'établissement¹¹⁰⁴. L'innovation de la loi de 2002 relève dans la suppression de l'obligation qui était faite aux établissements de mettre en place de tels conseils en fonction du public reçu. La possibilité offerte à certains établissements de ne pas créer d'instances participatives est à la fois salutaire et lâche. Elle est en effet salutaire en ce sens que la présence de certaines personnes au sein d'un tel organe peut parfois s'avérer « contre-productive », comme cela a été souligné par certains personnels de services pour « troubles du comportement » ou pour « les cas sociaux ». Mais, cette faculté a un côté lâche car « *une instance où le conflit peut s'exprimer même de manière vive ou inappropriée a au moins le mérite de ne pas occulter cette expression* »¹¹⁰⁵. Le conflit est aussi une façon de s'exprimer et de faire avancer les choses, ne pas permettre aux usagers de participer à ces instances décisionnelles les priverait de la faculté d'exercer leur liberté d'opinion. Le seul fait que leur état mental ou leur situation soit susceptible d'introduire des débats houleux est-il suffisant pour ne pas instituer de conseils où ils pourraient s'exprimer librement ? La solution de facilité consisterait à répondre par l'affirmative. Il est (trop ?) simple de se réfugier derrière ce genre d'argument pour passer outre des formalités favorisant la prise en charge et l'autonomie des personnes en situation de

¹¹⁰² Il est prévu par le CASF que le conseil de la vie sociale puisse, au cas où il ne pourrait pas être instauré ou que sa mise en place serait trop lourde pour la structure d'accueil, être remplacé par un questionnaire de satisfaction.

¹¹⁰³ Le manque d'accessibilité de certaines pièces de l'établissement, l'insuffisance du nombre de personnels ayant une influence sur l'écoute des résidents ou la distribution de médicaments, la non prise en compte de la douleur ou encore la mise en œuvre de contentions pas toujours justifiées sont autant d'actes maltraitants susceptibles de faire l'objet d'un débat lors d'un conseil de la vie sociale.

¹¹⁰⁴ Article 8 bis de la loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales.

¹¹⁰⁵ M. Lévy, « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité », *RDSS 2002*, p 423.

handicap et donc détruire « *la passerelle entre la direction et les personnes hébergées* »¹¹⁰⁶. Une fois encore l'autonomie n'est que de façade et la dérogation est possible et relativement simple d'accès puisqu'il suffit de mettre en avant que la discussion ne serait que peu utile et à l'origine de violence, verbale notamment, éventuelle.

499. Composition non exhaustive. Outre le problème d'expression lié à l'altération des facultés mentales des représentants des usagers, la plupart des conseils de la vie sociale ne limitent pas leur composition à celle prévue à l'article D311-5 CASF, à savoir : deux représentants des personnes accueillies, un représentant des familles, un représentant du personnel et un représentant de l'organisme gestionnaire. Sur le terrain, il arrive fréquemment que soient associés à ce conseil des élus locaux – un représentant de la mairie au moins – et d'autres personnalités telles que le président de l'association gestionnaire. La présence de ces personnes a très souvent tendance à impressionner les personnes handicapées mentales et à les exclure de la discussion. Le problème réside dans la locution « au moins » qui est utilisée dans le premier alinéa de l'article D311-5 CASF et qui devrait être supprimée ou remplacée par « **limitativement** » ou « **seulement** ». Les personnes accueillies dans la structure s'exprimeraient alors plus facilement, la solennité devenant moins importante et moins pesante pour les représentants des usagers. Le conseil de la vie sociale reprendrait une dimension plus humaine et sa composition limitée favoriserait l'expression des usagers et la remontée d'informations essentielles pour améliorer la prise en charge.

500. Véritable lieu d'échanges ? Question de la valeur de la parole des usagers. Le conseil de la vie sociale constitue un véritable lieu d'échanges entre les divers acteurs de la prise en charge sociale et médico-sociale. Il s'agit d'un organe dont émanent des propositions concrètes visant à améliorer le quotidien des usagers et à mettre en avant leurs principaux besoins. Il participe en outre à l'élaboration ou à la modification du règlement de fonctionnement et du projet d'établissement¹¹⁰⁷, prouvant ainsi « *une opportunité de revitalisation démocratique au sein d'une institution* »¹¹⁰⁸. L'utilisation du terme

¹¹⁰⁶ J. Plantet, « La place de l'utilisateur, une question centrale depuis la loi 2002-2 », *Lien social*, n°742, 24 fév. 2005.

¹¹⁰⁷ Le règlement de fonctionnement définit les droits des personnes accueillies ainsi que les obligations et les devoirs nécessaires au respect des règles de la vie collective. Quant au projet d'établissement, il regroupe les objectifs du service à partir des évaluations des besoins des résidents.

¹¹⁰⁸ C. Etienne, « Les travailleurs sociaux et le conseil de vie sociale en CHRS : vers des approches collectives favorisant l'empowerment des usagers », mémoire de DEA soutenu en nov. 2004.

« démocratique » est appropriée et laisse clairement transparaître la nouvelle place occupée par les usagers dans le système, à savoir qu'ils deviennent des acteurs directs dans la vie institutionnelle. Cette affirmation peut paraître exagérée voire utopiste, mais la ferme volonté de faire participer les usagers et de leur offrir un espace de paroles et d'échanges constructifs et visant à adapter le fonctionnement de l'institution – leur environnement direct – à leurs besoins ne peut être que bénéfique. En outre, cette faculté serait perçue comme un élément déclencheur quant à la participation des usagers dans certains organes dont la finalité est une amélioration du bien-être collectif. Les besoins des usagers deviendraient le fondement et la source des mesures collectives décidées pour améliorer l'organisation et le fonctionnement de l'établissement ou du service, quand bien même il est légitime de se demander si l'importance donnée à la parole des usagers et de leurs représentants aura suffisamment de poids pour imposer de telles modifications.

Cette critique autour de la valeur qui sera réellement donnée à la parole des usagers s'accompagne d'un problème plus profond encore et résidant dans le fait de savoir s'il est vraiment judicieux et utile de se préoccuper de la parole des usagers et s'il ne s'agit pas en réalité d'une situation de *statu quo* caractérisée par l'absence d'une vraie politique.

Toutefois, la réussite de ces conseils de vie sociale n'est pas illusoire et deviendra possible mais elle « suppose un apprentissage de chaque acteur à se confronter à des langages différents »¹¹⁰⁹.

501. Difficultés factuelles. Le contrat de séjour, ou le document individuel de prise en charge selon les circonstances, et le conseil de la vie sociale correspondent à deux outils axés sur la facilitation de l'accompagnement des personnes handicapées mentales accueillies en établissements. Quand bien même la finalité de ces instruments résiderait dans la prise en compte croissante de la volonté de ces personnes, tout n'est pas si simple dans les faits, notamment en raison des interrogations et des doutes qui existent quant à la valeur à donner à la parole des personnes dont les facultés sont le plus gravement altérées. Cependant, la mise en place de tels systèmes démontre la volonté de faire participer tous les citoyens aux décisions les concernant et par voie de conséquence d'adapter l'accompagnement qui leur est reconnu à leurs besoins.

¹¹⁰⁹ J-L. Charlot, « Le Pari De La Participation - Approximation D'une Activité Politique », éd. L'Harmattan, 2006.

Le système d'accompagnement individualisé a été étendu récemment hors des murs des établissements d'accueil et concerne désormais aussi les personnes dont l'altération des facultés provoque un besoin temporaire d'aide dans la gestion des ressources. En ce sens, la loi du 5 mars 2007¹¹¹⁰ a instauré un volet social et un volet judiciaire à l'accompagnement. L'innovation du législateur sur ce point concerne l'apparition de la contractualisation dans le droit des incapacités, que ce soit par l'intermédiaire du mandat de protection future ou de la mesure d'accompagnement social personnalisé qui fait l'objet de l'étude suivante.

B. L'élargissement de l'accompagnement : l'accompagnement dans la gestion des ressources

En 2007, le législateur étend le champ d'application de l'accompagnement et cible plus particulièrement les personnes dont le handicap, surtout mental, se répercute dangereusement sur la gestion de leurs ressources et par conséquent sur leur insertion sociale. Ce nouveau type d'accompagnement se décline en deux mesures affectant à des degrés différents la capacité juridique de la personne et dont la finalité première est le retour vers une autonomie dans la gestion du budget. La condition d'accès à ce type de mesures est moins médicale que celle relative à la protection juridique. Pour bénéficier de telles mesures, il faut recevoir des prestations sociales et que le manque dans la gestion budgétaire mette en danger la santé et la sécurité de la personne. L'accompagnement social, s'il est bien utilisé, « *pourrait permettre d'éviter l'ouverture de 2% des tutelles, 5% des curatelles hospitalières, 10% des sauvegardes de justice, 15% des autres catégories de curatelles et 57% des mesures de tutelles aux prestations sociales* »¹¹¹¹. Ces chiffres sont rendus alors que les anciennes mesures existent encore mais démontrent l'intérêt d'instaurer un accompagnement social organisé et fonctionnel.

¹¹¹⁰ Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, JORF n°56 du 7 mars 2007 p 4325.

¹¹¹¹ A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, op. cit., n°756, p 202. Ces chiffres proviennent de la Direction générales des affaires sociales du ministère de la Santé et figurent dans le rapport n°212 « Richeimont » remis au Sénat en février 2007.

1° Un accompagnement social basé sur le volontariat et le contrat

502. Actualisation des mesures. Le législateur, à travers la loi de 2007, a certes supprimé la curatelle et la tutelle pour prodigalité telles qu'elles existaient antérieurement et qui se heurtaient à la finalité de la loi du 3 janvier 1968 puisqu'il ne s'agissait pas de mesures à visée purement sociale. Mais l'instauration de ces deux mesures aux contours plus sociaux ne met pas réellement fin aux prodiges entendus comme « *celui qui cède à la prodigalité* »¹¹¹², c'est-à-dire « *la tendance à dépenser exagérément* »¹¹¹³. Il se contente simplement de leur donner un statut plus actuel, plus moderne. Les prodiges existent toujours quand bien même la loi cherche à en limiter le nombre ; c'est pourquoi « *il peut apparaître surprenant voire incongru de parler de nouveaux prodiges* »¹¹¹⁴. Ces nouveautés se différencient malgré tout des mesures juridiques existantes car elles poursuivent un but social et éducatif relatif à la gestion des prestations sociales. Par ailleurs, une liste des bénéficiaires des prestations sociales – qui sont les personnes susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'accompagnement – a été établie dans un décret du 22 décembre 2008¹¹¹⁵ entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009. En réalité, cette liste contient 28 catégories de prestations sociales, répertoriées à l'article D271-2 CASF, qui permettent aux bénéficiaires de pouvoir faire l'objet d'un accompagnement social ou judiciaire.

503. Handicap mental et gestion des ressources. Implicitement cela signifie que le handicap mental influe, de manière négative mais naturelle, sur la manière de gérer les ressources, notamment les prestations sociales. Or, ces mesures d'accompagnement sont des rouages pour retrouver une autonomie, sur le plan financier tout du moins. Et la loi du 5 mars 2007 se veut l'instigatrice d'une distinction claire entre les mesures juridiques et les mesures sociales ; ces dernières avalisant les principes directeurs de nécessité, subsidiarité et proportionnalité issus de la loi du 3 janvier 1968. Sur le même modèle que les mesures judiciaires de protection, il existe une graduation dans la mise en œuvre de ces mesures

¹¹¹² G. Cornu, Association Henri-Capitant, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 2008, p 726.

¹¹¹³ G. Cornu, Association Henri-Capitant, « *Vocabulaire juridique* », op. cit., p 726.

¹¹¹⁴ L. Mauger-Vielpeau, « Les destinataires de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 : une loi d'action sociale ? », *RDSS 2008*, n°5, p 809.

¹¹¹⁵ Décret n°2008-1498 du 22 déc. 2008 fixant les listes de prestations sociales mentionnées aux articles L. 271-8 et L. 361-1 du Code de l'action sociale et des familles et à l'article 495-4 du Code civil et le plafond de la contribution des bénéficiaires de la mesure d'accompagnement social personnalisé.

d'accompagnement quand bien même ces dernières n'impliquent aucune incapacité¹¹¹⁶. Le législateur a en outre souhaité que les mesures d'accompagnement, au même titre que les mesures juridiques de protection, soient ponctuelles et temporaires¹¹¹⁷.

504. *Accompagnement social et contractualisation.* La mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) consiste en la conclusion d'un contrat entre le département, plus particulièrement le président du conseil général, et le futur bénéficiaire. Il s'agit donc du prolongement du mouvement de "contractualisation" du secteur social et médico-social amorcé par la loi 2002-2. L'utilisation du contrat comme moyen d'accompagnement permet d'impliquer de manière plus grande la personne dans le processus décisionnel la concernant et, ainsi, de la responsabiliser. En impliquant la personne dans l'organisation de sa prise en charge et en lui demandant de participer à l'élaboration de ses besoins, elle est nécessairement plus responsable. Puisqu'à l'origine de son projet de vie en relatant ses attentes et sa vision de son retour à l'autonomie financière, la personne bénéficiaire a une part de responsabilité dans la réussite ou l'échec de la mesure.

Les dispositions de la loi du 5 mars 2007 prévoyant l'instauration de ce système "contractuel" d'accompagnement social sont des concrétisations de l'apparition du contrat « *dans une sphère qui lui était jusqu'alors interdite : celle des incapacités* »¹¹¹⁸. Cette nouveauté s'explique par la volonté d'adapter les mesures aux besoins de chacun et donc de personnaliser l'accompagnement ou la protection afin de favoriser l'insertion sociale et surtout tenter de rétablir une certaine autonomie financière. Mais la mesure d'accompagnement social personnalisé a une vocation beaucoup plus large et globale en ce sens qu'elle « *est donc conçue comme une coordination des différentes actions existant déjà* » comme le soulignent parfaitement M. Fossier, Mme Pécaut-Rivolier et M. Verheyde¹¹¹⁹. Cette globalité se caractérise par les nombreux domaines qu'englobe l'insertion sociale : il faut en effet entendre tous les aspects de la vie en société, tel le logement, l'accès aux soins,

¹¹¹⁶ A cet égard, l'article 495-3 C. civ. dispose que « *Sous réserve des dispositions de l'article 495-7, la mesure d'accompagnement judiciaire n'entraîne aucune incapacité* ».

¹¹¹⁷ L'alinéa 3 de l'article L271-2 CASF précise que « *le contrat est conclu pour une durée de six mois à deux ans [...]. Il peut être renouvelé [...] sans que la durée totale de la mesure d'accompagnement social personnalisé puisse excéder quatre ans* ».

Relativement à la mesure d'accompagnement judiciaire, l'article 495-8 C. civ. dispose que « *le juge fixe la durée de la mesure qui ne peut excéder deux ans. Il peut [...] la renouveler par décision spécialement motivée sans que la durée totale puisse excéder quatre ans* ».

¹¹¹⁸ A. Bateur, « Contrat et mesures de protection », *JCP N*, n°36, 5 sept. 2008, 1275.

¹¹¹⁹ T. Fossier, L. Pécaut-Rivolier, T. Verheyde, « Réforme des tutelles : la mesure d'accompagnement judiciaire et les mesures administratives d'accompagnement social personnalisé », *AJ Famille* 2007, p 175.

l'emploi... Tous ces domaines disparates sont désormais concentrés, unifiés et abordés par le biais d'une mesure unique, la mesure d'accompagnement social personnalisé.

Originellement conçue comme une mesure purement volontaire et dénuée de toute contrainte, l'accompagnement social personnalisé peut ne pas donner toute satisfaction. Ainsi, il n'est guère évident de croire que, d'elles-mêmes, les personnes vont faire la démarche pour conclure ce contrat. Ceci tendrait en effet à reconnaître une faille dans leur gestion financière susceptible d'avoir une influence sur leur santé ; or, quel adulte, même handicapé, serait enclin à reconnaître ses faiblesses ? Cette démarche peut, selon nous, paraître humiliante ou déshonorante pour les éventuels bénéficiaires des mesures qui connaissent déjà une certaine détresse sociale.

505. *Instauration d'une forme de contrainte par le département.* Une gradation existe dans l'accompagnement social puisque le juge peut autoriser le président du conseil général à exercer une certaine forme de contrainte. En cas de mauvaise exécution du contrat aboutissant à un non-paiement des loyers, le juge peut décider que le département prélèvera le montant du loyer sur les prestations sociales de l'individu afin de le verser directement au bailleur. Cette contrainte a un but préventif : la protection de la santé et de la sécurité de la personne en lui évitant d'être expulsée de son logement. Cet argument prend une valeur particulière en ce qui concerne les personnes en situation de handicap dont l'accès au logement n'est pas toujours aisé. Ce moyen de pression, ouvert au président du conseil général, n'est en réalité qu'une étape intermédiaire dans l'accompagnement des personnes bénéficiaires de prestations sociales. En effet, en cas d'échec de cette première mesure, il est possible de mettre en œuvre une mesure plus contraignante : la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ).

2° Un encadrement judiciaire de l'accompagnement

506. *Remplacement de la tutelle aux prestations sociales.* La mesure d'accompagnement judiciaire, bien que sans incidence sur la capacité de la personne, demeure plus contraignante que la mesure d'accompagnement social personnalisé ; plus contraignante tout d'abord parce qu'elle ne correspond plus à une mesure contractuelle mais qu'elle est imposée, plus contraignante aussi parce qu'elle fait intervenir une personne extérieure : le mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

La nouvelle mesure, instaurée pour remplacer la tutelle aux prestations sociales adultes, s'avère en réalité plus indépendante et plus formalisée. Le principal changement dans la procédure réside dans l'obligation d'auditionner le majeur avant d'ouvrir définitivement la mesure. Contrairement à la précédente, la mesure d'accompagnement judiciaire, qui fait suite à l'échec ou à l'insuffisance de l'accompagnement social personnalisé, ne peut être ouverte en parallèle d'une mesure juridique de protection (sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle). Les principes de subsidiarité et de nécessité réaffirmés par le législateur sont une nouvelle fois mis en avant puisque la mesure d'accompagnement judiciaire, non incapacitante, est mise en place prioritairement. Cette incompatibilité trouve sa source dans la volonté du législateur de « rompre avec ce que les praticiens appelaient le "doublon" »¹¹²⁰ qui, non seulement poursuivait un but trouble et obscur – « financer artificiellement certaines mesures de tutelle ou de curatelle assumées par des associations tutélaires »¹¹²¹ –, mais ne permettait pas de dessiner une frontière entre la dimension sociale et la dimension juridique de la protection des personnes.

507. *Accroissement de la contrainte par rapport à l'accompagnement social.* Si elle ne prive pas la personne de sa capacité juridique, cette mesure est néanmoins plus contraignante que la MASP. Cette contrainte se ressent d'abord par les formalités de mise en œuvre et les acteurs qui jouent un rôle. L'insuffisance de la MASP est constatée par le président du conseil général qui transmet un rapport au procureur de la République, ce dernier décidant de la suite à donner à cette demande. Il a notamment la possibilité de saisir le juge des tutelles dans le but d'ouvrir une mesure d'accompagnement judiciaire ou une mesure juridique de protection en fonction des besoins de la personne et de l'état de ses facultés. Cette mesure dispose en outre d'un encadrement juridique plus formalisé que la MASP et fait intervenir des acteurs plus nombreux parmi lesquels le procureur de la République dont le rôle est essentiel dans la mise en place des mesures d'accompagnement judiciaire puisqu'il est le relais entre le

¹¹²⁰ T. Fossier, L. Pécaut-Rivolier, T. Verheyde, « Réforme des tutelles : la mesure d'accompagnement judiciaire et les mesures administratives d'accompagnement social personnalisé », art. préc.

¹¹²¹ T. Fossier, « Le remplacement de la tutelle aux prestations sociales par la mesure de gestion budgétaire et sociale et la mesure d'accompagnement spécifique », *JCP N*, n°14, avril 2006, 1151.

département et le juge des tutelles¹¹²². Par conséquent, la nouvelle législation « *fait apparaître deux acteurs clés : le président du conseil général et le procureur de la République* »¹¹²³.

508. Recours au mandataire judiciaire à la protection des majeurs. La mesure d'accompagnement judiciaire nécessite en outre l'intervention d'un professionnel extérieur en charge de la gestion des prestations sociales : il s'agit du mandataire judiciaire à la protection des majeurs qui devient le professionnel de la gestion en lieu et place de l'Etat ou de ses services et qui secondera la famille en cas de besoin ou d'absence. A terme, il conviendra de rester attentif à ce que les mandataires judiciaires n'empiètent pas de manière trop large sur les missions qui pourraient être accordées à la famille dont le législateur a souhaité qu'elle soit prioritaire dans la protection des majeurs. Ainsi, un majeur marié devra prioritairement être protégé par les régimes matrimoniaux et son conjoint si cette protection est suffisante. Il y aura recours au professionnel de la protection pour les cas les plus compliqués et les plus lourds. Le devoir d'assistance qui incombe aux conjoints peut naturellement englober la gestion des ressources et des prestations sociales.

A ce stade, un éclairage terminologique s'impose quant à l'utilisation du terme « mandataire » qui, comme le souligne M. le Professeur Malaurie¹¹²⁴, est inadéquat car, en matière d'accompagnement social, il n'est pas question de représentation¹¹²⁵. Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs exerce alors principalement une mission d'aide à la gestion et une mission éducative afin que le bénéficiaire de la mesure retrouve une certaine autonomie sur le plan financier. Il est clair que la volonté du législateur était de mettre fin aux abus relatifs aux ouvertures de tutelles, comprenant aussi les tutelles aux prestations sociales. Le souhait de la loi de 2007 était de rendre ce système plus souple, en évitant notamment le recours à la représentation. Il eut donc sans doute été plus judicieux d'adopter une terminologie différente qui ne puisse être rapprochée de la notion de représentation.

509. Retour à une autonomie budgétaire. La finalité de ces mesures d'accompagnement réside dans le retour espéré à une autonomie financière par le biais d'une aide à la gestion des

¹¹²² L'article L271-6 CASF dispose, en son alinéa 2, que « *Si, au vu de ces éléments, le procureur de la République saisit le juge des tutelles aux fins du prononcé d'une sauvegarde de justice ou de l'ouverture d'une curatelle, d'une tutelle ou d'une mesure d'accompagnement judiciaire, il en informe le président du conseil général* ».

¹¹²³ Y. Favier, « Les mesures d'accompagnement des personnes vulnérables : nouvelles "tutelles sociales" ? », *Droit et patrimoine*, 2009, p 180.

¹¹²⁴ P. Malaurie, « Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs », *Defrénois*, 6^{ème} éd., 2012, n°758.

¹¹²⁵ Cf. *supra*. n°504.

prestations sociales. Pour atteindre ce but, l'intervention d'une tierce personne, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, est souvent indispensable. L'autonomie éventuelle retrouvée par le bénéficiaire de la mesure implique paradoxalement la présence d'une personne extérieure alors justement que l'autonomie devrait tendre vers une plus grande indépendance. Pour aboutir, ou tenter d'aboutir, à une autonomie complète de la personne en matière financière, il est indispensable de passer par cette phase d'accompagnement faisant intervenir un accompagnant. La mesure, *a priori* restrictive d'autonomie, est en réalité un élément essentiel en vue d'un éventuel retour vers une gestion propre et personnelle des prestations sociales.

510. Utilité surtout pour les majeurs sans protection juridique. Bien que ne se caractérisant que par de l'aide – et pas d'assistance ou de représentation –, les mesures d'accompagnement ne sont que très peu protectrices des intérêts de la personne. Elles peuvent en ce sens paraître inappropriées en ce qui concerne les personnes les plus vulnérables¹¹²⁶ ; toutefois, l'accompagnement s'avère utile dans le cadre de majeurs en situation de handicap mental mais qui ne disposeraient d'aucune mesure juridique de protection. Les majeurs qui seraient placés sous curatelle ou sous tutelle sont ceux dont les facultés intellectuelles sont les plus durement atteintes, Il n'y a donc aucun intérêt à ce qu'ils bénéficient d'une MAJ avant la mise en place d'une mesure judiciaire plus contraignante. De toute façon, l'ouverture d'une mesure judiciaire emporte des conséquences plus larges que dans le cas de la MAJ, et la grande majorité des actes ne pourront plus être accomplis par la personne seule. Les MAJ trouvent donc à s'appliquer plus particulièrement aux personnes handicapées qui ne sont pas judiciairement protégées.

Dans ce cadre, il serait certainement intéressant de créer un lien fort entre les hôpitaux spécialisés qui accueillent des personnes en situation difficile et le juge des tutelles qui décide de l'ouverture des mesures. Ces hôpitaux reçoivent des majeurs qui ne font l'objet d'aucune mesure de protection mais dont les facultés intellectuelles sont altérées et qui peuvent se mettre en danger, notamment en ne gérant pas correctement leurs ressources. Pourquoi, dans cette hypothèse, ne pas faire appel aux assistantes sociales qui serviraient de relais dans la remontée des besoins de la personne pour la mise en œuvre éventuelle d'un accompagnement.

¹¹²⁶ Argument avancé par L. Pécaut-Rivolier dans son ouvrage « Protéger un majeur vulnérable », éd. Delmas, 1^{ère} éd. 2010, p 233.

Par conséquent, les mesures d'accompagnement s'appliquent certes à un public plus restreint que la protection juridique mais elles trouvent leur intérêt en tant que complément de mesures plus contraignantes ; « *la ligne de partage ainsi établie n'est pas réellement étanche* »¹¹²⁷ mais la réaffirmation des principes directeurs de 1968 offrent une graduation dans la protection et le passage du pan social au pan juridique ne se fait qu'en cas de besoin. Le recours aux mesures juridiques de protection n'est que subsidiaire par rapport à la mise en œuvre d'une mesure sociale qui permet de lutter contre les dangers pour la santé ou la sécurité¹¹²⁸ de la personne du fait d'une mauvaise gestion de ses ressources.

511. Améliorer la vision de l'accompagnement. Le développement des mesures "contractuelles" permet non seulement une plus grande implication de l'utilisateur en tant qu'acteur des décisions le concernant, notamment en ce qui concerne l'accompagnement, mais aussi une responsabilisation accrue de celui-ci qui était jusqu'alors trop souvent marginalisé. Cette démarche est source d'adaptation et d'individualisation dans la prise en charge en fonction des besoins émis par les personnes elles-mêmes et, comme le résumait très justement deux notaires, « *l'aide sociale ne doit plus toujours être une aide sociale subie, mais une aide choisie* »¹¹²⁹. Cela permet en outre de faire évoluer la perception de ces mesures de façon positive en ce sens qu'elles ne sont plus imposées mais décidées plus conjointement. Ce changement de vision dans la prise en charge des personnes en difficulté permettra certainement de donner une image moins négative et moins cloisonnée de la protection. C'est pourquoi des guichets servant de guides pour les usagers ont été institués : il s'agit des maisons départementales des personnes handicapées. Ils leur permettent d'être orientés clairement et précisément vers les moyens existant pour compenser leur handicap et subvenir de manière optimale à leurs besoins.

¹¹²⁷ V. Mikalef-Toudic, « Une volonté certaine de contractualisation », *RDSS 2008*, n°5, p 814.

¹¹²⁸ L'article L271-1 CASF précise en effet que « *toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par des difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources* ».

¹¹²⁹ J-E. Garonnaire et F. Picot, « Regard notarial sur la mesure d'accompagnement social et la mesure d'accompagnement judiciaire », *Droit et patrimoine*, 2008, p 169.

§2) La mise en place de guichets pour un accompagnement facilité

Dans le prolongement de la loi du 2 janvier 2002¹¹³⁰ qui instaurait déjà la participation des usagers quant à leurs choix de vie, des organes ont été créés en 2004 et en 2005 afin de faciliter l'insertion des personnes en situation de handicap dans la société et de les placer au centre du processus décisionnel les concernant. La finalité poursuivie réside dans la volonté de ne pas laisser la personne en situation de handicap seule dans les diverses démarches et dans les projets à venir. Il s'agit par conséquent de la première étape dans l'accompagnement social des personnes handicapées en ce sens que les nouveaux organes constitueront des lieux de conseils et d'échanges. Ces derniers sont plus particulièrement la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie, les maisons départementales des personnes handicapées et les commissions des droits pour l'autonomie des personnes handicapées.

A. La Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie

512. *Evolution de la place de cet organe.* Les développements suivants vont permettre d'utiliser le vocable « autonomie » qui figure dans les noms de certains organes ayant un rôle important dans la vie des personnes en situation de handicap. Peu avant la loi du 11 février 2005 sur l'égalité des chances¹¹³¹, il avait été créée la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA)¹¹³², établissement public dont les missions ont été précisées et surtout renforcées par la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances. La mission première de cet organe administratif était le financement de l'accompagnement des personnes en perte d'autonomie, que ce soit les personnes âgées ou les personnes handicapées.

Mais au fur et à mesure des évolutions législatives, la CNSA a pris une place de plus en plus importante dans l'accompagnement du handicap et sa compensation, à tel point qu'elle est aujourd'hui « *l'opérateur unique des actions menées en faveur de la lutte contre la perte d'autonomie* »¹¹³³. Cette caisse est devenue la pierre angulaire du système de compensation et

¹¹³⁰ Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JORF du 3 janvier 2002, p 124.

¹¹³¹ Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n°36 du 12 fév. 2005, p 2353.

¹¹³² Loi n°2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées, JORF n°151 du 1^{er} juil. 2004, p 11944.

¹¹³³ S. Milano, « La loi du 11 février 2005 : pourquoi avoir réformé la loi de 1975 ? », *RDSS 2005*, p 361.

d'accompagnement du handicap qui est instauré depuis 2005 et qui voit les instances décisionnaires plus proches des personnes auxquelles elles s'adressent puisque le département devient le siège du système. Toutefois, cette proximité géographique et décisionnelle fait l'objet de débats quant à son caractère réel et judicieux, chaque département n'étant pas uniforme relativement à sa superficie ou à sa facilité d'accès et de circulation. En outre, la notion de proximité diffère d'une personne à une autre et il est plus commun d'admettre qu'elle se caractérise au plan communal. Malgré tout, la décentralisation au niveau départemental¹¹³⁴ traduit une volonté de rapprochement envers les usagers quand bien même l'Etat resterait le garant du bon fonctionnement de ce nouveau système.

513. *Prévenir plutôt que guérir ?* La mise en place d'une telle Caisse démontre que les pouvoirs publics ont conscience de la réduction de l'autonomie du fait de l'altération de certaines facultés. Cependant, aucune définition de l'autonomie n'est précisée et le traitement de sa perte devrait, selon nous, se faire beaucoup plus tôt, plus en amont en instaurant au plus tôt un accompagnement social et en évitant l'isolement des personnes en difficulté. Dès lors, la famille aurait un rôle crucial à jouer et, si elle est défaillante ou absente, elle pourrait être suppléée par des associations comme la Croix rouge dont certains membres suivent des formations pour éviter l'isolement des personnes. Ces bénévoles constitueraient un relais important de l'information des besoins des majeurs en difficulté qu'ils rencontrent et auraient la possibilité d'intervenir dans la procédure d'ouverture des mesures.

La véritable question à se poser n'est pas tant de savoir comment compenser cette perte d'autonomie, mais plutôt de savoir s'il est judicieux de donner cette autonomie, cette indépendance aux personnes dont les facultés intellectuelles sont vraiment atteintes. Peut-être est-il souhaitable de prévenir plutôt que de tenter de guérir. La finalité est tout à fait compréhensible, mais le problème qui va se poser est celui d'un éventuel retour au point de départ à cause d'une mauvaise gestion des ressources due par exemple à l'aggravation de l'état des facultés mentales de la personne. La solution serait peut-être de ne pas leur rendre une autonomie complète qui risquerait de leur être nuisible.

¹¹³⁴ La départementalisation de l'aide sociale débute avec la loi n°83-663 du 22 juillet 1983 qui donne au département le pouvoir de gérer ce qui a trait à l'aide sociale générale, l'aide sociale à l'enfance et la gestion de l'allocation personnalisée d'autonomie ; mais une étape importante est survenue en 2004 lorsque le législateur précise, par le biais de la loi n°2004-809 relative aux libertés et responsabilités locales, que le département devient le principal acteur en ce qui concerne l'action sociale.

B. Les maisons départementales des personnes handicapées

514. *Contexte de l'apparition de ces guichets.* L'accessibilité dans les divers domaines précédemment cités et l'accompagnement des personnes sont favorisés du fait de l'instauration des guichets uniques, permettant aux personnes en situation de handicap d'être aiguillées et orientées en fonction de leur état de dépendance et du degré d'altération de leurs facultés. Ces organes, plus particulièrement les maisons départementales pour les personnes handicapées et les commissions des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, apparaissent en 2005 suite à une loi du 11 février¹¹³⁵. Il semble que ce soit des innovations importantes et efficaces puisque, malgré le fait que les maisons départementales des personnes handicapées soient « *pénalisées par l'instabilité de leurs moyens financiers et de leurs personnels* »¹¹³⁶, elles remplissent correctement les missions qui leur ont été attribuées selon l'étude menée par la Commission des affaires sociales du Sénat. L'instauration de ces nouveaux organes permet une meilleure orientation des personnes en situation de handicap et leur facilite l'accès à diverses sources d'informations, ce qui est le prolongement de la volonté du législateur dès 2002 puis 2004 en matière de rénovation de l'action sociale et de la création de la CNSA. Ces avancées expriment clairement l'idée selon laquelle il est nécessaire de faire participer les usagers et de les intégrer dans le processus de décision en ce qui concerne leur projet de vie.

Si la CNSA est « *la pièce maîtresse de la nouvelle architecture du dispositif pour l'accompagnement du handicap et de la perte d'autonomie* »¹¹³⁷, les maisons départementales et les commissions de droits et de l'autonomie sont de parfaits relais locaux dans la chaîne de la prise en charge des personnes handicapées.

Les maisons départementales des personnes handicapées, dont le fonctionnement est prévu à l'article 64 de la loi du 11 février 2005, permettent aux personnes en situation de handicap de disposer d'une meilleure lisibilité puisqu'elles regroupent les moyens – humains et matériels – nécessaires à une complète prise en charge des usagers. Ce même article précise les missions confiées aux MDPH et il s'agit « *d'une mission d'accueil, d'information, d'accompagnement et de conseil des personnes handicapées et de leur famille [...]* ».

¹¹³⁵ Loi n°2005-102 du 11 février 2005 préc.

¹¹³⁶ Expression de la Commission des affaires sociales du Sénat employée dans le bilan de l'activité des MDPH et reprise par C. Biget, « Des propositions en faveur des maisons départementales des personnes handicapées », *AJDA* 2009, p 1345.

¹¹³⁷ A. Triomphe, « La compensation du handicap dans la loi du 11 février 2005 : du mythe à la réalité », *RDSS* 2005, p 371.

515. Personnalisation toujours plus grande de la prise en charge. La première étape de la prise en charge du handicap réside dans l'évaluation de l'altération des facultés par une équipe pluridisciplinaire¹¹³⁸ qui sera ensuite chargée de préparer un projet de vie le plus adapté possible aux besoins reconnus à l'usager. Etant sous la tutelle des départements, les maisons des personnes handicapées constituent des guichets non seulement uniques mais surtout de proximité, ce qui permet un traitement plus adéquat des besoins de chacun et la délivrance de conseils les plus précis possible. Puisqu'à l'origine du plan personnalisé de compensation, la MDPH a un rôle très large car c'est elle qui gère les attributions de prestations, l'éventuelle orientation scolaire ou encore l'orientation médico-sociale ou professionnelle.

De plus, les décisions finales, qu'elles soient financières ou juridiques, relèvent des MDPH ; c'est pourquoi le projet de vie élaboré par l'équipe pluridisciplinaire « *en tenant compte des souhaits de la personne handicapée* »¹¹³⁹ et l'évaluation médicale initiale doivent être très précis et personnalisés. La finalité de ces groupements d'intérêt public est la compensation du handicap en permettant aux usagers une intégration maximale dans la société et dans la vie sociale que ce soit par le biais de la scolarité, de l'emploi ou encore de l'accès aux soins. Voilà pourquoi il est indispensable de rendre les bâtiments et les informations accessibles par tous et les maisons des personnes handicapées seront le support de la mise aux normes en ce qui concerne l'accessibilité.

516. Renforcement du statut mais obstacles de personnel et financiers. Le fonctionnement des MDPH a récemment fait l'objet de modifications afin de les rendre encore plus efficaces. Le 28 juin 2011, le Sénat a adopté une proposition de loi sur l'amélioration du fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives aux politiques du handicap¹¹⁴⁰. Le principal objectif de cette proposition

¹¹³⁸ Sa composition est prévue à l'article R146-27 du Code de l'action sociale et des familles (issu du décret n°2005-1587 du 19 déc. 2005 relatif à la maison départementale des personnes handicapées et modifiant le Code de l'action sociale et des familles) : « [...] *professionnels ayant des compétences médicales ou paramédicales, des compétences dans les domaines de la psychologie, du travail social, de la formation scolaire et universitaire, de l'emploi et de la formation professionnelle* »

¹¹³⁹ Expression tirée de l'article 1 du décret n°2005-1587 du 19 déc. 2005 relatif à la maison départementale des personnes handicapées et modifiant le Code de l'action sociale et des familles, JORF n°295 du 20 déc. 2005, p 19589. Elle a ensuite été codifiée à l'article R 146-28 du Code de l'action sociale et des familles.

¹¹⁴⁰ La proposition de loi est l'œuvre du sénateur P. Blanc qui la dépose au Sénat pour première lecture le 22 décembre 2009 et qui sera finalement adoptée le 28 juin 2011 en deuxième lecture et sans modification. La loi n°2011-901 tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et

de loi réside dans la volonté de renforcer le statut des MDPH pour leur permettre un fonctionnement plus fluide et donc un meilleur accompagnement des usagers. Deux problèmes principaux empêchaient le bon fonctionnement des maisons départementales : le premier est lié au personnel qui s'avérait parfois en nombre insuffisant alors que le second concerne plutôt le volet financier.

Relativement au personnel, il a été décidé de modifier le statut des personnels tout en prenant en compte des revendications émises par certaines maisons départementales qui ne souhaitent pas devenir elles-mêmes employeurs à la place de l'Etat. C'est pourquoi il a été décidé que la mise à disposition des fonctionnaires de l'Etat soit prolongée et passe de trois à cinq ans avec en outre un délai de préavis étendu de trois à six mois. Ce changement permet d'intégrer du personnel pour des périodes plus longues et de pallier un certain manque d'effectif néfaste pour le fonctionnement normal et optimal des maisons départementales. Le fait de conserver des fonctionnaires de l'Etat à côté des associations représentatives permet de respecter « *le principe fondateur des MDPH qui était double : [...] mettre l'utilisateur au centre du dispositif [...] et maintenir la présence de l'Etat* »¹¹⁴¹. Cette dualité dans la composition de ces institutions démontre la volonté de l'Etat de prendre en compte l'avis et les remarques des usagers et des personnes concernées en travaillant main dans la main avec eux, processus décisionnel partagé engagé depuis 2002 et la loi du 2 janvier rénovant l'action sociale et médico-sociale. Cette loi est le véritable point de départ de la participation des usagers dans le dispositif : cela se traduit par la création des conseils de vie sociale qui doivent se réunir au moins une fois par trimestre dans les établissements sociaux et médico-sociaux et dans lesquels des représentants des usagers siègent ou encore par la "contractualisation" des rapports par l'intermédiaire des contrats de séjour et des documents individuels de prise en charge qui nécessitent la signature de la personne concernée.

Parallèlement à l'instauration de la démocratie sanitaire par le biais de la loi dite Kouchner du 4 mars 2002¹¹⁴² qui place le patient au centre du processus décisionnel, le monde social et médico-social prévoit le même système dans la loi du 2 janvier 2002¹¹⁴³. Il existe alors une volonté ferme de donner une importance plus grande au patient, au résident ou à l'utilisateur. Le

portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap est promulguée le 28 juillet 2011 et publiée au JO n°0175 du 30 juillet 2011.

¹¹⁴¹ C. Dupré, « Les maisons départementales des personnes handicapées, 5 ans après la loi du 11 février 2005 », *JCP A* n°6, 8 fév. 2010, 2053.

¹¹⁴² Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002.

¹¹⁴³ Loi n°2002-2 du 2 janv. 2002 rénovant l'action sociale dont les retombées médiatiques ont été très limitées par rapport à celles de la loi précédente bien que les droits affirmés dans chacune d'elles soient proches.

patient, lorsqu'il a toutes ses facultés intellectuelles et que son état le permet, est co-décideur avec le médecin pour chaque décision le concernant. Relativement aux personnes handicapées mentales, il était beaucoup plus délicat d'obtenir de leur part un consentement libre, condition essentielle pour qu'un traitement soit envisagé. Par conséquent, le moyen envisagé pour permettre aux usagers des services sociaux et médico-sociaux de participer à leur prise en charge et à leur traitement consiste en la conclusion de "contrats" et l'instauration des conseils de la vie sociale qui sont théoriquement un lieu d'échanges et d'expression.

517. Freins financiers. En ce qui concerne « *le déficit de visibilité, notamment financière, à moyen et long terme* »¹¹⁴⁴ touchant les maisons départementales, la proposition de loi a éclairci les choses en les encadrant et en les institutionnalisant davantage. Désormais, les objectifs et les moyens mis en œuvre pour les atteindre vont faire l'objet de conventions trisannuelles entre les maisons départementales, la CNSA, l'Etat et les départements¹¹⁴⁵. L'Etat qui se montrait « *défaillant dans ses engagements* »¹¹⁴⁶ ne pourra échapper à sa contribution financière comme cela avait été le cas depuis 2006 et l'entrée en vigueur des MDPH¹¹⁴⁷. Le problème est que l'Etat pourrait trouver un prétexte dans la crise économique qui touche le pays pour limiter ses subventions, tandis que la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie s'investit de plus en plus largement puisqu'elle a doublé sa participation entre 2006 et 2009¹¹⁴⁸.

L'expérience dira si ces modifications apportées au texte initial concernant le fonctionnement des maisons départementales pour les personnes handicapées s'avèrent bénéfiques pour la qualité de l'accueil des usagers. Elles pourraient ainsi jouer pleinement leur rôle de guichet unique et servir de première marche à l'autonomie des personnes handicapées. L'organisation et les missions qui leur sont confiées font des MDPH des institutions capables de donner aux personnes en situation de handicap la meilleure orientation possible ce qui influencerait naturellement, et certainement de manière positive,

¹¹⁴⁴ R. Grand, « Adoption définitive de la loi réformant la politique du handicap », *AJDA* 2011, p 1300.

¹¹⁴⁵ L'article 4 de la proposition de loi précise en effet que « *La convention pluriannuelle détermine pour trois ans les missions et objectifs assignés à la maison départementale des personnes handicapées, ainsi que les moyens qui lui sont alloués pour les remplir* ».

¹¹⁴⁶ C. Dupré, « Les maisons départementales des personnes handicapées, 5 ans après la loi du 11 février 2005 », art. préc.

¹¹⁴⁷ Christine Dupré relate dans son article que l'association des directeurs de MDPH estime, en 2009, à 34 millions d'euros la dette cumulée de l'Etat depuis l'entrée en vigueur des MDPH.

¹¹⁴⁸ La CNSA versait 30 millions d'euros en 2006 et 60 millions en 2009.

l'exercice d'une certaine autonomie et des droits qui leur sont reconnus et qui rendent les personnes indépendantes.

C. Les commissions des droits pour l'autonomie des personnes handicapées

518. *Remplacement des COTOREP.* En réalité, la maison départementale des personnes handicapées est un organe qui en abrite d'autres : outre l'équipe pluridisciplinaire dont il a été question précédemment, c'est aussi en son sein que l'on retrouve la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) qui « décide ensuite de l'attribution de l'ensemble des droits de la personne handicapée »¹¹⁴⁹. Dans les faits, ces commissions sont celles qui, depuis le 1^{er} janvier 2006, remplacent les commissions techniques d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) et les commissions départementales d'éducation spéciale (CDES). Les CDAPH ont un rôle essentiel concernant l'orientation, qu'elle soit scolaire pour les plus jeunes ou professionnelle pour les personnes handicapées en âge de travailler. Il s'agit par conséquent d'un tremplin essentiel pour la participation à la vie de la société des personnes handicapées, notamment en situation de handicap mental.

519. *Evaluation de l'état de la personne.* Les CDAPH ont plusieurs missions diverses dont le point commun est le respect et la garantie des droits de la personne. Le point de départ de l'activité des CDAPH est toujours le même, à savoir la reconnaissance du handicap et l'évaluation d'un taux d'incapacité ce qui débouche sur la délivrance de la carte d'invalidité¹¹⁵⁰. L'évaluation de l'invalidité et l'estimation du taux par la commission s'accompagnent de l'attribution de différentes aides financières en fonction des besoins de la personne afin de compenser au mieux son handicap. Ces aides diffèrent selon que le bénéficiaire est un enfant ou un adulte : il s'agit dans le premier cas de l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé et dans le second cas de l'allocation aux adultes handicapés. La décision finale du versement d'une telle aide revient aux commissions après

¹¹⁴⁹ L. Benali, M. Marchand, S. Gromb, « Droit et autonomie des personnes handicapées », *Médecine & Droit* 2009, p 13 à 16.

¹¹⁵⁰ Voir en ce sens : V. Gang Vu, « Les prestations sociales offertes aux handicapés », *Journal de médecine légale, Droit médical, victimologie, dommage corporel*, 1^{er} juill. 2009, n°5, 6, 7, 8, p 159 ; D. Asquinazi-Bailleux, « Reconnaissance d'une maladie hors des tableaux de maladies professionnelles », *JCP S*, 9 oct. 2012, n°41, p 37 ; M. Caron et P-Y. Verkindt, « Inaptitude, invalidité, handicap : l'image du manque en droit social », *RDSS*, 1^{er} sept. 2011, n°5, p 862 ; T. Tauran, « Les incertitudes sur le concept d'invalidité », *RDSS*, 1^{er} nov. 2008, n°6, p 1129 ; S. Milano, « Parachever la réforme de l'AAH », *RDSS*, 1^{er} janv. 2008, n°1, p 148.

qu'elles aient pris en compte l'état des facultés de chacun et adapté au mieux les besoins nécessaires pour y remédier.

520. AAH : taux d'incapacité et montant. L'AAH¹¹⁵¹ est une allocation dont le versement est soumis à différentes conditions et qui doit permettre de faire face aux dépenses courantes puisque sa finalité première est d'assurer un revenu minimal à son bénéficiaire. Cependant, pour y avoir droit, il existe des conditions liées au handicap (plus précisément au taux d'incapacité), de résidence et de nationalité, d'âge et de ressources. Le montant maximal de cette allocation a été revalorisé par un décret du 13 avril 2012¹¹⁵² et porté à 776,59 euros pour les versements postérieurs au 1^{er} septembre 2012. En outre, pour les personnes handicapées dans l'impossibilité de travailler, il est versé un complément de ressources à hauteur de 179,31 euros qui n'est que temporaire. Il est en effet suspendu dès lors que la personne fait un séjour en établissement supérieur à 60 jours, qu'elle retrouve un emploi ou qu'elle atteint l'âge de 60 ans. Peut enfin s'ajouter, pour les handicaps les plus graves, la majoration pour vie autonome dont le montant s'élève jusqu'à 104,77 euros tous les mois.

Le point de départ est l'évaluation du taux d'incapacité car des seuils ont été fixés pour bénéficier de cette aide : l'AAH est attribuée en principe à toute personne dont le taux d'incapacité est supérieur à 80%¹¹⁵³. Mais le versement peut être décidé pour des personnes dont le taux d'incapacité est compris entre 50 et 79%¹¹⁵⁴ si elles connaissent de graves restrictions dans l'accès à l'emploi du fait de leur handicap et si elles ont moins de 60 ans. En l'absence d'emploi, ou devant la difficulté de retrouver un emploi, la personne en situation de handicap peut connaître de graves difficultés financières ; c'est pour cela que la commission peut décider de lui ouvrir le droit au versement de cette allocation alors même que le taux

¹¹⁵¹ Voir en ce sens : « Réforme de l'allocation aux adultes handicapés », *JCP G*, 10 mai 2010, n°19, p 1013 ; J. Massip, « Eléments à prendre en compte pour fixer le montant d'une prestation compensatoire », *LPA*, 11 mars 2010, n°50, p 12 ; T. Garé, « L'allocation aux adultes handicapés peut être prise en compte au titre de la prestation compensatoire », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2009, n°08-17609, *RJPF*, 1^{er} oct. 2010, n°1, p 25 ; Y. Dagonne-Labbé, « La condition de ressources du demandeur de l'AAH », note sous Cass. civ. 2^{ème}, 25 oct. 2006, n°05-10624, *D.*, 1^{er} févr. 2007, n°5, p 358.

¹¹⁵² Décret n°2012-486 du 13 avril 2012 relatif à la revalorisation de l'allocation aux adultes handicapés, *JORF* 15 avril 2012, p 6915.

¹¹⁵³ Ce taux correspond au passage à la forme sévère, quatrième et avant dernière forme de sévérité reconnue dans l'annexe 1 du décret n°2007-1574 du 6 novembre 2007. Dès lors que ce taux est atteint, la personne doit faire l'objet d'une aide, totale ou partielle, pour tous les actes de la vie quotidienne comme se laver, s'habiller ou se déshabiller, se repérer dans l'espace...

¹¹⁵⁴ Ce taux correspond à la forme importante de sévérité reconnue dans l'annexe 1 du décret n°2007-1574 du 6 novembre 2007 précédemment cité. Il correspond à l'apparition de troubles provoquant une gêne notable dans la vie sociale, particulièrement la recherche ou la conservation d'un emploi, de la personne sans toutefois nécessiter d'aide dans les actes de la vie quotidienne.

d'incapacité normalement requis ne serait pas atteint. Reste à savoir à partir de quand une restriction est suffisamment grave, substantielle, pour ainsi donner lieu au versement de l'allocation. Se pose aussi le problème du moment où le taux d'incapacité doit être évalué afin de voir s'il ouvre la possibilité de recevoir l'AAH. Est-ce la date à laquelle les juridictions sont saisies (date de la demande) ou celle à laquelle elles se prononcent ? L'état de la personne peut s'aggraver entre ces moments et le taux peut varier. La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, affirmé que le taux d'incapacité devait être déterminé et fixé au jour de la demande et non au jour de l'audience¹¹⁵⁵.

521. AAH : conditions d'accès. Pour être bénéficiaire de l'AAH, il faut être âgé d'au moins 20 ans et le versement se termine en principe dès l'âge légal de départ à la retraite¹¹⁵⁶. Le versement de l'allocation pour adulte handicapé concerne les personnes en âge d'exercer une profession. Il s'agit donc d'une indemnité compensatrice de l'absence de revenus professionnels.

Pour espérer bénéficier d'une telle allocation, il est nécessaire d'habiter de manière habituelle en France métropolitaine (ou dans les DOM et Mayotte). Concernant les personnes de nationalité étrangère (hors espace économique européen), elles doivent présenter un titre de séjour valable pour être candidat au versement de l'AAH.

Enfin il existe une condition relative aux ressources de la personne ou du couple demandeur de l'AAH. Pour une personne seule, le plafond des ressources pour obtenir l'AAH est de 8731,32 euros, plafond qui est logiquement doublé en cas de vie en couple. Il est à noter que ce seuil peut être majoré lorsque des enfants sont à charge. Il peut être décidé de donner l'autorité parentale à des personnes souffrant de troubles mentaux plus ou moins importants : ainsi, la Cour d'appel de Rouen, dans un arrêt du 7 avril 2011¹¹⁵⁷, décide de donner l'exclusivité de l'autorité parentale à une mère atteinte de graves troubles mentaux et incapable dans un souci de protection de l'intérêt de l'enfant. Ce dernier n'avait pas vu son père, étranger en situation irrégulière, avant l'âge de six ans. Et le père a tenté de profiter de la vulnérabilité de la mère en souhaitant l'épouser pour obtenir une régularisation de sa situation et la garde de l'enfant. Les juges ont privilégié l'intérêt de l'enfant et octroyé à la mère,

¹¹⁵⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2011, n°10-27908, Cass., civ. 2^{ème}, 7 juil. 2011, n°10-23301, Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n°10-16800.

¹¹⁵⁶ Toutefois, un complément AAH peut être versé aux personnes dont le taux d'incapacité dépasse 80% et qui auraient atteint l'âge légal de départ à la retraite lorsque leur retraite est inférieure au minimum vieillesse comme cela est prévu à l'article L821-1 Code de la Sécurité sociale.

¹¹⁵⁷ CA Rouen, ch. de la famille, n° 10/02343, 7 avril 2011.

pourtant incapable, l'autorité parentale. Ce cas, bien qu'il demeure relativement exceptionnel, démontre que l'incapacité n'est pas systématiquement synonyme d'exclusion de l'autorité parentale mais que l'intérêt de l'enfant peut autoriser des exceptions. Cette solution démontre la volonté des juges de protéger les enfants d'un parent qui pourrait être manipulateur. Mais en approfondissant l'analyse, nous pouvons préciser que dans certains cas l'autorité parentale peut être exercée par des majeurs dont les facultés seraient altérées dès lors que l'intérêt de l'enfant le commande. Certains juges font apparemment fi de l'incapacité éventuelle d'un parent pour éviter à un enfant d'être confronté au danger que peut présenter l'autre parent pour sa santé.

522. Incapacité et reprise du travail. Par ailleurs, cette évaluation du taux d'incapacité aura des incidences sur une éventuelle capacité à reprendre le travail, sous une forme adaptée au degré du handicap, mais aussi sur la compensation de ce handicap et des moyens à mettre en œuvre pour y parvenir. C'est aussi en ce sens que la commission est seule compétente en ce qui concerne la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé comme cela est défini à l'article L5213-2 du C. trav.¹¹⁵⁸ ; cette reconnaissance et l'évaluation précédente aboutissent à un choix d'orientation vers un secteur de travail adapté pour la personne handicapée. La notion de travailleur handicapé fait l'objet d'une définition législative puisque l'article L5213-1 C. trav. précise qu'un travailleur handicapé est « *toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique* ».

La qualité de travailleur handicapé ne pourra être reconnue à chaque personne en situation de handicap : il semble évident que le degré d'altération des facultés joue un rôle crucial dans la possibilité éventuelle de continuer à exercer une activité quand bien même celle-ci se ferait hors du monde du travail ordinaire¹¹⁵⁹. Toutefois, comme c'est le cas pour l'orientation scolaire des plus jeunes, les décideurs tentent de privilégier au maximum l'insertion dans la filière ordinaire – la branche spécialisée devant rester exceptionnelle – afin de limiter

¹¹⁵⁸ Cet article indique que « *La qualité de travailleur handicapé est reconnue par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 241-5 du code de l'action sociale et des familles. Cette reconnaissance s'accompagne d'une orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle. L'orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle vaut reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé* ».

¹¹⁵⁹ C'est notamment le cas des établissements et services d'aide par le travail qui correspondent, par opposition au milieu ordinaire, au milieu protégé.

l'exclusion des personnes souffrant de handicap et donc de limiter de possibles discriminations à leur rencontre.

523. Recours contre les décisions de la CDAPH. Cette procédure va finalement déboucher sur le prononcé d'une décision relativement à l'insertion professionnelle des usagers ; or, cette insertion professionnelle aura naturellement une influence sur la vie sociale et sur l'autonomie de la personne dans l'exercice de ses droits et de ses libertés.

Toutefois, il n'est rien précisé quant à la nature de la décision rendue par la commission départementale des droits et de l'autonomie des personnes handicapées. Quelle valeur donner à de telles décisions ? Et surtout quelle est la force des recours contre ces décisions ? Il est simplement indiqué dans les textes, notamment à l'article L241-9 du CASF, que « *les décisions prises par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées [...] peuvent faire l'objet d'un recours devant la juridiction administrative* ». Il convient de préciser qu'auparavant, le recours contre de telles décisions relevait d'une juridiction administrative spécialisée, la commission départementale des handicapés, qui est désormais remplacée par la CDAPH. Ce recours était, sous l'ère de l'ancien système, un recours de plein contentieux mais il semblait que certains tribunaux administratifs, parmi lesquels celui de Lyon, voyaient dans ce changement apporté par la loi du 11 février 2005 un changement dans la nature du recours¹¹⁶⁰. Le recours de plein contentieux laisserait alors sa place à un recours pour excès de pouvoir. Le premier cité donne au juge administratif des pouvoirs plus larges puisque, contrairement à l'hypothèse du recours pour excès de pouvoir, il ne se contentera pas de valider ou annuler un acte administratif mais il a la possibilité de le modifier ou de le remplacer. Le recours de plein contentieux est donc plus important et implique du juge un investissement plus grand.

524. Recours de plein contentieux. Le Conseil d'Etat, dans un avis du 6 avril 2007¹¹⁶¹, confirme que les recours contre les décisions des CDAPH, particulièrement celles qui sont relatives à la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé, est un recours de plein

¹¹⁶⁰ Pour plus de détails, voir par exemple : S. Doumbé-Billé, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, à propos de la nouvelle frontière », *AJDA*, 20 janv. 1993, n°1, p 3 ; B. Pacteau, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Revue administrative*, 1^{er} juill. 1999, NS, p 51 ; J-M. Glatt, « Le contentieux contractuel, une nouvelle ère commence », *LPA*, 10 sept. 2007, n°181, p 6 ; A. Legrand, « Les relations entre recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction », *AJDA*, 30 avril 2012, n°16, p 987.

¹¹⁶¹ CE, avis 6 avril 2007, n°293238.

contentieux. Ceci signifie donc que le juge va statuer à la date où il rend sa décision. L'argument le plus convaincant avancé par le Conseil d'Etat réside dans le fait qu'il « *serait en effet étonnant que le législateur veuille aujourd'hui remplacer un recours dit de plein contentieux objectif par un recours pour excès de pouvoir* »¹¹⁶². Cela aurait pu paraître surprenant de vouloir un tel changement sachant que le législateur s'inscrit depuis quelques temps dans une ligne de recours de plein contentieux et que le Conseil d'Etat s'aligne de plus en plus sur cette politique. La décision du Conseil d'Etat rendue en l'espèce est dans la lignée de la politique actuelle du législateur et ne semble pas surprenante.

525. Utilité certaine mais problèmes financiers. Pour conclure sur ces commissions départementales, elles s'inscrivent dans la continuité des politiques et des souhaits législatifs précédents en ce qui concerne la participation des usagers aux décisions les concernant. Cette volonté se retrouve en effet dans la composition des CDAPH qui compte pour un tiers des représentants de personnes handicapées et de leurs familles. Ils occupent par conséquent une place prépondérante et leurs voix sont désormais bien entendues lorsqu'une décision doit être prise. Cela prouve que la volonté de prendre en compte l'avis des personnes handicapées et de leur famille ne se cantonne pas seulement aux établissements sociaux et médico-sociaux mais que nous la retrouvons dans de nombreux organismes récents dès lors qu'il s'agit de décider pour l'utilisateur et dans son intérêt.

Sur le plan économique, les commissions sont des organes des MDPH dont les difficultés financières sont de plus en plus importantes. Le financement est effectué par les conseils généraux dont les moyens sont de plus en plus limités – il est même fait part de « *finances exsangues* »¹¹⁶³ – par l'Etat dont la dette conduit à être attentif aux dépenses et par la CNSA dont la contribution stagne faute de moyens supplémentaires (à savoir « *60 millions d'euros annuels depuis 2009* »). Le rapport remis au Sénat en juillet 2012 précise même qu'« *A défaut de moyens supplémentaires, ce sont les principes mêmes de la loi de 2005 et les nouvelles missions confiées aux MDPH qui seront, à l'avenir, très difficiles à honorer* »¹¹⁶⁴. L'aspect financier semble crucial pour la continuité et la pérennité des missions des MDPH telles qu'elles ont été prévues en 2005. Mais la situation économique n'est pas favorable à

¹¹⁶² F. Melleray, « Le recours ouvert contre les décisions de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées est un recours de pleine juridiction », note sous CE, avis 6 avr. 2007, *Dr. Adm.* n°6, juin 2007, comm. 89.

¹¹⁶³ Expression utilisée par Mmes C-L. Campon et I. Debré, auteurs du rapport n°635 « Loi Handicap : des avancées réelles, une application encore insuffisante », remis au Sénat le 4 juillet 2012.

¹¹⁶⁴ Rapport n°635 préc.

l'heure actuelle au développement de ces actions, il est essentiel de ne pas limiter trop restrictivement les ressources allouées à ces guichets du handicap qui doivent jouer pleinement leur rôle de relais dans l'orientation des personnes en situation de handicap.

Conclusion du chapitre 1

526. Impact de l'environnement : importance de l'accessibilité. Le handicap est une situation environnementale, la prise en compte de l'environnement explique certainement la ferme volonté du législateur en 2005 de rendre les lieux accueillant du public accessibles au plus grand nombre dans un délai de dix ans. S'il est important pour une personne handicapée que son logement ou la mairie soient accessibles pour exercer différents droits tels que le vote ou le mariage, l'accessibilité est une notion large impliquant une adaptation à toutes les catégories de handicap et pas seulement à la mobilité réduite. Les chiffres semblent encourageants malgré les tentatives d'instauration de nouvelles dérogations aux normes d'accessibilité et même si le handicap physique est privilégié puisque c'est celui auquel on pense naturellement en matière d'accessibilité. Le handicap mental commence à faire l'objet de mesures en matière d'accessibilité, notamment concernant Internet ou le contenu culturel de certains établissements ; mais il convient d'approfondir et de généraliser l'utilisation du sous-titrage ou du langage des signes par exemple.

527. Développement de l'accompagnement. L'accessibilité demeure une étape primordiale dans la reconnaissance de l'autonomie des personnes handicapées mais elle permet aussi un accompagnement de qualité. Ce dernier se fait à deux niveaux, à savoir dans les établissements d'accueil et dans la gestion des ressources. Les structures s'intéressent aux souhaits des résidents par le biais des contrats de séjour qui, malgré leur nom, ne remplissent pas les conditions d'un véritable contrat au sens civil du terme. Une instance collective a également été mise en place : le conseil de la vie sociale qui est un lieu d'échanges au sein duquel les représentants des usagers ont la possibilité de voter. Cependant, la composition trop formelle de ces conseils aboutit fréquemment à un silence de la part des usagers, impressionnés par les personnalités extérieures invitées à participer. Il conviendrait de modifier les dispositions relatives à la composition du conseil de la vie sociale et de remplacer la locution « au moins » par « seulement » ou « limitativement » afin de restreindre le nombre de participants à cette instance et de limiter au personnel de l'établissement.

L'accompagnement touche aussi la gestion des prestations sociales perçues par le majeur et il se décline en un accompagnement social basé sur le volontariat et destiné à responsabiliser la personne handicapée et un accompagnement judiciaire qui remplace la tutelle aux prestations sociales et qui est ouvert sans cumul possible avec une mesure

juridique contrairement à ce qui pouvait se faire auparavant. En outre, la MAJ fait intervenir deux nouveaux acteurs dans la prise en charge des majeurs handicapés mentaux, à savoir le département et le procureur de la République qui exerce un rôle de relais essentiel dans l'individualisation et l'efficacité de la prise en charge.

528. *Limites économiques des guichets.* Pour mener à bien cet accompagnement, des guichets ont été ouverts en faveur des personnes handicapées : il s'agit des CNSA qui financent les MDPH mais dont les ressources tendent à se réduire, les MDPH dont les moyens financiers sont de plus en plus limités et les CDAPH dont les décisions relatives au travail et au handicap peuvent faire l'objet d'un recours de plein contentieux, c'est-à-dire que le juge ne se contente pas de valider ou d'annuler l'acte mais il peut le modifier ou en prononcer un autre. Il serait judicieux, à notre avis, de traiter la perte d'autonomie en amont, de tenter de la prévenir de manière plus importante en évitant l'isolement des personnes fragiles et en instaurant un lien entre les hôpitaux spécialisés et le juge des tutelles par le biais d'une assistance sociale par exemple.

Chapitre 2 : La consultation de la personne protégée

529. *Déplacement du curseur de l'autonomie.* S'il est nécessaire de protéger l'autonomie décisionnelle des personnes handicapées mentales, il faut rester vigilant et ne pas tomber dans l'autre extrême qui consisterait à vouloir absolument donner un pouvoir décisionnel aux majeurs protégés. L'état des facultés intellectuelles de la personne et son discernement doivent permettre de déplacer un curseur entre protection et autonomie de sorte que l'intérêt du majeur soit toujours la priorité et que sa santé ne soit pas mise en danger. Nous verrons ultérieurement que certains actes sont réservés au seul majeur et à sa volonté, mais la réforme de 2007 a apporté des nuances en prévoyant des hypothèses dans lesquelles la personne protégée, sans avoir un véritable pouvoir de décision, doit être consultée. Ce système de consultation du majeur protégé constitue un intermédiaire intéressant entre la mise à l'écart du processus décisionnel du majeur et son implication directe si ses facultés ne lui permettent pas ou seraient source de décisions dangereuses pour sa santé et sa sécurité.

530. *Développement des auditions.* Par conséquent, l'audition du majeur protégé est de plus en plus répandue dans divers domaines tels que le mariage, le divorce ou les actes médicaux... Quand bien même une autorisation du juge des tutelles est requise, elle doit être précédée de l'audition du majeur dès lors qu'aucun certificat médical ne vient préciser que cette dernière lui serait nuisible. Si l'audition de la personne protégée ou à protéger devient de plus en plus fréquente, elle est le premier pas vers une collaboration plus marquée du majeur à la prise de décision. Mais avant d'être décideur à part entière, le majeur protégé peut seulement être consulté ; son avis sera recueilli dans différents cas comme le mariage, le divorce ou encore les actes relatifs à sa santé. En matière de santé, la tendance est à l'application des règles de droit commun, à savoir le recueil du consentement, mais l'ouverture d'une mesure de tutelle entraîne quelques modifications (section 1). La concertation est aussi le moteur de la constitution et de la rupture du lien marital au sens large (mariage, PACS, divorce) et dans la réalisation de la vie sexuelle de la personne protégée (section 2). Ces domaines présentent une intimité certaine, c'est ce qui explique que le majeur, dès lors que son état le lui permet, se prononce sur la réalisation de certains actes. Leur importance et leur intimité en font des actes personnels dont la réalisation dépend de la

volonté du majeur handicapé, à condition toutefois que ses facultés ne soient pas trop gravement touchées.

Section 1 : La santé de la personne handicapée mentale

531. Priorité au consentement de la personne. La personne handicapée mentale a accès aux soins et a le droit de bénéficier des mécanismes en vigueur dans le droit commun permettant de prendre en compte sa volonté, son consentement. Elle est, comme tout autre patient, une personne qui peut, « *dans un contexte de démocratie sanitaire, aspirer à un irréductible respect de son autonomie* »¹¹⁶⁵. Dans les différents textes européens, le consentement permet la protection et le respect de l'intégrité physique¹¹⁶⁶. Il est le reflet de la notion d'autonomie personnelle qui a été mise en avant par les juges européens lors de l'affaire Pretty relative à une demande de suicide assisté comme cela a été étudié dans l'introduction générale¹¹⁶⁷.

Les majeurs protégés peuvent donc consentir, ou non, à leur hospitalisation (sous réserve du cas particulier de l'hospitalisation psychiatrique) ou à tout acte médical dont ils sont susceptibles de faire l'objet mais va alors se poser le problème de la validité de celui-ci lorsque les facultés de l'intéressé sont gravement atteintes. Certains cas nécessitent alors l'intervention de tiers décideurs, notamment les tuteurs, faisant de la décision médicale « *une nébulosité juridique* »¹¹⁶⁸ puisque l'articulation entre les dispositions des différents codes n'est pas toujours évidente. Bien que les législations successives aient suivi le fil du doyen Carbonnier qui consistait à dire « *qu'il fallait arriver à une législation où à chaque malade sa dose de capacité pût être prescrite sur ordonnance du médecin* »¹¹⁶⁹, des questions demeurent en ce qui concerne les actes médicaux sur les personnes handicapées mentales. Les particularités concernent particulièrement les majeurs sous tutelle, les autres se voyant le plus

¹¹⁶⁵ H. El Rhrib-Louh, « L'autonomie médicale des personnes en situation d'incapacité », *RGDM*, mars 2013, n°46, p 51.

¹¹⁶⁶ L'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 déc. 2000 intitulé « Droit à l'intégrité de la personne » prévoit par exemple que le consentement libre et éclairé doit être respecté en médecine.

¹¹⁶⁷ Cf. *supra*. n°23.

¹¹⁶⁸ D. Berthiau, « La réforme de la protection juridique de la personne majeure et ses incidences dans le droit de la santé », *Médecine et Droit* 2007, p 105.

¹¹⁶⁹ J. Carbonnier, « Préface », dans Jacques Massip, *Le droit des incapacités*, Paris, Répertoire Defrénois, 2002, p.22.

souvent appliquer le droit commun relativement au consentement et aux grands principes du droit médical (§1). Toutefois, des restrictions générales touchent les majeurs protégés afin de les protéger contre des dérives extérieures nuisibles à leurs intérêts (§2).

§1) Le consentement ou la tendance au droit commun

532. *Consentement nécessaire mais pas toujours suffisant.* Le consentement est l'une des quatre conditions essentielles¹¹⁷⁰ afin qu'un acte médical soit justifié et licite et qu'il sorte du champ des atteintes au corps punissables pénalement. Les seuls cas où il est possible d'agir sans le consentement de l'individu sont les cas d'urgence, c'est-à-dire lorsqu'il existe un péril vital imminent. Bien que le consentement des patients doive être recueilli avant d'envisager un acte médical, il peut arriver que certains patients bénéficient d'une mesure de protection juridique liée à une altération plus ou moins grave de leurs facultés intellectuelles. En fonction de la gravité de cette altération, l'individu peut avoir besoin d'assistance ou de représentation, son seul consentement n'est alors pas suffisant. Cependant, les interventions de personnes extérieures semblent de plus en plus limitées dans le domaine de la santé qui fait partie intégrante de la vie privée dont le respect est un principe essentiel tant en droit interne qu'en droit européen¹¹⁷¹. Ainsi, que l'individu soit protégé ou non, il devrait pouvoir librement consentir aux soins qu'il va subir. Mais le consentement libre s'entend d'un consentement qui émane d'une personne juridiquement capable ce qui n'est pas le cas des mineurs mais surtout des majeurs sous tutelle. C'est pourquoi beaucoup d'espoir était mis dans la réforme du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs mais « *le résultat est assez confus* »¹¹⁷². L'attention particulière portée au majeur sous tutelle a provoqué des interrogations autour de certaines terminologies et articulations à faire entre les dispositions du Code civil et celles du Code de la santé publique dont les interprétations

¹¹⁷⁰ Outre le consentement de la personne, un acte médical est licite lorsqu'il est réalisé par un professionnel disposant d'un titre (le titre se décompose en un diplôme et une éventuelle inscription à l'Ordre pour les professions qui y sont soumises), un acte de qualité et une finalité thérapeutique.

¹¹⁷¹ Les articles 9 C. civ. et 8 Convention EDH posent tous deux le principe de respect de la vie privée pour toute personne ce qui limite les interventions tierces en matière médicale. Voir en ce sens : B. Py, « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », Nancy, thèse dactylographiée sous la direction du Professeur J-F. Seuic, soutenue en 1993, pp 433 ; B. Py, « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », *La Vie Judiciaire*, 14 avril 1996, n°2069, p 2 ; X. Pin, « *Droit pénal général* », Dalloz, 2005, n°208, p 156.

¹¹⁷² D. Berthiau, « *La réforme de la protection juridique de la personne majeure et ses incidences dans le droit de la santé* », art. préc.

peuvent prêter à confusion voire aboutir à des paradoxes. Le consentement du patient doit aussi être recueilli préalablement à toute hospitalisation classique ce qui n'est pas forcément le cas en matière psychiatrique. Cette dernière a connu une modification législative importante en juillet 2011 qui change les règles des hospitalisations sans consentement.

A. La tutelle, seul cas explicitement visé

533. *Protection uniquement des plus faibles.* Les lois successives relatives au domaine médical¹¹⁷³ ne traitent explicitement que de la situation des majeurs placés sous tutelle ce qui laisse penser que le droit commun s'applique à ceux qui sont sous sauvegarde de justice et sous curatelle. Le consentement, en tant que prolongement de la dignité de la personne et reflet de l'autonomie, doit donc être obtenu avant toute intervention envisagée sur le corps du majeur protégé sauf en cas de péril vital imminent¹¹⁷⁴. Malgré les restrictions dont il fait l'objet, le majeur sous tutelle n'est pas privé de tous ces droits en matière de décision médicale, son autonomie est préservée au maximum et l'équipe médicale doit, dans la mesure du possible, respecter sa volonté¹¹⁷⁵. L'instauration de la démocratie sanitaire par la loi Kouchner qui permet au patient de devenir codécideur dans le processus médical renforce la volonté législative¹¹⁷⁶ et jurisprudentielle¹¹⁷⁷ affichée depuis plusieurs années de prendre en compte la personne dans sa globalité quant à la protection et pas seulement son patrimoine. Cette position justifie que les restrictions soient les plus rares possibles et que les majeurs protégés par sauvegarde de justice ou curatelle soient traités le plus souvent comme des patients « normaux ». Quant aux patients dont les facultés sont les plus gravement atteintes,

¹¹⁷³ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 dite « Kouchner » relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, loi n°2005-370 du 22 avril 2005 dite « Léonetti » relative aux droits des malades et à la fin de vie et loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

¹¹⁷⁴ C'est ce qui se cache derrière le terme « urgence » que l'on retrouve à l'alinéa 4 de l'article L1111-4 C. santé. publ. Voir en ce sens par exemple : B. Py, « Urgence médicale, état de nécessité et personne en péril », *AJDP*, 1^{er} juill. 2012, n°7, p 384 ; J-L. Pourriat et G. Kierzek, « La responsabilité du médecin face à l'urgence », *Médecine et Droit*, 1^{er} mai 2006, n°78, p 91 ; O. Yacoub, « L'article L1111-4 du Code de la Santé Publique à l'épreuve du référé-liberté ou le refus de soins, liberté fondamentale », *Gaz. Pal.*, 23 mars 2003, n°82, p 2.

¹¹⁷⁵ Pour un examen plus approfondi, voir O. Dupuy, « *Guide de la protection des majeurs. La réforme du 5 mars 2007 expliquée* », Heures de France, 2009, n°14 et s., pp 126.

¹¹⁷⁶ L'aboutissement est l'affirmation explicite de cette protection dans l'article 415 C. civ. suite à la réforme de 2007 : « *Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre* ».

¹¹⁷⁷ La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, énoncé que la protection d'un incapable englobait aussi sa personne et pas seulement son patrimoine : Cass. civ. 1^{ère} 18 janv. 1989, Cass. civ. 1^{ère} 11 juin 1991, Cass. civ. 1^{ère} 24 fév. 1993.

ils font l'objet d'attentions particulières bien que leur consentement doive être « *systématiquement recherché* » selon les termes de l'article L1111-4 al. 6 C. civ. Malgré cette affirmation, le majeur sous tutelle est parfois soumis à l'intervention de son tuteur qui le représente et donne un consentement en son nom. S'instaure alors une collaboration dans le processus de décision médicale dont les enjeux doivent être éclaircis puisque d'autres acteurs – le mandataire de protection future et la personne de confiance notamment – sont susceptibles d'intervenir.

1° Le majeur acteur en collaboration avec son tuteur

534. *Consentement aux soins.* L'ouverture d'une mesure d'une tutelle ne constitue pas par essence l'exclusion du consentement à l'acte médical de la part de l'intéressé mais « *le juriste ne peut en inférer l'existence d'une autonomie parfaite* »¹¹⁷⁸. Les dispositions législatives en vigueur incluent autant que faire se peut ces personnes dans le processus décisionnel que ce soit dans le Code de la santé publique qui impose une recherche systématique du consentement ou dans le Code civil dans lequel la loi du 5 mars 2007 a inséré un article 459 précisant que « *la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet* ». Les dispositions de l'article 459 précédemment cité sont applicables aux actes médicaux puisqu'il est clair qu'ils sont relatifs à la personne du majeur protégé. Donc, pour tout soin envisagé, il est nécessaire de faire en sorte d'obtenir le consentement de la personne sous tutelle dès lors que ses facultés lui permettent de s'exprimer. Très souvent, le consentement du tuteur se substitue à celui du majeur protégé quand bien même le texte le prévoit uniquement de manière négative, c'est-à-dire dans le cas d'un refus de traitement qui serait nuisible et dangereux pour le tuteur. Dans une telle situation, la loi autorise le médecin à passer outre le consentement (négatif puisqu'il s'agit d'un refus) émis par le tuteur et l'oblige à apporter les soins au majeur pour écarter le danger.

535. *Consentement positif ou négatif.* Ce mécanisme de recherche du consentement du majeur allié au consentement du tuteur se retrouve lors de l'assistance médicale à la procréation, notamment au moment du recueil des gamètes comme l'indique l'article L2141-

¹¹⁷⁸ H. El Rhrib-Louh, « L'autonomie médicale des personnes en situation d'incapacité », art. préc.

11 du Code de la santé publique¹¹⁷⁹. La volonté d'impliquer le majeur dans le processus décisionnel est une nouvelle fois la base en ce qui concerne l'AMP. L'autonomie de la volonté n'est donc pas absolue en ce qui concerne un majeur sous tutelle lors du consentement aux soins ou du recueil de gamètes en vue d'une éventuelle procréation assistée, mais elle est préservée autant que possible et le consentement de l'intéressé doit être recherché avant tout acte.

Le corollaire du consentement aux soins est la faculté offerte aux patients, quels qu'ils soient, de refuser un traitement. Un patient, même placé sous tutelle, est libre de refuser un acte à condition que ce refus soit éclairé. Ceci signifie qu'il doit nécessairement faire suite à la délivrance d'une information par le médecin concernant les conséquences possibles d'une telle décision.

Mais le recours au tuteur en ce qui concerne le consentement – positif ou négatif – à un acte médical sur le tutélaire est source de certaines difficultés qui feront l'objet de développements ultérieurs.

536. Adaptation de l'information du majeur. Le souci de préserver au maximum l'autonomie du patient sous tutelle est aussi effectif en matière de droit à l'information. En principe délivrée au patient directement aux termes de l'article L1111-2 C. santé. publ. – parfois accompagné de la personne de confiance¹¹⁸⁰ –, l'information concernant son état de santé fait l'objet d'une double destination lorsqu'il s'agit d'un majeur sous tutelle. Même si le patient ne bénéficie pas de l'ensemble de ses facultés intellectuelles, le professionnel de santé ne peut s'exonérer de son obligation qui devient double. Outre le patient qu'il faut informer de manière adaptée en fonction de son discernement et de ses facultés, le médecin informe en parallèle le tuteur qui devient lui aussi créancier de l'information médicale concernant le tutélaire.

Les autres majeurs protégés sont les seuls à recevoir l'information donnée par le médecin, leurs facultés leur permettant une meilleure compréhension, aucun tiers n'est mis au courant de la situation par le corps médical.

¹¹⁷⁹ Article L2141-11 CSP : « [...] Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle ».

¹¹⁸⁰ La loi « Kouchner » du 4 mars 2002 a créé la personne de confiance dont les modalités de nomination et les fonctions sont prévues à l'article L1111-6 CSP. Celui-ci prévoit notamment que « si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions ».

Le législateur oblige les professionnels de santé à délivrer une information qui soit accessible et compréhensible par la personne créancière de cette information. Le consentement éclairé prévu par la loi pour rendre licite un acte médical nécessite une information adaptée. Afin de préserver l'autonomie décisionnelle du majeur protégé, le législateur alourdit les charges pesant sur les médecins puisqu'en cas de conflit, ce sont eux qui doivent apporter la preuve de la délivrance et de la compréhension de l'information¹¹⁸¹. Se justifie alors le recours au tuteur pour une information parallèle puisque la plupart du temps le majeur ne dispose pas de suffisamment de lucidité pour comprendre ce qui lui est dit. De plus, l'information obligatoire du tuteur avant l'engagement du traitement impose au professionnel de santé de remplir son devoir de manière loyale, le patient sous tutelle ne comprenant que rarement ce que lui dit l'équipe médicale.

537. Accès au dossier de soins : prolongement de l'information. Afin que l'information délivrée concernant l'état de santé du patient soit complète, les patients ont accès à leur dossier médical comme le précise l'article L1111-7 du Code de la santé publique. Cet accès est direct ou par l'intermédiaire d'un médecin que le patient désigne pour l'accompagner dans cette démarche. En outre, la demande d'accès à ce dossier peut émaner de différentes personnes mais en priorité du patient lui-même, même celui qui serait sous tutelle, puisque le texte ne prévoit pas explicitement son cas contrairement à celui du mineur. Les dispositions de l'article précédemment cité prévoient en effet que le principe est que « *le droit d'accès est exercé par le ou les titulaires de l'autorité parentale* » sauf lorsque le mineur souhaite garder le secret à l'égard de ses parents¹¹⁸².

Bien qu'il y ait souvent des connexions entre le sort des mineurs et celui des majeurs protégés, sous tutelle, le tuteur semble mis à l'écart relativement à la demande d'accès au dossier médical de la personne qu'il protège. Il en ressort que le principe est que « *le majeur en tutelle peut même accéder à son dossier médical exactement comme une personne*

¹¹⁸¹ La Cour de cassation a étendu récemment le champ d'indemnisation du manquement à l'obligation d'information qui, avant l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n°09-13591, n'englobait que la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé. Désormais, toute absence d'information est considérée comme un préjudice indemnisable en tant que tel. Ce revirement de jurisprudence a un retentissement important dans la sphère du droit médical en ce qu'il impose aux professionnels de santé de délivrer une information complète et surtout accessible à tout patient.

¹¹⁸² L'article L1111-5 CSP énonce à cet égard que : « *Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé [...]* »

capable » souligne M. Fossier¹¹⁸³. Les intérêts du patient sous tutelle autorisent toutefois le tuteur à agir et à demander lui-même l'accès au dossier médical de la personne. Dans la liste des demandeurs potentiels pour l'accès au dossier d'un patient établie à l'article R1111-1 C. santé. publ. figure donc le tuteur au même titre que la personne disposant de l'autorité parentale pour un patient mineur¹¹⁸⁴. Le tuteur peut donc accéder seul à son dossier mais le législateur ne ferme pas la porte à une intervention du tuteur qui a la charge de représenter le majeur et de le protéger. De plus, le tuteur est le représentant du majeur protégé pour de nombreux actes de la vie courante. Or, connaître l'état de santé précis peut constituer un élément décisif dans la gestion des affaires de la personne handicapée mentale et orienter les choix du tuteur pour une meilleure prise de décision et une protection plus adaptée des intérêts de la personne.

538. *Priorité au consentement personnel.* Si la protection du majeur sous tutelle se resserre dans certains cas autour de la décision médicale, la finalité est pourtant de préserver au mieux ses intérêts et de lui permettre de disposer d'une plus grande efficacité concernant l'autonomie qui lui reste reconnue dans ses choix et ses décisions. Le principe de subsidiarité réaffirmé dans la réforme du 5 mars 2007 prend ici tout son sens : l'autonomie est préservée autant que possible par le prisme de la recherche du recueil systématique du consentement du patient sous tutelle. Par conséquent, l'assistance ou la représentation par le tuteur n'est que secondaire. Mais la situation s'avère plus délicate lorsqu'une personne de confiance a été désignée, notamment pour savoir le champ d'action respectif de cette dernière et du tuteur dans le cadre de la prise de décision médicale.

2° L'action du tuteur seul : les cas particuliers de la personne de confiance et du mandataire de protection future

539. *Tuteur et personne de confiance.* La loi Kouchner du 4 mars 2002 sur les droits des patients a mis en place une nouveauté intéressante pour l'autonomie de la volonté des malades. Lors d'une hospitalisation, il est possible de désigner une personne de confiance qui

¹¹⁸³ T. Fossier, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *JCP G* n°21, 21 mai 2003, I 135.

¹¹⁸⁴ L'article R1111-1 CSP précise que « *L'accès aux informations relatives à la santé d'une personne, mentionnées à l'article L. 1111-7 et détenues par un professionnel de santé, un établissement de santé ou un hébergeur agréé en application de l'article L. 1111-8, est demandé par la personne concernée, son ayant droit en cas de décès de cette personne, la personne ayant l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par le médecin qu'une de ces personnes a désigné comme intermédiaire* ».

sera consultée lorsque le patient « *serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin* »¹¹⁸⁵ ou qui, à la demande du patient, peut l'accompagner lors des entretiens médicaux afin de partager les informations délivrées à cette occasion. La personne de confiance a été présentée comme la continuité du malade et donc comme la personne la plus à même d'exprimer les souhaits du patient. Mais le législateur ne lui a donné qu'un pouvoir consultatif¹¹⁸⁶, son avis devant être demandé sans toutefois lier le médecin. C'est pourquoi, il est faux « *de parler de consentement substitué* »¹¹⁸⁷; la personne de confiance n'est que consultée et la décision finale est médicale. Le consentement de la personne de confiance est un abus de langage ce qui démontre qu'il n'existe pas de consentement substitué dans ce cas.

Faculté intéressante certes, mais faculté non reconnue aux majeurs placés sous tutelle puisque le texte de l'article L1111-6 C. santé. publ. précise explicitement que « *les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée* ». Peuvent donc valablement désigner une personne de confiance tous les patients majeurs à l'exception de ceux qui font l'objet d'une mesure de tutelle, peut être pour éviter les doublons et la confusion avec le tuteur qui doit représenter le majeur dans de nombreux actes de la vie courante. Toutefois, leurs rôles respectifs diffèrent assez sensiblement puisque le tuteur est sollicité pour donner un consentement alors que la personne de confiance n'a qu'un pouvoir consultatif.

540. Désignation antérieure de la personne de confiance. S'est alors posée la question de la validité de la désignation d'une personne de confiance par un patient qui a ensuite fait l'objet d'une mesure de tutelle : cette désignation demeurerait-elle valable ou devenait-elle caduque dès le jugement d'ouverture de la tutelle prononcé ? Le législateur a prévu spécifiquement ce cas au dernier alinéa de l'article L1111-6 C. santé. publ. Le choix revient alors au juge des tutelles qui, lors du prononcé de l'ouverture de la mesure, maintient la personne de confiance précédemment désignée ou la révoque pour ne conserver que le tuteur. Au même titre qu'il décide ou non de supprimer le droit de vote du majeur handicapé mental, le juge des tutelles tranche en ce qui concerne la poursuite des missions de la personne de

¹¹⁸⁵ L'article L1111-6 CSP prévoit les modalités de désignation de cette personne de confiance ainsi que les rôles qu'elle est amenée à jouer dans le processus décisionnel.

¹¹⁸⁶ Son rôle est plus important en matière de recherches biomédicales où son consentement (article L1122-1-2 CSP) ou son autorisation (article L1122-2 II al. 5 CSP) sont nécessaires pour envisager les actes.

¹¹⁸⁷ C. Lequillier, « Le mandat de protection future et la personne de confiance : vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale ? », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2007, n°157, p 32.

confiance. On peut regretter le manque de précision du texte puisque l'article n'indique pas les raisons pour lesquelles la révocation peut être prononcée. De plus, aucun critère n'est donné au juge pour fonder sa décision qui relève donc de son seul libre arbitre. Sans forcément se vouloir exhaustif, le législateur aurait pu mettre en avant quelques situations fréquentes susceptibles d'écarter la personne de confiance pour laisser le champ libre au seul tuteur. Il doit donc là encore trancher seul sur le sort à donner à la personne de confiance, comme lorsqu'il doit se prononcer sur « l'état » du majeur protégé afin de savoir s'il peut décider seul¹¹⁸⁸.

Ce rôle secondaire de la personne de confiance et ce rejet du consentement substitué se fonde sur le principe de l'indisponibilité du corps humain. De manière plus large, c'est sur cette base que ne peut « être reconnu à la personne le droit de conférer un mandat sur sa personne »¹¹⁸⁹. Le corps humain est en dehors du commerce juridique et ne peut donc faire valablement l'objet de telles conventions ; c'est pourquoi le mandat de protection future, « une des innovations de la loi du 5 mars 2007 »¹¹⁹⁰, est source de questionnement quant aux pouvoirs à accorder au mandataire.

541. Actes médicaux et mandataire de protection future. Le problème peut se poser de manière identique lorsque la personne protégée a conclu un mandat de protection future, le mandataire pouvant remplir les mêmes missions que la personne de confiance. Le mandat de protection future, aux termes de l'article 479 C. civ., peut concerner la protection de la personne ; le mandant prévoit alors les modalités de sa prise en charge en cas de protection judiciaire éventuelle. L'alinéa 2 de l'article précédemment cité adapte spécifiquement le fonctionnement du mandat aux cas de majeurs sous tutelle puisque le mandant peut prévoir, lors de la conclusion du mandat, que « le mandataire exercera les missions que le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance ». Ainsi, à la lecture de ces dispositions, on peut penser que les pouvoirs du mandataire sont relativement étendus car il aurait la possibilité d'avoir les missions de la personne de confiance et du tuteur.

¹¹⁸⁸ C'est ce que prévoit l'article 459 C. civ. : « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ». Comme cela a déjà été développé, le juge des tutelles est l'évaluateur de l'état du majeur et c'est donc lui qui décide si l'intéressé peut agir seul ou avec l'aide du tuteur.

¹¹⁸⁹ C. Lequillier, « Le mandat de protection future et la personne de confiance : vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale ? », art. préc.

¹¹⁹⁰ C. Lequillier, « Le mandat de protection future et la personne de confiance : vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale ? », art. préc.

Le mandataire n'a donc que très peu de pouvoirs décisionnels : s'il agit en tant que personne de confiance il ne sera que consulté et s'il agit en tant que tuteur, il ne donne son consentement qu'à l'appui de celui du patient ou sous le contrôle du juge des tutelles pour les actes les plus graves, « *il sera placé sous la tutelle du juge* »¹¹⁹¹.

Attrayant sur le papier, ce mécanisme de protection conventionnelle possède en réalité des effets relativement limités et ne permet pas au mandataire, personne désignée de manière autonome par le majeur, d'exercer des pouvoirs plus larges que ceux d'un tuteur, personne imposée au majeur.

B. Une articulation difficile avec le Code civil

La question des actes médicaux sur les personnes sous tutelle¹¹⁹² relève de dispositions de différents textes codifiés à la fois dans le Code de la santé publique et dans le Code civil. La loi du 5 mars 2007, souhaitée et attendue simplificatrice en matière d'actes personnels, s'est en réalité avérée source de confusions et d'interprétations paradoxales. Il est donc regrettable, qu'à la suite de cette réforme, des points noirs subsistent quant au traitement juridique de la sphère médicale des majeurs sous tutelle et que « *le législateur n'a [ait] pas saisi l'occasion pour instaurer un régime uniforme* »¹¹⁹³. Par conséquent, plusieurs problèmes existent sur le plan terminologique et quant à l'implication du juge des tutelles, mais la loi a aussi oublié des éléments – les actes nécessitant un consentement strictement personnel – qui auraient certainement permis une harmonisation salutaire. Il convient donc de vérifier si « *la volonté du législateur de 2007 de promouvoir autant que faire ce peut l'autonomie personnelle du majeur protégé* »¹¹⁹⁴ est judicieuse et si cette volonté s'est insérée positivement dans notre logique juridique.

¹¹⁹¹ C. Lequillier, « Le mandat de protection future et la personne de confiance : vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale ? », art. préc

¹¹⁹² Les personnes sous sauvegarde de justice et sous curatelle ne sont pas visées dans le Code de santé publique ce qui implique qu'elles sont traitées comme des patients ordinaires.

¹¹⁹³ Manquement souligné par D. Berthiau, « La réforme de la protection juridique de la personne majeure et ses incidences dans le droit de la santé », art. préc.

¹¹⁹⁴ L. Talarico, « Pourquoi faire simple...? », note sous TI Nice, ord. juge des tutelles, 4 fév. 2009, *Dr. Fam.* n°11, nov. 2009, comm. 147.

1° Les discordances entre les dispositions du Code de la santé publique et du Code civil

542. Principaux problèmes. Les principales sources de difficultés résident dans les différentes terminologies utilisées selon les textes qui ne prévoient en outre pas exactement les mêmes modalités dans le traitement médical des majeurs protégés.

543. Contenu de la notion de « représentant légal ». Sur le plan terminologique, le flou concerne l'expression « représentant légal » utilisée dans le Code de la santé publique. Or, il est légitime de se demander ce qu'englobe réellement cette expression sachant que le droit civil ne reconnaît de représentation qu'en cas de tutelle. La réforme de 2007 prône une autonomie du majeur relativement aux décisions personnelles le concernant, l'assistance ou la représentation n'étant que subsidiaires. C'est ce qui ressort de la rédaction de l'article 459 C. civ. qui concerne les majeurs sous tutelle mais aussi ceux qui sont placés sous curatelle¹¹⁹⁵. Au sens du Code civil, les décisions personnelles relèvent prioritairement de l'autonomie personnelle du tuteur ou du curatelaire. Ainsi, qui est le représentant légal figurant dans le Code de la santé publique ? N'est-il que le seul tuteur comme cela devrait être le cas au sens strict ? Doit-on entendre par représentant légal tout organe de protection ? Bien que le Code de la santé publique prévoit explicitement le cas de la tutelle dans certaines de ses dispositions, il en est d'autres qui s'appliquent indifféremment à tous les majeurs protégés. C'est pourquoi il faut entendre par représentant légal « *pas seulement le tuteur mais la personne chargée de l'éventuelle mesure de protection* »¹¹⁹⁶. Lorsque le « représentant légal » est amené à intervenir dans la décision médicale concernant un majeur protégé, il ne s'agit donc pas seulement du tuteur, mais bien du protecteur de la personne malgré l'abus de langage des rédacteurs du Code de la santé publique. Le représentant légal doit donc être entendu de manière large et ne pas se cantonner au seul tuteur.

544. Juge et état du majeur. Le problème terminologique écarté, il est intéressant de se pencher sur l'articulation délicate entre les dispositions du Code de la santé publique et du Code civil. Cependant, une précision liminaire s'impose quant à la faculté pour la personne de décider seule des soins envisagés. Le premier alinéa de l'article 459 C. civ. conditionne la validité de la décision du majeur à son état : il peut décider seul « *dans la mesure où son état*

¹¹⁹⁵ Ces textes se trouvent en effet à la sous-section 4 de la section 4 du chapitre II du titre XI du livre 1^{er} du Code civil intitulée « Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection des personnes ».

¹¹⁹⁶ T. Verheyde, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », note sous TI Nice, ord. juge des tutelles, 4 fév. 2009, *D.* 2009, p 1397.

le permet ». L'autonomie du majeur handicapé mental est donc préservée dans la mesure où ses facultés ne sont pas trop profondément atteintes. Reste à déterminer l'organe qui sera compétent pour juger de l'état du majeur et qui tranchera si la personne pourra décider seule ou devra être assistée voire représentée pour la protection de ses intérêts. La loi reste totalement muette à ce sujet, c'est pourquoi la doctrine présume que cette tâche revient au juge des tutelles¹¹⁹⁷. Ce dernier sera donc juge de l'autonomie du majeur et du niveau de protection à mettre en œuvre concernant les décisions à caractère personnel. Mais le magistrat n'a pas de connaissances approfondies en matière médicale et il lui sera délicat de déterminer le véritable état des facultés du majeur. Le volet médical de l'autonomie peut donc poser problème en ce sens qu'il incombe à un juge dénué de connaissances suffisantes pour évaluer le véritable besoin de la personne. Il lui faudra certainement avoir recours à des expertises pour les cas qui seraient les moins flagrants, sachant toutefois que la procédure d'expertise sera chronophage.

545. Autorisation nécessaire du juge des tutelles ? Le point de discordance principal réside dans l'intervention du juge des tutelles qui n'est pas prévue dans tous les textes et dans toutes les hypothèses. Là où les dispositions du Code de la santé publique ne font jamais référence à une quelconque intervention du juge des tutelles dans la décision médicale, le Code civil prévoit, à l'alinéa 3 de son article 459¹¹⁹⁸, ce recours pour les actes portant gravement atteinte à la personne protégée. Apparaît alors naturellement la question de savoir s'il faut faire primer les dispositions du Code de la santé publique excluant l'autorisation du juge des tutelles ou celles du Code civil faisant intervenir le juge pour les actes ayant des conséquences dommageables graves. Un début de réponse à cette question figure dans le texte de l'article 459-1 C. civ. car le législateur précise que les dispositions contenues dans le Code civil ne sont pas déroatoires à celles du Code de la santé publique. D'après le vocable utilisé, il semblerait que les textes spéciaux du CSP priment sur ceux plus généraux du Code civil ce qui signifierait que l'autorisation du juge des tutelles n'est pas un élément essentiel et que le consentement du tuteur est suffisant quand bien même l'acte envisagé serait grave.

¹¹⁹⁷ Pour défendre cette idée, voir par exemple J. Massip, « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr. Fam.* n°7, juil. 2010, étude 18 ; L. Talarico, « Pourquoi faire simple...? », note sous TI Nice, ord. juge des tutelles, 4 fév. 2009, *Dr. Fam.* n°11, nov. 2009, comm. 147

¹¹⁹⁸ Cet alinéa précise en effet que : « *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'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée* ».

546. Appréciation du degré de gravité. Si le législateur impose le recours à une autorisation du juge des tutelles en matière de soins les plus graves sur la personne protégée, le manque de précision des dispositions législatives conduit une nouvelle fois à se demander ce qu'il faut comprendre par « *actes portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle* ». M. Verheyde précise que « *forcément les actes médicaux* »¹¹⁹⁹, tout du moins certains d'entre eux, sont susceptibles d'être attentatoires à l'intégrité et d'avoir des conséquences graves sur la personne. La loi ne précisant rien à ce sujet, il faut s'en remettre à la jurisprudence. Les juges ont déjà eu à se prononcer sur une coloscopie afin de savoir si sa réalisation est subordonnée à une autorisation du juge des tutelles. En d'autres termes, la coloscopie est-elle susceptible de présenter un caractère suffisamment grave pour que le recours au juge des tutelles – contrôleur du consentement du tuteur – soit justifié ? Une ordonnance du juge des tutelles de Nice rendue en 2009 précise que cet examen « *ne saurait être considéré comme un acte portant atteinte à l'intégrité corporelle* ». Par conséquent, seule l'intervention du représentant légal est nécessaire pour que cet acte soit réalisé. Il ne s'agit pas d'un examen suffisamment grave pour imposer une autorisation du juge des tutelles.

Si dans cette affaire il apparaît clairement que l'acte envisagé n'est pas d'une grande gravité, tel n'est pas toujours le cas. Bien que ce soit celle qui soit utilisée, « *cette distinction suivant la gravité de l'acte est critiquée parce que la frontière entre l'acte bénin et l'acte grave n'est pas toujours nette* »¹²⁰⁰. La démonstration peut même aller plus loin en ce sens que des actes *a priori* bénins peuvent devenir graves selon les circonstances dans lesquels ils se déroulent ou la personne qui doit les subir. C'est pourquoi il est vraiment délicat de délimiter de manière claire et précise ce que sont des actes bénins ne nécessitant que l'intervention du tuteur et des actes graves impliquant obligatoirement une autorisation judiciaire préalable. Ce flou dans la nature et la gravité des actes médicaux explique certainement que les juges des tutelles demeurent frileux à l'idée de se prononcer, « *voire refusent d'intervenir* »¹²⁰¹, à l'occasion de situations non explicitement prévues dans le Code de la santé publique.

¹¹⁹⁹ T. Verheyde, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », art. préc.

¹²⁰⁰ F. Arhab-Girardin, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du CSP avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2009, p 875.

¹²⁰¹ F. Arhab-Girardin, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du CSP avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », art. préc.

547. Place de l'autorisation du juge. Certains auteurs¹²⁰² plaident pour une intervention systématique du juge des tutelles afin d'autoriser les actes médicaux les plus graves sur la personne du majeur protégé alors qu'une interprétation beaucoup plus restrictive du champ d'action du Code civil est également plausible. Cette dernière consisterait à dire que, concernant les actes médicaux, seul s'applique le Code de la santé publique. A notre sens, cette hypothèse doit être privilégiée et M. Verheyde renforce cette position intéressante en ce sens que, parallèlement à son affirmation de la nécessité « *qu'une autorisation du juge pour tout acte grave doit être combattue* »¹²⁰³, il précise que le recours à l'autorisation judiciaire ne constitue pas obligatoirement une dérogation mais plutôt un « *simple ajout au consentement nécessaire du tuteur* »¹²⁰⁴. Les dispositions des deux codes en cause ne seraient donc pas exclusives les unes des autres mais pourraient être complémentaires dans un souci de meilleure protection des intérêts du majeur sous tutelle. Toutefois, il demeure le problème du seuil de gravité des actes qui justifierait le recours au juge des tutelles pour autoriser l'acte et vérifier que le tuteur agit dans l'intérêt du majeur et préserve ainsi son autonomie. Pour que l'autonomie restante du majeur sous tutelle soit respectée, le juge des tutelles doit être créancier de l'information médicale. Il faut alors relever que l'autorisation donnée par le juge des tutelles n'est en aucun cas exonératoire de la responsabilité de l'organe en charge de la protection.

548. Instauration d'un seuil de gravité. Un compromis pratique a alors été proposé par M. Massip¹²⁰⁵ qui n'hésite pas à soulever certaines incohérences. Il préconise que le juge des tutelles, lors de l'ouverture de la mesure, se prononce sur les pouvoirs du tuteur en matière de décisions personnelles relatives au tutélaire. Mais il pointe du doigt le manque de connaissances scientifiques des juges en la matière et le recours aux expertises qui est non seulement chronophage mais aussi onéreux.

La solution consisterait alors à établir un seuil de gravité clair en listant les interventions médicales pour lesquelles l'autorisation du juge des tutelles serait une condition supplémentaire à l'exercice des pouvoirs du tuteur. Même si l'exhaustivité de cette liste ne

¹²⁰² Voir par exemple J. Hauser, « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA*, n°56, 19 mars 2002, p 4 ; contra Verheyde, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », art. préc.

¹²⁰³ T. Verheyde, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », art. préc.

¹²⁰⁴ T. Verheyde, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », art. préc.

¹²⁰⁵ J. Massip, « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr. Fam.* n°7, juillet 2010, étude 18.

serait que difficilement atteinte, il semble que cette solution soit la plus en adéquation avec les dispositions actuelles et l'intérêt du majeur protégé dont l'autonomie sera préservée au mieux.

2° L'acte médical : un acte strictement personnel ?

549. *Sans assistance ni représentation : un gros risque.* Nous venons de voir précédemment que ce qui pose problème est le recours à une autorisation judiciaire et l'articulation avec les pouvoirs du tuteur et leur délimitation exacte en fonction de la gravité de l'acte envisagé sur la personne du majeur. Une piste potentiellement intéressante peut être explorée afin de simplifier toute cette procédure de décision médicale relative à un majeur en tutelle. De plus, cette solution correspondrait véritablement à l'esprit des textes récents qui souhaitent limiter le plus possible les pouvoirs des tuteurs en matière de décision personnelle. Il aurait pu être judicieux d'inclure les actes médicaux dans la liste des actes nécessitant un consentement strictement personnel de l'article 458 C. civ. Bien qu'il soit admis que cette liste ne soit pas exhaustive, le fait d'y indiquer les interventions médicales sur le corps d'un majeur protégé aurait permis de limiter les contradictions dans les différentes interprétations possibles des dispositions existantes. Outre les actes explicitement visés, le fait de fumer, de faire du sport ou d'avoir une vie sexuelle font eux aussi partie de cette catégorie nouvelle d'actes.

En ce qu'il ne permet ni l'assistance ni la représentation, l'article 458 C. civ. « *oblige le majeur en tutelle à agir seul* »¹²⁰⁶. Le problème d'articulation entre les différentes dispositions des textes et les missions des intervenants disparaîtrait alors puisque seul le majeur aurait la possibilité de consentir à cet acte. Dans le cas où il ne serait véritablement pas en état de s'exprimer ou de comprendre les informations qui lui seraient délivrées par les professionnels de santé, le principe de ces actes nécessitant un consentement strictement personnel voudrait que l'acte ne soit pas réalisé. Mais il nous semble que tant de liberté ne soit pas forcément salutaire pour la personne et des modulations devraient être envisagées pour que les actes nécessaires soient effectués dans l'intérêt du patient. C'est par exemple le cas s'il faut réaliser un vaccin et que la personne ne peut consentir seule quelle que soit la raison : il serait alors préférable d'avoir recours au tuteur pour autoriser cet acte.

¹²⁰⁶ P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. Fam.* n°3, 2009, étude 17.

550. Unique garde-fou : l'urgence. Ainsi, l'autonomie du majeur sous tutelle serait absolue en matière de soins ce qui peut être source de danger si la personne n'est pas réellement apte à comprendre les conséquences du traitement envisagé. Toutefois, un garde-fou existerait quand bien même le patient en tutelle refuserait l'acte : l'urgence. Celle-ci est caractérisée, en droit médical, par un péril vital imminent, c'est-à-dire une mort certaine dans une échéance relativement brève (l'heure ou la demi-journée tout au plus). L'urgence impose au médecin d'agir et de mettre en œuvre les soins les plus diligents afin de permettre de secourir la personne, sous peine de non assistance à personne en péril comme le sanctionne l'article 223-6 C. pén.¹²⁰⁷. Le péril vital imminent permet de passer outre le recueil du consentement du patient et l'acte, même s'il nécessite un consentement strictement personnel, devra être effectué par le médecin¹²⁰⁸. Mais l'urgence n'est pas, à elle seule, suffisante pour garantir la sécurité du patient sous tutelle.

551. Prendre en compte les conséquences des actes. Même si cette solution n'est pas complètement satisfaisante, l'acte médical sur un majeur en tutelle pourrait être envisagé comme un acte relevant des dispositions de l'article 458 C. civ. Cependant, cette position serait potentiellement dangereuse pour les actes médicaux les plus graves. Il conviendrait donc certainement à nouveau d'établir un seuil de distinction quant à la gravité de l'acte ou des conséquences qu'il est susceptible d'emporter sur le patient. La prise en charge médicale du majeur protégé semble, du fait de la nature de ses conséquences, pouvoir prendre légitimement place dans cette liste, non exhaustive, des actes impliquant un consentement strictement personnel. En effet, les conséquences des actes médicaux ne sont que personnelles et touchent uniquement la personne protégée tandis que les actes cités dans le corps de l'article 458 C. civ. comme étant réputés strictement personnels ont très souvent des répercussions aussi sur une autre personne. Une nuance est à apporter quant à certains actes médicaux, notamment la vaccination, dont l'impact peut concerner les proches du patient si elle n'est pas correctement faite. Se poserait ainsi de nouveau la question d'un seuil de gravité

¹²⁰⁷ L'article 223-6 C. pén. dispose en effet : « [...] Sera puni des mêmes peines [5ans d'emprisonnement et 75000 euros d'amende] quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ».

¹²⁰⁸ L'urgence justifie par exemple que des transfusions sanguines puissent être effectuées sur des personnes témoins de Jéhovah alors que leurs convictions religieuses ne leur permettent en principe pas comme l'a affirmé le Conseil d'Etat le 26 octobre 2001. Voir en ce sens : M. Deguerge, « Actualité jurisprudentielle », *AJDA*, 2001, n°3, p 259 ; C. Clément, « Le médecin, son obligation de soins et la volonté du malade », *LPA*, 15 janv. 2002, n°11, p 18 ; E. Aubin, « Refus de soins et urgence médicale après la loi du 4 mars 2002 », *Dr. Adm.*, 1^{er} nov. 2002, n°11, p 29.

des actes médicaux : pour les actes les plus graves et pour ceux qui sont susceptibles d'influer sur la santé des proches de la personne sous tutelle – ou d'un cercle plus large par risque de contagion particulièrement –, l'intervention du tuteur serait justifiée. En revanche, les actes bénins pourraient être inclus dans la liste des actes nécessitant un consentement strictement personnel.

552. *Comparaison avec la situation des mineurs.* Cette comparaison est nécessaire car « la question des majeurs protégés appelle, pour l'essentiel, les mêmes réflexions que celle des mineurs »¹²⁰⁹ parce que la valeur à donner au consentement n'est pas clairement établie. Comme l'explique justement B. Marrion dans sa thèse « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », le mineur dispose d'une autonomie plus importante concernant les actes médicaux graves¹²¹⁰, c'est-à-dire ceux qui « s'imposent pour sauvegarder la santé d'une personne mineure » selon les termes de l'article L1111-5 C. santé publ. Les dispositions de ce dernier permettent à un mineur de se passer du consentement de ses parents pour subir une intervention médicale dès lors qu'elle a pour finalité la sauvegarde de sa santé¹²¹¹. L'autonomie dont bénéficie le mineur sur ce plan est même plus large puisque les inscriptions au dossier médical en lien avec ce traitement sans consentement parental demeurent secrètes malgré l'éventuelle demande de l'un des parents pour avoir accès au dossier de son enfant.

Il serait toutefois dangereux d'utiliser un tel système concernant les majeurs sous tutelle en ce que « le caractère évolutif de l'état de minorité rend l'individu de plus en plus capable »¹²¹² alors que c'est plutôt l'inverse pour les majeurs protégés. C'est pourquoi il serait préférable d'utiliser un modèle inverse en donnant une autonomie plus grande lors d'actes ou de traitements bénins et non nécessaires (par exemple une consultation dentaire). Au contraire, il serait nécessaire de se tourner vers le tuteur dans les cas les plus graves mettant en danger la santé du patient. Il en irait de même pour les actes n'ayant pas une finalité thérapeutique comme le sont les actes de chirurgie esthétique.

553. *Cas particulier du refus de soins.* Concernant le refus de soins, la question mérite là aussi d'être posée, particulièrement lorsque ce refus entraîne des conséquences graves sur la

¹²⁰⁹ J-R. Binet, « *Droit médical* », Montchrestien, éd. 2010, p 123, n°234.

¹²¹⁰ B. Marrion, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », thèse dactylographiée, Nancy, 2010, n°488 et s., pp. 271.

¹²¹¹ Il convient de préciser que le mineur devra malgré tout être accompagné d'une personne majeure de son choix afin que l'acte puisse valablement être effectué.

¹²¹² B. Marrion, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », op. cit., n°354, p 197.

santé de la personne. S'il est clair que le tuteur doit être sollicité dans ce cas, son consentement peut se heurter à celui du majeur sous tutelle. A qui donner priorité dans cette hypothèse ? Les textes sont muets sur cette hypothèse particulière, pourtant il est important pour un professionnel de savoir s'il doit accorder une importance supérieure à l'avis du tuteur ou à celui du majeur. Ce qui va finalement guider son choix est peut être l'intérêt du patient, même si en pratique le critère de la gravité de l'acte sera décisif. Va-t-on menotter le majeur sous tutelle pour l'emmener chez le dentiste ? « *Le mineur est destinataire de l'information* »¹²¹³ comme l'est aussi le majeur sous tutelle ce qui lui donne la possibilité d'être entendu dans le processus décisionnel.

554. *Si la désignation d'une personne de confiance était un acte strictement personnel ?* Quand bien même l'acte médical peut être traité comme un acte impliquant un consentement strictement personnel, il subsistera le flou quant à la détermination du seuil de gravité. Mais pourquoi ne pas avoir pensé que la désignation d'une personne de confiance par le majeur sous tutelle ne puisse être considéré en tant que tel ? Le législateur en a décidé autrement, préférant prohiber le recours à la personne de confiance pour le tuteur. Pourtant, ce droit reconnu au patient depuis la loi dite Kouchner du 4 mars 2002 devrait sans doute se voir reconnaître la possibilité de l'exercer. Il serait alors bon d'englober la désignation de la personne de confiance par un patient sous tutelle dans les actes strictement personnels. Il s'agit d'un acte extrapatrimonial portant sur l'intimité du patient. En outre, la tutelle est parfois ouverte suite à une constatation d'une altération des facultés corporelles tandis que les facultés mentales demeurent pratiquement intactes : c'est le cas par exemple des accidentés les plus graves et qui se trouvent privés de l'usage de la parole et qui doivent donc avoir recours à un tiers pour se faire comprendre. L'impossibilité de s'exprimer due à une altération des facultés corporelles peut être la cause de l'ouverture d'une mesure de tutelle. Or, ces personnes sont intellectuellement aptes à désigner valablement une personne de confiance qui les accompagnerait durant leur hospitalisation. On rencontre souvent dans les textes que la personne de confiance constitue le prolongement de la volonté du patient. En lui autorisant la désignation d'une telle personne, le législateur ferait un pas supplémentaire dans la prise en compte de l'autonomie et de la volonté du patient sous tutelle. Celui-ci ne peut choisir son tuteur mais pourrait avoir le choix de la personne qui serait prioritairement consultée dans le cas où son état l'empêcherait de le faire lui-même.

¹²¹³ B. Marrion, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », op. cit., n°504, p 279.

Si la désignation d'une personne de confiance devenait possible, il conviendrait d'avoir de nouveau recours au juge des tutelles afin qu'il répartisse les pouvoirs entre elle et le tuteur. Cette remarque serait particulièrement valable si, lors de l'ouverture de la mesure, le juge décidait de confier au tuteur les missions de la personne de confiance. Mais cette désignation n'est, à notre sens, que peu judicieuse car elle ne ferait qu'alourdir le système en place en sollicitant de nouveau le juge des tutelles.

En matière médicale, l'autonomie des personnes protégées n'est pas respectée de manière absolue et certains actes leur sont interdits dans un souci protecteur. Nous retrouvons dans le cas de la sphère médicale le dilemme entre l'autonomie et la protection, à savoir où placer le curseur pour ne pas nier la personne tout en conservant en ligne de mire son intérêt et sa santé.

C. L'hospitalisation de la personne handicapée mentale

La personne handicapée mentale peut naturellement avoir à subir des actes ou des traitements médicaux au cours de sa vie, mais il faut alors faire la distinction entre le consentement qui est donné avant chaque intervention et celui qui précède l'hospitalisation. Inversement, consentir à être hospitalisé n'emporte pas nécessairement consentement à tous les soins. Si l'hospitalisation classique d'un majeur protégé se fonde sur son consentement et sur le droit commun, la situation est différente en matière de psychiatrie.

1° L'hospitalisation classique du majeur protégé

555. *Priorité au droit commun.* En se basant sur ce qui vient d'être dit, le seul cas susceptible de poser un problème relativement à l'hospitalisation est celui du patient placé sous tutelle. Par conséquent, les patients sous sauvegarde de justice et sous curatelle sont traités de la même manière que les patients ne disposant d'aucune mesure de protection juridique. Il est indispensable, en cas d'hospitalisation classique d'obtenir leur consentement sous réserve de l'urgence caractérisée par un péril vital imminent. Cette exception est valable pour tout patient et justifie qu'une hospitalisation et des soins soient décidés en passant outre le consentement. Le droit à la vie doit primer et impose la mise en œuvre d'un traitement sous

peine de sanctions pénales prévues à l'article 223-6 C. pén¹²¹⁴. sur le fondement de ce que l'on appelle communément la non-assistance à personne en danger.

La question se pose-t-elle de la même façon concernant le consentement à l'hospitalisation émanant d'un majeur en tutelle ? L'application du droit commun implique que le consentement de la personne soit recherché mais aussi que ce soit le tuteur qui décide. Comme pour les actes médicaux, si nous privilégions les dispositions du Code de la santé publique, aucun recours au juge des tutelles n'est nécessaire. Le tuteur, et le tuteur si son état lui permet de s'exprimer, donne un consentement à l'hospitalisation sachant que ce dernier n'emporte pas automatiquement consentement aux actes médicaux envisagés durant le séjour. Cette procédure concerne les majeurs protégés qui ont à subir un traitement médical dans un hôpital non spécialisé, c'est-à-dire un traitement qui ne concerne pas la psychiatrie.

Le consentement est alors le principe, le tuteur et le tuteur doivent s'exprimer avant toute hospitalisation sauf le cas de l'urgence qui commande de mettre en œuvre le processus médical même en l'absence de consentement.

556. Secteur public ou secteur privé ? Le majeur protégé, disposant des mêmes droits que tout autre patient, a la possibilité de choisir l'établissement dans lequel il souhaite être soigné et éventuellement le médecin qui s'occupera de sa prise en charge comme le précise l'article L1110-8 C. santé publ¹²¹⁵. Les dispositions de cet article font de cette liberté de choix « un principe fondamental » qui ne peut être restreint que dans trois conditions prévues au second alinéa et qui ne vise nullement les mesures de protection. Par conséquent, tout patient peut choisir son établissement d'accueil même s'il fait l'objet d'une mesure de protection. Le recours au tuteur sera prévu pour l'accueil d'un majeur en tutelle.

¹²¹⁴ Cet article précise en effet que : « *Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours* ».

¹²¹⁵ L'article L1110-8 C. santé publ. indique que : « *Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire. Les limitations apportées à ce principe par les différents régimes de protection sociale ne peuvent être introduites qu'en considération des capacités techniques des établissements, de leur mode de tarification et des critères de l'autorisation à dispenser des soins remboursables aux assurés sociaux* ».

2° L'hospitalisation psychiatrique

557. *Priorité au consentement.* Le consentement pose moins de problème en ce qui concerne l'hospitalisation psychiatrique puisque la législation a toujours prévu des procédures où la prise en charge ne nécessitait pas le consentement de la personne. Cependant, ces procédures doivent demeurer exceptionnelles et la loi nouvelle du 5 juillet 2011¹²¹⁶ va en ce sens car elle « *maintient dans son principe la priorité aux soins psychiatriques consentis par le malade* »¹²¹⁷. Antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, il s'agissait de l'hospitalisation libre qui est devenue l'admission en soins psychiatriques libre et qui fait donc suite au consentement de la personne atteinte de troubles mentaux. Comme cela a été présenté, le handicap mental n'est pas nécessairement accompagné de troubles mentaux mais il est des cas dans lesquels cette hypothèse est envisageable. Le consentement du patient doit être éclairé ce qui impose aux professionnels de délivrer une information compréhensible. En outre, les règles issues de la réforme de 2011 instaurent une sorte d'obligation renforcée d'information en instituant plusieurs moments où l'information doit être délivrée et un contenu accru.

558. *Nouveautés en matière d'hospitalisation sans consentement.* Outre le changement terminologique qui substitue les soins psychiatriques sans consentement aux hospitalisations sans consentement, le contentieux a été, en grande partie, regroupé dans les mains du juge judiciaire. La terminologie nouvelle est plus en phase avec la réalité des soins : si l'hospitalisation complète demeure possible, une alternative existe et elle se compose d'une alternance de soins pouvant être réalisés à domicile et de séjours de durée variable en établissement. Même si les vocables d'hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'hospitalisation d'office ont disparu au profit des soins psychiatriques sur décision du directeur d'établissement ou sur décision du représentant de l'Etat, les tiers conservent un rôle dans la prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux. La décision du directeur d'établissement peut se fonder sur la demande de tierces personnes¹²¹⁸ dès lors que le

¹²¹⁶ Loi n°2011-803 du 5 juill. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO 6 juill. 2011.

¹²¹⁷ J-P. Vauthier, « De la nouveauté en psychiatrie », *Lamy Dr. de la santé*, n°110, octobre 2011, p 1.

¹²¹⁸ Les tiers sont définis à l'article L3212-1 II 1° C. santé publ. : « *Soit lorsqu'il a été saisi d'une demande présentée par un membre de la famille du malade ou par une personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci, à l'exclusion des personnels soignants exerçant dans l'établissement prenant en charge la personne malade.*

consentement de la personne est impossible à obtenir et que des soins immédiats soient nécessaires. Il convient dans ce cas d'obtenir deux certificats médicaux établis par deux psychiatres différents. Le directeur peut aussi, d'office, décider de mettre en œuvre des soins psychiatriques dès lors qu'il existe un péril vital imminent et « *qu'il s'avère impossible d'obtenir la demande d'un tiers* »¹²¹⁹.

Le préfet de département – tout comme les maires ou les commissaires de police à Paris en cas d'urgence – a aussi un rôle à jouer dans la mise en place de soins psychiatriques lorsque les troubles mentaux sont suffisamment graves pour compromettre la sûreté des personnes ou porter atteinte à l'ordre public. Il lui suffit alors d'obtenir un certificat circonstancié pour pouvoir décider l'instauration de soins psychiatrique à l'encontre de la personne dangereuse.

L'autre point fort de la réforme de juillet 2011 concerne le renforcement des contrôles sur le plan médical avec l'instauration d'une période initiale et de contrôles plus fréquents et sur le plan « *juridictionnel* » avec un acteur devenu essentiel : le juge des libertés et de la détention qui se prononce sur le « *bien-fondé de toutes les décisions d'hospitalisation complète sans consentement* »¹²²⁰. Il convient de préciser que la loi du 5 juillet 2011 a simplifié le contentieux en le confiant à l'ordre judiciaire mais elle « *n'éradique pas toute dualité* »¹²²¹. Deux juges différents sont compétents en matière de soins psychiatriques sans consentement, à savoir « *le juge des libertés et de la détention pour la mainlevée des soins, et le tribunal de grande instance pour l'indemnisation des préjudices résultant de l'irrégularité des mesures administratives prises* »¹²²². Le contentieux ne relève donc plus que de l'ordre judiciaire mais n'est pas totalement uniformisé car il dépend de deux juridictions distinctes en fonction de la nature de la demande.

559. Cas particulier du détenu. Le détenu, malgré sa situation particulière, a le droit de recevoir des soins psychiatriques, pour soigner ses tendances suicidaires par exemple. La Cour EDH le rappelle souvent à la France en considérant ce droit « *comme une composante*

Lorsqu'il remplit les conditions prévues au présent alinéa, le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé peut faire une demande de soins pour celui-ci ».

¹²¹⁹ J-P. Vauthier, « De la nouveauté en psychiatrie », art. préc.

¹²²⁰ J-P. Vauthier, « De la nouveauté en psychiatrie », art. préc.

¹²²¹ A. Farinetti, « L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011 », *RDSS*, 2012, p 111.

¹²²² A. Farinetti, « L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011 », art. préc.

du droit à la dignité »¹²²³ dont chacun dispose du fait de son statut d'être humain. Si l'état d'un détenu nécessite une prise en charge psychiatrique, il est de la responsabilité de l'Etat de lui offrir un accès aux soins. C'est en ce sens qu'ont été créées par un arrêté du 24 août 2000¹²²⁴ les unités hospitalières sécurisées interrégionales (UHSI) et les unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) par une loi du 9 septembre 2002¹²²⁵. Puisque « *la Cour européenne fait primer le droit à la santé* »¹²²⁶, il était nécessaire pour le législateur de se mettre en conformité et de prévoir des lieux d'accueil spécialisés pour les détenus en proie à des troubles mentaux. Il existe une exception pour les détenus dont la dangerosité implique une surveillance plus importante : ces derniers peuvent être accueillis dans une unité pour malades difficiles (UMD) comme le précise l'article L3222-3 C. santé publ.

Les détenus ont la possibilité de recevoir des soins en ambulatoire, notamment au sein des unités de consultations et de soins ambulatoires (UCSA), à condition qu'ils donnent leur consentement. Dans le cas contraire, si les soins lui sont imposés, ils ne peuvent prendre la forme que d'une hospitalisation complète.

Si le consentement demeure le principe en matière d'hospitalisation et de soins, la sphère psychiatrique constitue une première brèche. Mais ce n'est pas la seule, des restrictions sont instituées par la loi afin de ne pas mettre en danger la personne handicapée mentale.

§2) Des restrictions protectrices

Le majeur handicapé mental, bien que patient, possède des particularités qui font qu'il ne peut être traité comme tout autre patient. Si son consentement doit systématiquement être recherché lorsque son état le permet, il n'en demeure pas moins que certains actes médicaux lui sont interdits, c'est principalement le cas des prélèvements sur des majeurs protégés vivants. Ces restrictions s'expliquent aisément du fait du caractère mutilant et irréversible de tels actes. Cependant, des fenêtres ont été ouvertes au fur-et-à-mesure des évolutions législatives relatives à la bioéthique afin de tenter de subvenir aux besoins croissants.

¹²²³ C. Murillo, « Le droit à la santé des détenus sous le regard de la CEDH », *Gaz. Pal.*, 15 janv. 2011, n°15, p 30.

¹²²⁴ Arrêté du 24 août 2000 relatif à la création des unités hospitalières sécurisées interrégionales destinées à l'accueil des personnes incarcérées, JORF 31 août 2000.

¹²²⁵ Loi n°2002-1138 du 9 sept. 2002 dite loi d'orientation et de programmation pour la justice, JO 10 sept. 2002.

¹²²⁶ C. Murillo, « Le droit à la santé des détenus sous le regard de la CEDH », art. préc.

Suite à des constats alarmants relativement à des pratiques stérilisantes souterraines et effectuées dans certains établissements aux limites de ce qui est permis, le législateur a choisi de légaliser cette pratique de stérilisation contraceptive en l'encadrant strictement. Mais, l'intérêt premier n'a pas été celui du patient protégé et des dispositions restent controversées ou critiquables tout comme l'avait été la loi lors de son adoption.

A. Les prélèvements d'organes et de tissus

Le principe général veut que l'intégrité corporelle des personnes, notamment des majeurs protégés en ce qui nous concerne, soit respectée comme l'indiquent les articles 16 et suivants C. civ. Les prélèvements en vue de don ont une utilité thérapeutique certaine mais s'avèrent très souvent irréversibles et donc mutilants. C'est pourquoi le législateur en a très largement écarté les majeurs dont les facultés sont altérées, leur consentement pour cet acte attentatoire à ce qu'ils ont de plus intime ayant une valeur trop discutable. En outre, leur faiblesse dans le rapport qu'ils entretiennent avec autrui est accentuée en matière médicale, si bien que « *cette protection est indispensable en raison de la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent ces personnes* »¹²²⁷. Les développements vont tout particulièrement porter sur les organes, la moelle osseuse, le sang et les cellules et tissus, les régimes étant quasi identiques sauf en ce qui concerne les cellules hématopoïétiques dont le prélèvement est un peu plus libre que les autres. Le constat de l'époque est alors simple : « *l'efficacité des greffes était meilleure lorsque l'organe provenait de donneurs vivants* »¹²²⁸, il a donc fallu tenter d'encourager les dons et trouver de plus nombreux donneurs.

1° Des ouvertures nouvelles

560. Précision terminologique. Bien que les articles L1231-2 et L1241-2 du Code de la santé publique excluent toujours les majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection respectivement du prélèvement d'organes en vue d'un don et du prélèvement de tissus ou de cellules, les interdictions ne sont plus absolues. Il convient à ce stade de faire une précision

¹²²⁷ F. Dreifuss-Netter, « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *D.* 2005, p 1808.

¹²²⁸ F. Dreifuss-Netter, « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », art. préc.

liminaire concernant la terminologie employée par le législateur dans la rédaction de ces articles. En utilisant l'expression « *mesure de protection légale* », il permet d'englober, outre les trois mesures judiciaires courantes, le mandat de protection future qui a fait une entrée remarquée dans le corpus législatif suite à la réforme du 5 mars 2007.

561. Cadre normatif strict. Les interdictions de prélèvements sur les majeurs protégés sont relatives car l'accès ne leur est pas totalement fermé. Lorsqu'il y a une possibilité offerte à la personne protégée, elle est largement encadrée par la loi mais la seule véritable interdiction à proprement parler concerne le prélèvement d'organe sur une personne vivante et en dehors de toute intervention chirurgicale. Cette prohibition totale s'explique par le fait que « *conformément au protocole additionnel à la Convention d'Oviedo, le législateur n'a pas autorisé sur ces personnes des actes mutilants* »¹²²⁹. Le législateur prévoit le cas spécifique des organes qui seraient prélevés « *à l'occasion d'une intervention chirurgicale, pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée* »¹²³⁰. A cette occasion apparaissent les intentions autonomistes des rédacteurs du texte puisque le refus de la personne placée sous tutelle empêche toute utilisation éventuelle, à des fins scientifiques ou thérapeutiques, de ses organes. Par conséquent, tout refus émanant du majeur, quel que soit l'état de ses facultés, constitue un empêchement quant à l'usage futur de l'organe prélevé lors d'une intervention. En l'absence de refus de sa part, les organes pourront être utilisés sauf opposition du tuteur. Pour les autres majeurs protégés, leur seule opposition à une utilisation ultérieure de leurs organes est suffisante. Le principe est le même en ce qui concerne le prélèvement et l'utilisation des produits du corps humain avec la préservation de l'autonomie du majeur protégé par le biais du respect de son refus.

La procédure est plus simple lors des prélèvements sur des patients protégés décédés, sachant que le texte de l'article L1232-2 du Code de la santé publique ne prévoit expressément que le cas de la tutelle. Pour les autres majeurs protégés, comme pour les patients capables, le prélèvement d'organes *post mortem* est possible si aucun refus du vivant de la personne n'est connu. Relativement à la personne en tutelle, une exigence supplémentaire existe et est à noter en ce sens qu'elle constitue « *une exception nouvelle au principe de l'extinction de la charge tutélaire* »¹²³¹. En effet, le prélèvement d'un organe

¹²²⁹ F. Dreifuss-Netter, « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », art. préc.

¹²³⁰ Article L1235-1 al. 1^{er} C. santé publ.

¹²³¹ F. Fresnel, « L'incapable et la loi bioéthique du 6 août 2004 », *LPA* n°49, 10 mars 2005, p 3.

d'une personne décédée qui était sous tutelle doit nécessairement donner lieu à une autorisation écrite de la part du tuteur¹²³², la mission du tuteur se prolongeant alors de manière exceptionnelle après la mort de la personne¹²³³. Elle concerne alors le choix des funérailles, à savoir particulièrement le choix de la sépulture (inhumation ou crémation). L'orientation vers l'un ou l'autre des modes de sépulture autorisés en France¹²³⁴ peut relever du majeur sous tutelle si, de son vivant, il a fait connaître son intention. Dans le cas contraire, en cas de contradiction entre les différents avis, il est nécessaire de faire trancher la question par le juge du tribunal d'instance du lieu du décès. Pour se prononcer, il devra cerner les dernières volontés du défunt en se basant notamment sur différents témoignages et auditions dont celle du tuteur qui aura une importance particulière puisqu'il représentait le majeur.

562. Prélèvement de sang. Le prélèvement de sang, en vue d'échantillons biologiques humains, est lui aussi possible à condition que les risques soient « *négligeables* » et que le patient y ait valablement consenti. Toutefois, si le comité consultatif de protection estime que les résultats ne seront pas si efficaces si les prélèvements ont lieu sur une autre catégorie de personnes. Cette condition supplémentaire de recours au comité est mentionnée au nouvel article L1221-8-1 dernier al. du Code de la santé publique qui vise de manière claire les majeurs protégés mais aussi d'autres catégories de personnes comme les femmes enceintes ou les personnes faisant l'objet d'un suivi psychiatrique.

563. Cas particulier de la moelle osseuse. Le législateur interdit encore le prélèvement de tissus et de cellules sur les majeurs protégés aux termes de l'article L1241-2 C. santé publ., comme c'est le cas pour les mineurs. Il est d'ailleurs intéressant de faire le parallèle entre ces deux catégories de personnes puisque l'évolution est relativement similaire en ce qui concerne l'appréhension du don de moelle osseuse¹²³⁵. Toutefois, cette prohibition découlant de la loi

¹²³² Article L1232-2 al. 1^{er} C. santé publ. : « *Si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L. 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit* ».

¹²³³ L'article 443C. civ. prévoit explicitement que le décès du majeur protégé est une cause automatique d'extinction de la mesure de protection.

¹²³⁴ Relativement aux modes de sépultures, voir par exemple : L. Burgogue-Larsen, « De l'inhumation à la crémation, en passant par la congélation : le mode de sépulture en question », *AJDA*, 10 avril 2006, n°14, p 757 ; J. Moreau, « Inhumation et crémation sont les deux seuls modes de sépulture autorisés », *Collectivités Territoriales Intercommunalité*, note sous CE, 6 janv. 2006, n°260307, 1^{er} mars 2006, n°3, p 25 ; X. Labbée, « Le chemin du paradis », *D.*, 6 oct. 2005, n°35, p 2431 ; J. Michel, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort. (Le juge administratif face à la mort) », *D.*, 30 juin 2005, n°26, p 1742.

¹²³⁵ Voir en ce sens la thèse de B. Marrion, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », op. cit., n°521 et s., pp 287.

bioéthique du 6 août 2004¹²³⁶ souffre d'une exception dont le champ n'a de cesse de croître. L'article L1241-4 du même code prévoit spécifiquement le cas des cellules hématopoïétiques dont le prélèvement est encadré et ciblé mais possible quand bien même le donneur serait un majeur protégé. Dans cette hypothèse, le prélèvement doit être précédé d'une autorisation d'un comité d'experts qui « *s'assure qu'aucun donneur majeur capable n'est compatible* »¹²³⁷. Cette autorisation constitue le point de départ d'une procédure complexe mais qui va permettre d'impliquer les majeurs protégés dans le don de moelle osseuse. Le fait d'avoir recours à n'importe quel majeur, quand bien même il ferait l'objet d'une mesure de protection, permet d'augmenter les banques de moelle osseuse et augmente les compatibilités possibles.

564. Parallèle avec le mineur. L'instauration de ce cas dérogatoire existe aussi concernant les mineurs : ils peuvent être donneurs de moelle osseuse « *en l'absence d'autre solution thérapeutique* » comme le souligne l'article L1241-3 C. santé publ. Il s'agit d'une faculté subsidiaire dont la loi bioéthique précédemment citée a étendu le champ d'application aux cousin et cousine germains, oncle et tante, neveu et nièce alors qu'elle ne valait précédemment que pour les frère et sœur. En outre, le souci de préservation de l'intérêt du mineur a guidé à solliciter également un comité d'experts qui peut éventuellement entendre l'intéressé. La marge d'autonomie laissée au mineur dans cette hypothèse réside dans la possibilité qu'il a de faire opposition, de son vivant, à ce genre de dons *post mortem*, « *ce droit d'opposition demeure une manifestation de volonté* »¹²³⁸.

565. Complexité et critiques. Il faut garder à l'esprit que, bien que possible, ce type de prélèvements est très encadré et soumis à une procédure relativement complexe centrée sur le juge des tutelles quelle que soit la mesure dont bénéficie la personne. Ce dernier auditionne en effet les personnes dans le but d'apprécier l'éventuelle capacité à consentir et doit dans tous les cas obtenir une autorisation du comité d'experts créée à cet effet.

L'ouverture du don de moelle osseuse aux majeurs protégés constitue une chose positive mais des améliorations peuvent être apportées quant à la mise en œuvre pratique qui va parfois à l'encontre de grands principes juridiques comme cela va être démontré. La question se pose notamment quant à l'élargissement du cercle des receveurs potentiels lorsque le

¹²³⁶ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF 7 août 2004, p 14040.

¹²³⁷ F. Fresnel, « L'incapable et la loi bioéthique du 6 août 2004 », art. préc.

¹²³⁸ B. Marrion, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », op. cit., n°521, p 288.

donneur est un majeur sous sauvegarde de justice ou sous curatelle et dans le traitement du majeur sous sauvegarde de justice dans l'exercice de ses droits.

2° Des ouvertures source de critiques

Malgré le nécessaire besoin d'ouvrir ce genre de dons¹²³⁹ aux personnes protégées, des critiques peuvent être émises puisque des oublis importants – et injustifiés – sont à noter et que des principes juridiques relatifs à la capacité des majeurs sous sauvegarde de justice sont heurtés.

566. Silence à propos des enfants. Le don de moelle osseuse, bien qu'autorisé, demeure d'application restreinte que ce soit du fait de la complexité de la procédure de mise en œuvre mais aussi quant au public auquel il s'adresse. Le majeur sous tutelle ne peut donner sa moelle qu'à ses frère et sœur, alors que le cercle a été élargi par le législateur en 2004 pour les autres majeurs protégés. Pour ces derniers, le don concerne, outre les frère et sœur, les cousin / cousine, oncle et tante ou neveu et nièce. Même si « *une compatibilité HLA chez des membres de la famille autres que les frères et sœurs est extrêmement rare* »¹²⁴⁰, cette extension des receveurs potentiels est bénéfique. Toutefois, un oubli, très difficile à justifier à notre sens, est à souligner : celui des enfants du donneur. Est-ce un simple oubli de la part du législateur ? Il est difficile de trouver une autre explication valable à l'absence des descendants dans la liste des receveurs potentiels. Cette thèse est renforcée par le fait que le législateur n'a laissé de côté aucun collatéral proche.

La seule explication qui pourrait exister est scientifique et non juridique : la compatibilité est rare lorsque l'on sort du cercle fraternel et pourrait alors résulter « *des hasards de la consanguinité* »¹²⁴¹. Voilà une explication qui justifierait cet oubli : peut être que le législateur a souhaité éviter un débat concernant l'inceste et particulièrement les relations entre ascendants et descendants. Cependant, cette justification ne nous convainc pas et il serait préférable d'ajouter à la liste des receveurs les descendants. Ils ont tout autant leur place que les collatéraux cités et leur exclusion n'a aucun fondement juridique valable.

¹²³⁹ L'autorisation du don de cellules hématopoïétiques pour les majeurs protégés s'explique par le fait que ce sont des cellules qui se régénèrent, les interdictions portant sur des éléments qui n'ont pas cette faculté.

¹²⁴⁰ A. Dionisi-Peyrusse, « Prélèvement de moelle osseuse sur personnes vulnérables : les parents oubliés », *RJPF* n°3, 2011, p 37.

¹²⁴¹ V. Rapp. Sénat n°128, 15 janv. 2003.

567. Atteinte à la capacité du majeur sous sauvegarde de justice. Le principe énoncé dans le Code civil est que « *la personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits* »¹²⁴². Etant la mesure de protection la moins contraignante, elle préserve l'autonomie du majeur et lui permet d'exercer seul les actes avec un contrôle plus étroit et une possibilité de désigner un mandataire spécial pour des actes prévus par le juge lors de l'ouverture de la mesure. Mais la capacité de la personne placée sous sauvegarde de justice doit demeurer intacte. Or, ce principe n'est pas respecté en matière de don de moelle osseuse puisque la faculté à consentir du majeur est soumise à une décision du juge des tutelles et à une autorisation provenant du comité d'experts. Ainsi, le majeur sous sauvegarde de justice perd le libre exercice de ses droits et, comme les autres majeurs protégés, est soumis à des conditions.

Il eut donc été plus logique de distinguer la curatelle et la sauvegarde de justice et de ne pas traiter de la même manière les majeurs soumis à ces deux mesures, les restrictions à la liberté d'exercice des droits de la personne sous sauvegarde de justice ne trouvant alors aucune justification. Il conviendrait alors de prendre en compte de façon autonome les personnes dont les facultés sont les moins gravement altérées et de ne plus les assimiler aux curatélaires dont la capacité est beaucoup plus restreinte. Les dons de cellules hématopoïétiques concernant un majeur placé sous sauvegarde de justice ne devraient faire l'objet d'aucune condition spécifique et supplémentaire par rapport au droit commun. Leur classification au même rang que les majeurs en curatelle est contraire à l'esprit général des dispositions du Code civil prônant une autonomie garantie et respectée et un libre exercice des droits quasi absolu.

568. Traitement essentiel des critiques. Certes des avancées méritent d'être constatées en ce qui concerne la prise en compte des majeurs protégés par rapport aux prélèvements et aux dons d'organes et de tissus mais des critiques peuvent être émises et il convient de s'y intéresser même s'il s'agit de « *détails presque ignorés de la législation* »¹²⁴³. C'est en traitant progressivement ce genre de « détails » que des évolutions significatives se feront sentir en matière de protection des majeurs, de respect de leur volonté et de leur autonomie dans des actes médicaux attentatoires à leur intégrité. En outre, ce sont des choses simples à traiter en

¹²⁴² Article 435 C. civ.

¹²⁴³ A. Dionisi-Peyrusse, « Prélèvement de moelle osseuse sur personnes vulnérables : les parents oubliés », art. préc.

ce sens qu'il faudrait « réfléchir à un alignement du sort des descendants sur celui des oncles et tantes et neveux et nièces »¹²⁴⁴. Il faudrait également distinguer la prise en compte du majeur sous sauvegarde de justice de celle du majeur sous curatelle dont les prélèvements de moelle osseuse doivent être plus encadrés.

D'autres avancées législatives peuvent être soulignées en matière médicale (à la frontière du médical et de la sexualité plus exactement) : il s'agit principalement de la question de la stérilisation qui a fait couler beaucoup d'encre pour différentes raisons.

B. Le cas particulier de la stérilisation

569. Pas de règles précises pour encadrer la stérilisation. Pendant longtemps, la stérilisation¹²⁴⁵, qui se traduit par une suppression irréversible des capacités reproductrices, n'a pas fait l'objet d'une législation précise mais « d'un cadre légal très flou »¹²⁴⁶. La branche pénale fut la seule à traiter de la stérilisation mais de manière indirecte, la répression se faisant par le biais des mutilations volontaires prévues à l'article 222-9 C. pén. Outre le fait que la stérilisation corresponde à « un renoncement quasi définitif à la fécondité qui n'est pas sans incidence psychologique »¹²⁴⁷, elle est avant tout une atteinte au corps. Or, l'article 16-3 C. civ. prohibe ces atteintes, exception faite de la « nécessité médicale ». Bien que la protection du corps humain et son inviolabilité¹²⁴⁸ constituent des principes essentiels,

¹²⁴⁴ A. Dionisi-Peyrusse, « Prélèvement de moelle osseuse sur personnes vulnérables : les parents oubliés », art. préc.

¹²⁴⁵ Cette pratique fait l'objet de dispositions particulières à l'article R2123-6 C. santé publ. qui en donnent notamment les conditions de validité. Elle est définie comme une « opération chirurgicale (ligature des trompes, vasectomie) ayant pour résultat d'empêcher plus ou moins définitivement la procréation », Petit Larousse 2012, p 1038. Relativement à la stérilisation des personnes handicapées, voir par exemple : B. Py, « Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale », thèse Nancy, 1993, pp 108 ; O. Dupuy, « Guide de la protection des majeurs. La réforme du 5 mars 2007 expliquée », Heures de France, 2009, n°121., p 133 ; J-B. Thierry, « Le handicap et le droit criminel », op. cit., n°62 et s., pp 74. ; A. Dorsner-Dolivet, J-H. Soutoul, « La stérilisation humaine en pratique courante et toujours illicite », *Médecine et Droit*, 1^{er} sept. 1993, n°2, p 42 ; G. Mémeteau, « La contraception chez les personnes handicapées mentales : commentaire de l'avis du comité consultatif national d'éthique du 3 avril 1996 », *Médecine et Droit*, 1^{er} mars 1998, n°29, p 15 ; F. Fresnel, « La stérilisation des malades mentaux », *Médecine et Droit*, 1^{er} juill. 1998, n°31, p 12 ; T. Fosier et T. Verheyde, « La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs », *JCP G*, 25 juill. 2001, n°30, p 1477.

¹²⁴⁶ T. Fossier et T. Verheyde, « La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs. Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001. », *JCP G* n°30, 25 juillet 2001, act.

¹²⁴⁷ Vision de C. Boutin, JOAN, séance 30 nov. 2000.

¹²⁴⁸ Ce principe a été mis en avant par le Comité consultatif national d'éthique dans un avis n°49 du 3 avril 1996 et l'une des trois propositions émanant de cet avis concernait la mise en place d'une loi spéciale relative à la stérilisation contraceptive afin que le principe d'inviolabilité du corps humain ne soit pas violé.

l'absence de règles suffisamment claires et précises relativement à la stérilisation des personnes handicapées mentales a été préjudiciable.

Certaines stérilisations étaient pratiquées de manière obscure et clandestine à l'encontre plus particulièrement de femmes dont les facultés intellectuelles étaient gravement altérées. C'est certainement en partant de ce constat que le législateur s'est prononcé, le 4 juillet 2001¹²⁴⁹, en faveur d'une légalisation de la stérilisation contraceptive des handicapés mentaux sous certaines conditions malgré une idée « *d'exercice du pouvoir sur leur personne* »¹²⁵⁰ ou « *d'une certaine forme de gouvernement des personnes handicapées mentales* »¹²⁵¹. Même si la procédure et les conditions instaurées par cette loi nouvelle sont conformes aux exigences de la Conv. EDH, des risques de dérive eugénique existent à cause de plusieurs facteurs.

1° Une loi source de potentielles dérives, notamment eugéniques

570. Opposition cadre existant/loi nouvelle. La loi du 4 juillet 2001 autorisant le recours à la stérilisation contraceptive¹²⁵² a été adoptée sous l'influence des praticiens qui étaient très favorables à la légalisation afin d'éviter de poursuivre leurs « *pratiques stérilisantes souterraines [...] clandestines, réelles et constantes* »¹²⁵³. La volonté affichée était de créer un cadre légal minimal concernant une pratique socialement rejetée et éthiquement discutable. Sous prétexte de vouloir clarifier des pratiques existantes et à la demande des familles, le législateur permet une nouvelle dérogation au principe de respect du corps humain et le caractère irréversible d'une telle intervention, en ce qu'il doit être nuancé¹²⁵⁴, apporte une sorte de justification à l'atteinte causée à la personne handicapée mentale qui subit ce

¹²⁴⁹ Loi n°2001-588 du 4 juil. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

¹²⁵⁰ M. Iacub, « *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique* », Flammarion, 2003, p 100.

¹²⁵¹ M. Iacub, « *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique* », op. cit., p 100.

¹²⁵² L'article L2123-2 C. santé. publ. prévoit spécifiquement le cas de la stérilisation des majeurs sous curatelle et sous tutelle.

¹²⁵³ A. Boumaza, « La stérilisation et le handicap mental : de la légalisation de la stérilisation contraceptive à la dérive eugénique », in. « Hospitalisation psychiatrique et Droits de l'Homme : la protection de la personne malade mentale », vol. 2, éd. CTNERHI.

¹²⁵⁴ J-B. Thierry précise à ce sujet qu'« *il convient de nuancer l'affirmation de l'irréversibilité de la stérilisation* », notamment parce qu'il existe des clips qui peuvent servir à stériliser dès lors qu'ils sont posés sur les trompes ou les canaux déférents mais ces clips peuvent être extraits lors d'une seconde intervention chirurgicale.

traitement. De nombreuses critiques¹²⁵⁵ ont alors été émises relativement à cette loi qui permet, bien que de manière subsidiaire, le recours aux méthodes de stérilisation dite « de confort ». Les controverses et paradoxes qui ont été avancés par la doctrine concernent l'instauration d'une législation dont la finalité est contraire à celle du droit des incapacités qui est la protection des individus les plus faibles et dont l'état des facultés nécessite une protection et une attention particulière. L'adoption d'une telle loi semble en adéquation avec les souhaits émis quant à la prise en compte des personnes handicapées mentales et au respect de leur autonomie et de leur liberté. Les intérêts qui ont été privilégiés ne sont pas ceux des majeurs protégés mais ceux du monde médical et des familles qui se voient désormais "couverts" par la loi, les pratiques stérilisantes n'ayant plus à être passées sous silence.

571. Principe de la finalité thérapeutique : oui, mais... La célèbre affaire dite « des stérilisés de Bordeaux »¹²⁵⁶ a permis de mettre en exergue la nécessité thérapeutique qui doit guider toute opération de stérilisation effectuée sur une personne majeure. Dans cette espèce, l'absence de but thérapeutique a conduit à la répression de telles pratiques et à la prohibition de la stérilisation contraceptive. Outre le but thérapeutique, il est nécessaire d'obtenir le consentement de l'intéressé, ou de le rechercher systématiquement si une mesure de tutelle est ouverte. Cependant, des stérilisations sans consentement ni aucun motif thérapeutique sont effectuées sur le fondement de l'inaptitude des personnes handicapées mentales les plus lourdement atteintes d'élever des enfants. A ce stade apparaît encore une idée d'eugénisme¹²⁵⁷, la tolérance de ce genre d'actes limitant de manière discrétionnaire les naissances dès lors qu'un membre du couple est atteint de handicap mental.

A ces conditions, liées à la finalité de l'acte et au consentement de l'intéressé – avec le problème que celui-ci pose relativement aux majeurs en tutelle –, s'ajoute le degré de gravité des atteintes subies par l'intéressé. Il doit en effet exister un seuil qui permette de justifier l'intervention stérilisante réalisée à l'encontre du majeur protégé.

¹²⁵⁵ A. Boumaza parle d'une « adoption controversée », « La stérilisation et le handicap mental : de la légalisation de la stérilisation contraceptive à la dérive eugénique », art. préc. ; F. Bellivier insiste sur le fait que « la loi apparaît résolument frappée au coin du paradoxe, voire de la contradiction », in. « IVG et stérilisation : loi du 4 juillet 2001 », *RTD. Civ.* 2001, p 972.

¹²⁵⁶ Cass. crim. 1^{er} juil. 1937.

¹²⁵⁷ Aux termes du Petit Larousse 2012, l'eugénisme « cherche à limiter la reproduction des individus porteurs de caractères jugés défavorables ou à promouvoir celle des individus porteurs de caractères jugés favorables », p 429.

572. *Etonnant rôle du juge des tutelles.* Bien que la procédure mise en place paraisse satisfaisante en ce qu'elle impose le consentement du majeur et le respect de l'expression de son refus, des points sont regrettables et pourraient laisser présager des dérives. La principale zone d'ombre est celle qui règne autour du rôle du comité d'experts dont la participation à la décision d'application du traitement stérilisant pourrait être intéressante. Toutefois, le texte ne lui offre qu'un simple avis consultatif alors qu'il est évident que, disposant des connaissances les plus approfondies, il eut été plus logique et judicieux de lui confier un pouvoir décisionnel en lieu et place du juge des tutelles. En effet, ce dernier a curieusement été désigné comme le décideur après avoir auditionné le majeur et ses parents. Si cela ne pose guère de problème lorsque le majeur est en tutelle, la situation est nettement plus discutable pour les majeurs en curatelle ; le juge se prononce sur la mise en place du traitement en l'absence de tout conflit. Les dispositions du texte de loi renforcent, injustement, le rôle du juge des tutelles dans la procédure de stérilisation tandis que, comme le souligne M. Fossier, on peut « *regretter enfin que le comité d'experts s'annonce pléthorique* »¹²⁵⁸. Il aurait, selon nous, été préférable de donner un pouvoir décisionnel à ce comité pour l'impliquer davantage dans le processus et pour éviter que la charge complète de la mise en œuvre du traitement ne pèse sur le juge des tutelles qui, espérons-le, fera primer l'intérêt du majeur et non celui du corps médical.

2° Une loi en accord avec les grands principes européens

573. *Aperçu des principes européens.* Bien que source de critiques, la législation encadre de manière stricte la stérilisation des personnes handicapées mentales et la procédure à suivre est conforme aux grands principes du droit européen, parmi lesquels le droit de fonder une famille et de se marier (article 12 de la Convention EDH), le droit au respect de la vie privée (article 8) et le rejet des traitements inhumains et dégradants (article 3).

574. *Strictes conditions.* L'article L2123-2 C. santé. publ. prévoit différentes conditions pour justifier la stérilisation de la personne handicapée mentale : elle doit avoir lieu en dernier recours, c'est-à-dire lorsqu'est constatée une contre-indication médicale absolue à tout autre moyen contraceptif ou une impossibilité de les mettre en œuvre efficacement après audition et

¹²⁵⁸ T. Fossier et T. Verheyde, « La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs. Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001. », art. préc.

recherche du consentement de l'intéressé et avis d'un comité d'experts¹²⁵⁹. Par exemple, les femmes ayant une anomalie sanguine ou des antécédents de phlébite ne pourront prendre la pilule dont un effet secondaire est le risque de caillot sanguin. De même, les femmes enceintes ou atteintes d'un cancer du sein ne pourront utiliser de contraceptif injectable progestatif. L'instauration de telles conditions par le législateur permet d'éviter un recours trop systématique à ce procédé de stérilisation contraceptive et de le limiter aux cas les plus graves. Les principes de subsidiarité et de nécessité qui sont réaffirmés par le législateur lors de la réforme de la protection des majeurs en 2007 semblent pleinement applicables à la stérilisation telle qu'elle est décrite dans la loi de 2001.

575. Subsidiarité de la stérilisation. L'ensemble de ces conditions cumulatives démontre que ce procédé est envisagé en dernier recours et de manière réellement subsidiaire, à l'image de ce qui existe pour la mise en place d'une mesure de protection. On privilégie alors la vie privée de la personne et l'immixtion de l'Etat n'est que minoritaire, le droit d'être parent faisant partie intégrante de la vie privée¹²⁶⁰. La mise en œuvre d'un traitement stérilisant va donc à l'encontre du droit d'être parent que les juges européens reconnaissent de manière constante. C'est pourquoi le recours à cette technique doit nécessairement être secondaire et envisagé en cas d'insuffisance avérée des autres méthodes de contraception.

576. Validation par le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat a été amené à se prononcer sur la validité des dispositions de l'article L2123-2 C. santé. publ. relatives à la stérilisation contraceptive des majeurs handicapés mentaux et sur son décret d'application¹²⁶¹. Une association contre l'handiphobie souhaitait que le texte nouveau soit reconnu contraire à différents textes supranationaux engageant la France. Mais après avoir analysé les conditions permettant de recourir valablement à la stérilisation, le Conseil d'Etat conclut que ce nouvel article n'a pas « *pour objet ou pour effet de favoriser la stérilisation non volontaire des personnes handicapées* ». La procédure mise en place permet de respecter le refus de la personne, et si son état le lui permet, de donner son consentement. Elle est donc conforme à la Convention EDH et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19

¹²⁵⁹ Relativement au comité d'experts, cf *supra*. n°567 et n°572.

¹²⁶⁰ Arrêt CEDH 10 avr. 2007, Evans c. Royaume-Uni, §72.

¹²⁶¹ Décret n°2002-779 du 3 mai 2002 pris pour l'application de l'article L2123-2 C. santé. publ.

décembre 1966 en ce qui concerne le droit de se marier et de fonder une famille¹²⁶², la prohibition des traitements inhumains et dégradants¹²⁶³ et le droit à une vie privée et familiale¹²⁶⁴. Bien que discutable sur le plan moral et éthique, la loi encadrant la stérilisation contraceptive semble conforme aux droits fondamentaux reconnus aux individus au niveau supranational. Le garde-fou réside dans l'existence d'un motif thérapeutique dont le respect empêche de caractériser le traitement inhumain et dégradant prohibé par l'article 3 de la Convention EDH. C'est pourquoi il est essentiel de faire constater médicalement la contre-indication ou l'impossibilité de mettre en œuvre de façon efficace une autre méthode de contraception. Ceci passe par la présentation d'un certificat faisant état de l'existence d'une phlébite antérieure ou d'anomalies sanguines restreignant le recours à la pilule ou encore le constat d'une grossesse extra-utérine qui empêcherait la pose d'un stérilet.

577. Alternatives à la stérilisation. Malgré la légalisation de la stérilisation à visée contraceptive pour les personnes handicapées mentales, d'autres méthodes existent, notamment celle des injections progestatives trimestrielles comme l'a relevé M. Boumaza¹²⁶⁵. Même s'il existe des effets indésirables, notamment des saignements ou des règles imprévisibles, cette technique serait moins traumatisante puisque la stérilisation « *n'est pas sans incidence psychologique* » selon les termes de Mme Boutin lors de la séance de l'Assemblée Nationale du 30 novembre 2000. Déjà utilisée en France, cette série d'injections serait plus en adéquation avec l'état des personnes handicapées mentales quand bien même il faille répéter le geste tous les mois environ soit le temps d'action de l'hormone injectée en grande quantité. En outre, comme cela a déjà été souligné, il existe quelques contre-indications quant à la mise en œuvre de cette méthode contraceptive, à savoir un état de grossesse ou un cancer du sein. A notre sens, cette méthode de contraception devrait être privilégiée pour les personnes en situation de handicap, à condition qu'elles ne présentent pas les contre-indications précédemment citées qui pourraient alors déclencher le choix d'une stérilisation.

¹²⁶² Article 12 de la Convention EDH et article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 déc. 1966.

¹²⁶³ Article 3 de la Convention EDH et article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 déc. 1966.

¹²⁶⁴ Article 8 de la Convention EDH.

¹²⁶⁵ A. Boumaza, « La stérilisation et le handicap mental : de la légalisation de la stérilisation contraceptive à la dérivation eugénique », art. préc.

Section 2 : La vie maritale du majeur protégé

L'autonomisation des personnes atteintes de handicap mental transparait encore dans le domaine de l'union, c'est-à-dire le mariage et le pacte civil de solidarité. Bien qu'ils ne demeurent pas totalement indépendants et libres dans l'exercice de leurs actes, les majeurs handicapés mentaux disposent d'une marge d'autonomie plus importante depuis la loi du 5 mars 2007 ; le mariage (§1) et le pacte civil de solidarité (§2) sont en effet des actes personnels ne disposant toutefois pas du statut particulier des actes strictement personnels relevant de l'article 458 C. civ. Les formalités sont donc allégées afin de laisser plus de libertés aux personnes handicapées mentales souhaitant se marier ou conclure un PACS.

En réalité, les situations problématiques se rencontrent seulement lorsqu'un majeur placé sous tutelle ou sous curatelle souhaite consentir à son mariage ou signer une convention en vue de se pacser. En effet, la personne handicapée mentale qui ne bénéficierait d'aucune mesure de protection ou celle qui serait placée sous sauvegarde de justice dispose toujours de sa capacité juridique. Par conséquent, sous réserve d'être saine d'esprit, elle peut naturellement conclure un tel acte. La situation est différente en ce qui concerne les majeurs sous tutelle ou sous curatelle puisque l'altération de leurs facultés ne leur permet plus d'agir seuls et de donner un consentement valable. Il convient alors de prévoir l'intervention d'un ou plusieurs tiers selon les cas, mais quoi qu'il advienne, l'immixtion des personnes extérieures doit être de plus en plus limitée et ne pas se substituer au consentement personnel de l'intéressé.

§1) Le mariage de la personne handicapée mentale

Dans le mariage, deux moments particuliers laissent percevoir une marge d'autonomie pour le majeur protégé. Il est davantage impliqué lors du prononcé et lors de l'éventuelle dissolution du mariage puisque la loi impose désormais qu'il soit entendu, cette audition s'ajoutant à l'obtention d'une autorisation du juge des tutelles pour les personnes placées sous tutelle. Le mariage d'une personne protégée n'est valable que si celle-ci a eu l'occasion de s'exprimer et d'être entendue. Bien que cette condition ne soit pas suffisante, elle démontre la

volonté d'offrir au majeur une marge d'autonomie plus grande et de donner un avis sur des actes qui le touchent plus particulièrement.

A. La participation du majeur à la création du lien matrimonial

Le mariage n'a pas toujours été ouvert aux personnes handicapées mentales, notamment celles bénéficiant d'une mesure de tutelle car, comme le souligne le Professeur Malaurie, « *la loi avait pris des dispositions particulières pour le mariage, soulignant que cette union devait être exceptionnelle* »¹²⁶⁶. La loi du 3 janvier 1968 prévoit, outre le recueil de l'avis du médecin traitant et l'autorisation du conseil de famille – susceptible de recours par le juge des tutelles –, un consentement personnel du majeur lui-même ce qui restreint les possibilités¹²⁶⁷. Les conditions d'accès au mariage sont alors très restrictives ce qui limite fortement les unions de personnes atteintes de troubles mentaux les plus graves. Pour tenter de trouver une explication à cette situation, il semble intéressant de faire un bref aperçu historique sur le régime et les finalités du mariage au cours du temps et dans les différentes civilisations grecques, romaines ou encore égyptiennes.

1° L'historique et l'évolution des finalités du mariage

578. Mariage et descendance. Originellement, la finalité exclusive du mariage est la procréation, les relations sexuelles entre époux étant strictement orientées vers la création d'une descendance légitime. Foucault¹²⁶⁸ décrit en effet « *une tripartition* » entre la courtisane, la concubine et l'épouse, chacune ayant un rôle précis dans la vie d'un homme : « *plaisir sexuel d'un côté, vie quotidienne de l'autre, et enfin pour l'épouse seulement maintien de la lignée* »¹²⁶⁹. Il découle de ce principe que la fidélité sexuelle n'est aucunement réciproque, l'homme ayant la faculté de fréquenter d'autres femmes que son épouse pour les plaisirs charnels. Ainsi, dans les premiers temps et plus particulièrement chez les Grecs à

¹²⁶⁶ P. Malaurie, « *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs* », Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n°783.

¹²⁶⁷ Voir en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, Bull. civ. I, n°124 ; J-J. Lemouland, « Les recours contre une décision du conseil de famille autorisant le mariage d'un majeur en tutelle », *D.* 1999, p 19 ; J. Massip, « Le mariage du majeur en tutelle implique le consentement personnel de l'incapable », *LPA*, n°19, 27 janv. 1999, p 14 ; J. Hauser, « Le mariage de l'incapable », *RTD Civ.*, 1998, p 658.

¹²⁶⁸ M. Foucault, « *Histoire de la sexualité II. L'usage des plaisirs* », coll. tel., éd. Gallimard, 1984, p 194.

¹²⁶⁹ M. Foucault, « *Histoire de la sexualité II. L'usage des plaisirs* », op. cit. Ibidem.

l'époque classique, le mariage n'est perçu que comme le moyen d'assurer une descendance, les plaisirs sexuels étant à distinguer du simple but procréateur. Ce déséquilibre favorable à l'homme dans les devoirs relatifs au mariage trouve sa justification dans la toute puissance qu'il exerce sur les femmes. L'union d'un homme et d'une femme permet « *le transfert au mari de la tutelle exercée jusqu'alors par le père* »¹²⁷⁰, ce qui prouve l'emprise dont dispose le mari sur la femme et « *l'omnipotence du mari seigneur et maître de la communauté* »¹²⁷¹. En effet, le rapprochement avec la tutelle, mesure de protection la plus restrictive de droits, n'est pas anodine : l'épouse est sous le contrôle de son mari¹²⁷², son émancipation n'a eu lieu qu'au cours du XXème siècle.

579. Transmission successorale. Progressivement les mentalités changent et la perception du mariage également. C'est ainsi que dans la société païenne, le mariage acquiert une nouvelle finalité, celle de « *transmettre le patrimoine aux descendants, plutôt qu'à d'autres membres de la famille* »¹²⁷³. Toujours en corrélation avec les enfants, et donc la procréation, le fait de se marier permettait alors de favoriser les enfants à l'occasion de la succession et d'éviter une perte des biens familiaux. Puis, l'épouse va bénéficier d'un renforcement de son rôle au sein du couple ce qui va aboutir, à l'époque de l'Égypte romaine, à une sorte de contractualisation du mariage où chacun des conjoints doit émettre une volonté en vue de cette union. L'époque impériale marque une nouvelle évolution dans les finalités du mariage puisqu'à la volonté de procréation et d'assurance de la descendance vient s'ajouter « *une finalité communautaire* ». On se trouve alors face à une « *dualité des buts du mariage : une descendance à obtenir, une vie à partager* »¹²⁷⁴. Par conséquent, au but originel de procréation est venu s'ajouter celui de la communauté de vie avec pour chacun des conjoints des droits et devoirs beaucoup plus équilibrés qu'auparavant tendant donc vers « *la*

¹²⁷⁰ M. Foucault, « *Histoire de la sexualité III. Le souci de soi* », coll. tel., éd. Gallimard, 1984, p 99.

¹²⁷¹ P. Catala, « « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », Dossier – Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, *JCP N*, n°36, 5 sept. 2008, 1267.

¹²⁷² La femme s'est pendant longtemps trouvée en situation d'infériorité dans le couple, entièrement soumise à son mari qu'initialement elle ne choisissait même pas : au Moyen-Age, la mariée est remise à son époux. L'instauration du Code civil en 1804 confirme cette position puisque les articles 215 et 227 prévoient une incapacité juridique de la femme mariée, sauf en ce qui concerne la nue-propriété (voir en ce sens P. Catala, « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », préc.). Un premier pas fut fait en 1938 avec l'adoption d'une loi le 18 février portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée. La seconde étape importante dans l'émancipation de la femme mariée résulte d'une loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale qui est à l'origine de l'actuel article 213 C. civ. et qui substitue l'autorité parentale à la toute puissance paternelle.

¹²⁷³ M. Foucault, « *Histoire de la sexualité II. L'usage des plaisirs* », coll. tel., éd. Gallimard, 1984, p 102.

¹²⁷⁴ M. Foucault, « *Histoire de la sexualité III. Le souci de soi* », coll. tel., éd. Gallimard, 1984, p 203.

constitution d'une communauté parfaite »¹²⁷⁵ même si pendant longtemps « *les pouvoirs exorbitants du mari issus du régime matrimonial annihilait, en pratique, la capacité retrouvée des épouses* »¹²⁷⁶.

580. De la finalité procréatrice à celle de vie commune. Initialement perçu comme le moyen d'établir une descendance et de procréer, le mariage a ensuite évolué pour devenir le partage d'une vie commune. Toutefois, au fur et à mesure de ces évolutions, les majeurs souffrant de handicap mental sont écartés de cette institution. Différents facteurs peuvent expliquer cette marginalisation, tel le fait que la finalité principale du mariage soit la procréation ; or, qui dit procréation dit relation sexuelle et l'image renvoyée par les handicapés mentaux à ce sujet fait peur et reste taboue encore aujourd'hui. En outre, il subsiste la crainte que la sexualité des personnes handicapées aboutisse nécessairement à des enfants eux aussi atteints de handicap. Pour éviter une sorte de propagation, la société a tendance à leur nier toute vie sexuelle bien que ce phénomène s'atténue au cours du temps.

A ceci s'ajoute le fait que la dignité humaine est une notion relativement récente à laquelle les handicapés mentaux aspirent depuis peu. Les personnes souffrant de handicap mental n'étaient pas perçues comme des êtres humains à part entière et à ce titre avaient un statut à part et peu valorisant ; c'est d'ailleurs ce que met en avant M. Giami lorsqu'il parle d'une « *bête* »¹²⁷⁷. Cet auteur va même plus loin dans son constat en précisant que « *la maladie est incompatible avec la sexualité* »¹²⁷⁸. Les différentes études qu'il a menées en institutions peuvent aboutir au constat selon lequel « *si ce n'est pas le regard qui est posé sur cette population et sa vie sexuelle qui est problématique* »¹²⁷⁹. L'image péjorative et négative que le handicap mental transporte peut expliquer la grande restriction à l'accès au mariage pour les personnes les plus profondément touchées.

¹²⁷⁵ M. Foucault, « *Histoire de la sexualité III. Le souci de soi* », coll. tel., éd. Gallimard, 1984, p 240.

¹²⁷⁶ P. Catala, « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », art. préc.

¹²⁷⁷ A. Giami, C. Humbert, D. Laval, « *L'ange et la bête : représentations de la sexualité des handicapés mentaux chez les parents et les éducateurs* », CTNERHI, 1983.

¹²⁷⁸ A. Giami, P. de Colomby, « Relations sociosexuelles des personnes handicapées vivant en institution ou en ménage : une analyse secondaire de l'enquête "Handicap, incapacités, dépendances" », *Revue européenne de recherche sur le handicap*, 2, 2008, p 109.

¹²⁷⁹ A. Giami, « Sexualité, handicaps et vieillissement : comment penser les prises en charge en institution », in. « *Sexualité, handicaps et vieillissement* », P. Pitaud (sous la dir.), Erès, 2011, p 195.

2° Les cas spécifiques des majeurs en curatelle et en tutelle

581. Sauvegarde de justice et liberté. Le mariage ne présente aucune particularité concernant les majeurs atteints de trouble mental mais ne bénéficiant d'aucune mesure juridique de protection ni ceux qui sont placés sous sauvegarde de justice puisque ceux-ci conservent leur capacité juridique ; ils ont donc la possibilité de se marier librement.

582. Mariage et curatelle. Le cas est plus complexe pour les majeurs sous curatelle et encore plus pour les majeurs sous tutelle qui souhaitent se marier. Concernant le majeur sous curatelle, il doit nécessairement donner son consentement et, en principe, obtenir l'autorisation du curateur. En effet, il est possible de passer outre le refus du curateur en s'adressant directement au juge des tutelles, c'est ce que signifie l'expression « à défaut » dans l'article 460 C. civ.¹²⁸⁰. Déjà sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968 ce système d'autorisation du curateur était en vigueur, le législateur de 2007 n'ayant rien modifié quant au mariage du majeur sous curatelle¹²⁸¹. Ainsi, le consentement de l'intéressé est nécessaire mais pas suffisant puisqu'il doit en outre être autorisé par le curateur ou le juge des tutelles.

583. Mariage et tutelle. La situation du majeur sous tutelle souhaitant se marier a été clarifiée et simplifiée par le législateur de 2007. Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968, il lui était en effet très compliqué de se marier, il semblait même que « *cette union devait être exceptionnelle* »¹²⁸². Ceci justifiait les nombreuses conditions qu'il fallait réunir afin que le majeur bénéficiant d'une mesure de tutelle puisse valablement se marier. L'article 506 anc. C. civ.¹²⁸³ prévoyait le recueil de différentes autorisations et l'intervention de plusieurs personnes extérieures ; le juge des tutelles, le conseil de famille, les parents et le médecin traitant ayant chacun un rôle dans la procédure de mariage d'un majeur placé sous tutelle. Cependant, le consentement préalable de l'intéressé devait – et doit encore – nécessairement

¹²⁸⁰ L'article 460 C. civ. dispose « *Le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge* ».

¹²⁸¹ L'article 514 anc. C. civ. était rédigé de la manière suivante : « *Pour le mariage du majeur en curatelle, le consentement du curateur est requis ; à défaut, celui du juge des tutelles* ».

¹²⁸² P. Malaurie et L. Aynès, « *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs* », Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n°783.

¹²⁸³ Cet article prévoyait « [...] *le mariage d'un majeur en tutelle n'est permis qu'avec le consentement d'un conseil de famille spécialement convoqué pour en délibérer. Le conseil ne peut statuer qu'après audition des futurs conjoints.*

Il n'y a pas lieu à la réunion d'un conseil de famille si les père et mère donnent l'un et l'autre leur consentement au mariage.

Dans tous les cas l'avis du médecin traitant doit être requis ».

être recueilli. Dans une affaire de mariage concernant un homme malade privé de l'usage de la parole et de toute autre façon de manifester une quelconque volonté et placé sous tutelle, les juges du fond¹²⁸⁴ puis la Cour de cassation¹²⁸⁵ ont affirmé que le mariage d'un majeur en tutelle « *nécessite, préalablement, le consentement du majeur* ». Partant, le « *consentement personnel constitue une condition nécessaire mais pas suffisante* »¹²⁸⁶ pour que l'union soit valablement célébrée. Le consentement devant être libre et éclairé, il suppose un moment de lucidité de la part du majeur sous peine d'être vicié et de devenir cause d'annulation du mariage. Or, la preuve de la lucidité n'est pas simple à rapporter et il n'est pas simple de savoir à partir de quel moment le majeur est lucide. Le fait d'avoir recours au conseil de famille spécialement convoqué à cet effet permet d'optimiser le contrôle et l'appréciation de cette lucidité essentielle pour que le consentement soit valablement donné. Mais, lorsque le consentement des parents était recueilli et se substituait à l'autorisation spéciale du conseil de famille, l'intervalle lucide était apprécié de manière beaucoup moins stricte.

584. Réforme du 5 mars 2007 et simplification des conditions. L'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 a entraîné des changements relatifs au mariage des majeurs sous tutelle. Ces changements vont dans le sens d'un accès facilité au mariage pour les personnes souffrant de handicap mental et placées sous une mesure de tutelle. Certes elles ne bénéficient pas d'une totale indépendance, d'une totale autonomie, dans la conclusion de leur mariage mais l'intervention de personnes tierces est plus limitée. Si le recueil du consentement préalable du majeur est toujours une condition nécessaire, la volonté du législateur de favoriser l'autonomie de la personne handicapée et de la replacer au centre du dispositif décisionnel a été source d'un allègement des conditions d'accès au mariage. Ceci se traduit par l'audition des époux mais aussi et surtout par la suppression de certains intermédiaires.

585. Atténuation du rôle des tiers. Le rôle des parents et du conseil de famille est désormais très atténué tandis que le médecin traitant disparaît complètement de la procédure. Le conseil de famille n'a effectivement plus à être spécialement convoqué pour autoriser le majeur sous tutelle à se marier, le nouvel article 460 al. 2 C. civ. précisant que « *le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille*

¹²⁸⁴ TGI Troyes, 12 décembre 1996.

¹²⁸⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, n°97-11252, Bull. 1998 I n°124, p 82.

¹²⁸⁶ J. Massip, « Le mariage du majeur en tutelle implique le consentement personnel de l'incapable », *LPA* 27 janvier 1999, n°19, p 14.

s'il a été constitué [...] ». Une interprétation littérale de ce texte peut laisser penser que la constitution du conseil de famille n'est plus une obligation et que, par conséquent, il n'est plus l'élément décisionnel quant à l'éventuel mariage du majeur protégé. Le juge des tutelles peut seul autoriser le mariage d'un majeur placé sous tutelle après avoir recueilli le consentement préalable de l'intéressé puisque l'audition des futurs époux reste obligatoire. Par ailleurs, cette phase d'audition a une importance énorme car elle permet la participation directe du majeur à cet acte dont la nature personnelle ne fait aucun doute.

586. Rôle subsidiaire des parents. Les parents voient eux aussi leur rôle perdre de l'importance : alors que jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 « *le consentement des père et mère permettait d'éviter la réunion d'un conseil de famille* »¹²⁸⁷, désormais, leur avis est recueilli en cas de besoin, « *le cas échéant* »¹²⁸⁸. Non seulement leur consentement n'est plus requis, mais lorsque cela est nécessaire, le juge se contente de recueillir leur avis. Or, contrairement au consentement qui avait une véritable valeur dans la décision, l'avis ne lie aucunement le juge. Là où les parents, et accessoirement l'entourage, avaient un rôle déterminant sous l'empire de la législation ancienne, ils sont maintenant mis à la marge de la décision et se cantonnent à donner leur avis dans des cas exceptionnels.

587. Disparition du médecin traitant. Enfin, le médecin traitant, dont l'avis devait être nécessairement recueilli sous l'empire de la loi ancienne afin de valider le mariage, disparaît totalement du système¹²⁸⁹ et n'a plus à intervenir relativement au mariage d'un majeur sous tutelle, et *a fortiori* d'un majeur handicapé mental. Cette formalité ancienne pouvait sembler redondante et inutile face aux certificats circonstanciés qui doivent être établis par des médecins spécialistes inscrits sur la liste du procureur de la République. Si une mesure de tutelle est ouverte au bénéfice du majeur, cela signifie forcément que le médecin spécialiste s'est prononcé sur son état mental. De plus, puisque la nouvelle loi impose une révision périodique¹²⁹⁰ des mesures de protection ouvertes, l'examen des facultés mentales des

¹²⁸⁷ T. Verheyde, « La protection de la personne du majeur protégé », *AJ Fam.* 2009, p 19.

¹²⁸⁸ Al. 2 article 460 C. civ.

¹²⁸⁹ Le législateur de 2007 a d'ailleurs mis le médecin traitant de côté aussi dans le cadre de l'ouverture et du renouvellement des mesures de protection juridique puisqu'il est désormais fait appel à un médecin spécialiste qui doit obligatoirement être inscrit sur une liste établie par le procureur de la République comme cela est prévu à l'article 431 C. civ.

¹²⁹⁰ Selon la mesure, la durée n'est pas la même : la sauvegarde de justice est ouverte pour un an renouvelable, la curatelle et la tutelle pour 5 ans maximum, délai à la fin duquel il sera nécessaire de procéder à un réexamen de l'intéressé pour renouveler, ou non, la protection.

personnes placées sous protection est régulièrement effectué puisque le renouvellement des mesures le requiert. Partant, l'avis du médecin traitant en vue du mariage a perdu de son utilité et de sa valeur. Enfin, concernant le droit commun du mariage, une loi du 20 décembre 2007¹²⁹¹ est venue confirmer la mise à l'écart du médecin traitant, amorcée dans le droit des incapacités, en ce sens qu'elle n'impose plus la visite médicale préalable à l'union ; il n'est donc plus nécessaire pour les époux, pour des raisons de respect du secret professionnel, de fournir un certificat prénuptial.

588. *Audition du majeur mais importance des tiers.* Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, le mariage est ouvert à toutes les personnes souffrant de handicap mental dans des conditions beaucoup moins restrictives en ce qui concerne notamment les majeurs sous tutelle. Alors que les personnes atteintes de handicap mental mais ne bénéficiant d'aucune mesure de protection et celles qui sont placées sous sauvegarde de justice ont la possibilité de se marier librement et de façon autonome, il en va différemment pour les personnes placées sous curatelle ou sous tutelle. Comme pour tout mariage, il est indispensable de recueillir leur consentement¹²⁹² lors d'une audition, mais cette condition n'est pas unique. Des personnes tierces, à savoir le juge des tutelles (ou le conseil de famille s'il a été constitué), le représentant légal et éventuellement les parents, interviennent aussi dans la procédure de mariage. Ces tiers ont une importance considérable puisque sans leur consentement ou sans leur autorisation, le mariage est susceptible d'être annulé sur le fondement de l'article 146 C. civ. Le défaut de consentement pouvant annuler le mariage est constitué par l'absence de consentement du curateur ou l'absence d'autorisation du juge des tutelles dans le cas du mariage d'un majeur placé sous curatelle¹²⁹³.

Les juges de la Cour d'appel de Lyon étaient soumis à une affaire où l'autorisation avait été demandée au juge des tutelles mais le mariage avait été célébré sans même avoir attendu la réponse à cette demande. La particularité de l'espèce en question est que la faculté de contester le mariage a été ouverte au ministère public alors que l'article 182 C. civ. prévoit que le mariage « [...] *ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement* ». Certains auteurs se sont alors

¹²⁹¹ Loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

¹²⁹² L'article 146 C. civ. régissant le mariage de manière générale dispose en effet « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ».

¹²⁹³ C'est ce qu'il a été décidé par les juges de la Cour d'appel de Lyon en juin 2009, CA Lyon, 2^{ème} ch., sect.. A, 4 juin 2009.

demandés si cette ingérence du ministère public ne revenait pas à « *déposséder la majeure protégée des prérogatives relatives à sa personne* »¹²⁹⁴. Le mariage est par nature un acte personnel dont la réalisation revient en priorité à l'intéressé lui-même. Le ministère public correspond au garant de l'intérêt général, cet arrêt signifierait-il que le mariage des majeurs protégés et leur protection relève de l'intérêt général ?

589. Caractère indispensable du consentement. Cependant, le consentement personnel de l'intéressé demeure l'élément central et indispensable de la procédure sous peine de nullité. Des exemples existent sous l'empire des législations anciennes et nouvelles afin de démontrer que cette condition a perduré. La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 mars 1998¹²⁹⁵, précise que le consentement personnel de l'intéressé à son propre mariage est une condition nécessaire mais pas suffisante. Bien qu'en l'espèce toutes les autres conditions aient été réunies, le mariage ne pouvait valablement être prononcé sans l'accord du majeur lui-même.

Le fait d'évoquer le consentement personnel du majeur comme une condition indispensable à son mariage et de limiter les interventions extérieures au strict nécessaire tend à favoriser une certaine autonomie de l'intéressé relativement à la procédure de mariage. Même si cette dernière n'est pas totale pour les majeurs en curatelle ou en tutelle, elle est de plus en plus favorisée.

B. La dissolution du lien matrimonial : le divorce

590. Allègement des formalités par rapport au mariage. Dans le cadre du divorce, l'autonomie des personnes en situation de handicap mental a été renforcée puisque, très souvent, elles sont les seules actrices de la procédure, exception faite du cas des majeurs placés sous tutelle qui ont besoin de l'intervention du juge des tutelles et du tuteur. La liberté accordée aux personnes handicapées mentales concernant la rupture du lien matrimonial est plus grande que lorsqu'il s'agit de s'unir, de créer ce lien. En effet, malgré le fait que le mariage soit moins encadré depuis la loi du 5 mars 2007, les formalités demeurent plus contraignantes que celles qui sont relatives au divorce.

¹²⁹⁴ I. Maria, « Le mariage d'un majeur sous curatelle sans autorisation : un défaut de consentement », *Dr. Fam.* n°12, décembre 2009, comm. 161. Note sous CA Lyon, 2^{ème} ch., sect. A, 4 juin 2009, jurisdata n°2009-006808.

¹²⁹⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, n°97-11252, Bull. civ. 1998, I, n°124.

En outre, bien qu'il existe quatre types de divorce¹²⁹⁶ en droit de la famille français, tous ne sont pas ouverts aux majeurs protégés. Ces restrictions s'expliquent aisément du fait de l'altération médicalement constatée des facultés de la personne qui influence la validité du consentement du majeur protégé. C'est pourquoi, dès lors qu'une mesure de protection juridique est mise en œuvre, l'accès aux divorces par consentement mutuel et par acceptation du principe de la rupture du mariage n'existe pas. *A contrario*, une personne handicapée mentale mais ne bénéficiant d'aucune mesure de protection (sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle) a la possibilité d'invoquer n'importe quel type de divorce.

591. *Restrictions plus grandes en cas de curatelle et de tutelle.* La situation est différente pour les majeurs handicapés mentaux placés sous curatelle ou sous tutelle : ils ne peuvent entamer une procédure de divorce qu'en prouvant une altération du lien conjugal ou une faute de la part de leur conjoint. A l'inverse, il est plus délicat pour le conjoint d'une personne souffrant de handicap mental et bénéficiant d'une mesure de curatelle ou de tutelle de prouver une faute susceptible d'être la cause du divorce. C'est quant à l'imputabilité des faits que se posent les problèmes. L'article 242 C. civ. évoque des « *faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage [qui] sont imputables à son conjoint* » ; le problème qui se pose alors est donc celui de l'imputabilité des faits en ce qui concerne une personne dont les facultés mentales sont altérées. Ainsi, les faits commis sous l'empire d'un trouble mental, même fautifs, ne peuvent être utilisés par le conjoint pour engager une procédure de divorce pour faute. Une jurisprudence constante¹²⁹⁷ confirmée par un arrêt de la Cour de cassation et un arrêt de la Cour d'appel de Lyon plus récents consacrent cette influence du trouble mental dans la notion de faute cause de divorce.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 12 novembre 2009¹²⁹⁸, casse l'arrêt de la Cour d'appel qui n'avait pas vérifié si les faits reprochés à la conjointe placée sous curatelle étaient dus à l'altération de ses facultés mentales et ne pouvaient ainsi lui être imputés et constituer une faute cause de divorce. Cet arrêt « *est une illustration de la prise en compte du trouble mental dans la procédure de divorce* »¹²⁹⁹. En abolissant l'imputabilité des actes, l'altération

¹²⁹⁶ L'article 229 C. civ. précise que « *Le divorce peut être prononcé en cas :*

- *soit de consentement mutuel ;*
- *soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;*
- *soit d'altération définitive du lien conjugal ;*
- *soit de faute. »*

¹²⁹⁷ Cass. Civ. 15 juin 1955, Cass. 2^{ème} civ. 4 mai 1973, Cass. 2^{ème} civ. 12 mars 1980, CA Toulouse 29 oct. 1997.

¹²⁹⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 nov. 2009, n°08-20710.

¹²⁹⁹ P. Guiomard, « Divorce et trouble mental », *Dalloz actualité* 25 nov. 2009.

des facultés et le trouble mental « *enlèveraient le caractère de faute cause de divorce* »¹³⁰⁰. Toutefois, il ne faut pas croire que le divorce prononcé aux torts exclusifs de l'époux protégé n'existe pas. Un arrêt de la Cour d'appel de Lyon en 2009¹³⁰¹ a fait valoir que « *la protection d'une femme violente prime sur celle du majeur sous tutelle* »¹³⁰². Il semble alors qu'il y ait des cas où les intérêts à protéger exigent de passer outre cette non-imputabilité liée à un trouble mental, quel que soit son degré.

592. *Souci protecteur contre les mauvaises influences.* De plus, le fait d'interdire l'accès aux procédures de divorce basées sur le consentement aux personnes protégées dont les facultés sont le plus profondément atteintes permet naturellement d'éviter que ces personnes soient influencées négativement par des proches en qui elles auraient pu avoir confiance et qui profiteraient de leur position dominante. Le degré d'altération des facultés mentales peut inciter certaines personnes à s'immiscer dans le couple et manipuler le consentement du majeur protégé. Si celui-ci dispose d'un patrimoine important, sa famille peut lui faire croire que son épouse ne voit qu'un intérêt financier à la poursuite de leur union. A l'inverse, une personne mal intentionnée et attirée par un intérêt financier peut tenter de convaincre un époux handicapé mental de divorcer dans le but de récupérer une part plus large dans sa succession future par le biais d'un testament par exemple.

Une certaine autonomie s'affiche dans le cadre du divorce en ce qui concerne les personnes handicapées mentales puisque les actes ne nécessitent, en principe, l'intervention d'aucune tierce personne. Cette logique est aisément compréhensible pour les personnes handicapées mentales ne bénéficiant d'aucune mesure de protection et celles placées sous sauvegarde de justice puisque celles-ci conservent leur pleine capacité juridique. Cela semble en revanche plus étonnant pour les majeurs placés sous curatelle, ceux-ci étant « *seuls acteurs dans la procédure de divorce qui les concerne* »¹³⁰³. La seule obligation dans ce cas est de signifier tous les actes au curateur afin que celui-ci puisse, le cas échéant, venir en aide ou assister le majeur protégé. Ainsi, ce dernier est relativement autonome concernant son divorce car l'intervention du curateur est très limitée et largement subsidiaire.

¹³⁰⁰ I. Maria, « De quelques incidences attachées au placement sous un régime de protection juridique », *Dr. Fam.* n°1, janvier 2010, comm. 8, note sous Cass. 1^{ère} civ. 12 nov. 2009, n°08-20710.

¹³⁰¹ CA Lyon, 2^{ème} ch. civ., 14 déc. 2009, n°08-06756.

¹³⁰² I. Maria, « La faute cause de divorce, imputable à l'époux handicapé mental profond », *Dr. Fam.* n°6, juin 2010, comm. 109.

¹³⁰³ L. Pécaut-Rivolier, « Protéger un majeur vulnérable », 1^{ère} éd., 2010, éd. Delmas, n°1206, p 208.

593. Majeur en tutelle : distinction selon position du majeur. Quant aux majeurs sous tutelle, la procédure diffère selon que la personne protégée est demandeur ou défendeur au divorce. En effet, sous certaines conditions se rapprochant du mariage, un majeur sous tutelle peut être à l'origine d'une demande de divorce. Après avoir fait établir un certificat médical démontrant que l'état de santé de la personne est compatible avec la procédure engagée, le juge des tutelles prévoit une audition du majeur handicapé mental et le recueil de l'avis des parents avant de donner son éventuelle autorisation pour entamer la procédure de divorce. En cas d'accord du juge des tutelles, la procédure démarre et la personne handicapée mentale n'y joue aucun rôle puisque « *la procédure en divorce sera introduite et conduite par le tuteur au nom du majeur protégé* »¹³⁰⁴. Dans cette hypothèse, le majeur sous tutelle ne bénéficie que de très peu d'autonomie ce qui permet d'éviter les conflits avec son conjoint et les mauvais choix, ou les choix mal influencés, qui provoqueraient notamment des conséquences dommageables dans son patrimoine. La nécessité d'obtenir un certificat médical permet d'évaluer les facultés de la personne et surtout de mesurer son aptitude à accepter et à gérer les conséquences du divorce sans que son état ne se dégrade trop.

Le majeur en tutelle peut aussi être « victime » de la demande de divorce : dans ce cas, la demande est adressée au tuteur qui sera chargé de représenter le majeur tout au long de la procédure. Ainsi, aucune autonomie n'est reconnue au majeur sous tutelle lorsqu'il divorce et le tuteur joue alors pleinement son rôle de représentant.

Si la création du lien marital est simplifiée pour le majeur handicapé mental, il est en revanche fait appel à des tiers plus nombreux en matière de dissolution de ce lien dans un souci de protection des intérêts du majeur – par le biais du régime matrimonial qui est prioritaire dès lors qu'il est suffisant – et de conservation d'un lien social.

594. Débat sur le divorce des majeurs protégés. Une affaire jugée par le TGI de Caen le 19 juin 2012¹³⁰⁵ a lancé un débat intéressant en ce qui concerne le divorce des majeurs protégés et un éventuel rapprochement à faire par rapport aux règles applicables au PACS. Bien que légalement interdit, un divorce par consentement mutuel avait été prononcé par le juge aux affaires familiales alors que l'épouse était placée sous curatelle renforcée sans que son mari ni son curateur n'ait été tenu au courant. La question qui s'est posée est celle d'un possible

¹³⁰⁴ L. Pécaut-Rivolier, « *Protéger un majeur vulnérable* », op. cit., n° 1207, p 209.

¹³⁰⁵ TGI Caen, 19 juin 2012, n°12-01283.

recours contre ce divorce sachant que la loi l'interdit. Le curateur a en effet fait une tierce opposition¹³⁰⁶ pour que le divorce soit déclaré nul. Or, aux termes de l'article 1104 C. civ., cette voie de recours ne concerne que les créanciers des époux ; le curateur « *n'avait donc pas qualité pour agir* » comme le précise Mme Auger-Vielpeau¹³⁰⁷. Même si la convention comportait un déséquilibre certain à l'égard de la curatelaire – renonciation aux prestations compensatoires –, le curateur souhaitait annuler l'ensemble du divorce. Sa demande a été reçue quand bien même les textes le privait du droit d'agir : toutefois, la mission d'assistance qui lui incombe implique qu'il veille au respect de l'intérêt du majeur protégé. En l'espèce, l'intérêt de la curatelaire était clairement bafoué et c'est sur ce fondement que la tierce opposition du curateur a été reçue même si « *sa mise en œuvre suscite de notables réserves* »¹³⁰⁸. Le problème aurait été autre si la convention n'avait contenu aucune disproportion dans ces termes, le juge n'aurait alors pu se servir de l'intérêt du majeur pour accepter la tierce opposition.

La tentative de détournement de l'interdiction, pour un majeur sous curatelle, de demander le divorce par consentement mutuel est restée vaine. Le juge a mis en avant l'intérêt du majeur protégé pour contourner les règles classiques de procédure et faire annuler le divorce. Ainsi, le principe demeure celui de l'interdiction d'avoir recours aux divorces basés sur le consentement en ce qui concerne les majeurs protégés. Cette position permet d'éviter les risques d'influence néfaste de la part du conjoint pour obtenir le consentement de la personne protégée.

§2) Le PACS et le majeur protégé

Même s'il n'est pas perçu comme une source de protection à proprement parler et au même titre que le régime matrimonial, la conclusion d'un PACS constitue un événement marquant pour chaque personne, protégée ou non. Il en découle en outre des conséquences

¹³⁰⁶ Relativement à la tierce opposition, voir notamment : L. Cadiet et E. Jeuland, « *Droit judiciaire privé* », Litec, 7^{ème} éd., 2011, p 622, n°862 s. ; Y. Strickler, « *Procédure civile* », Paradigme, 2007, p 262, n°505 ; J. Héron et T. Le Bars, « *Droit judiciaire privé* », 4^{ème} éd., 2010, Montchrestien, n°881 s.

¹³⁰⁷ L. Mauger-Vielpeau, « Le divorce par consentement mutuel du curatelaire », note sous TGI Caen, 19 juin 2012, n°12-01283, *Gaz. Pal.*, 17 janv. 2013, n°17, p 12.

¹³⁰⁸ L. Mauger-Vielpeau, « Le divorce par consentement mutuel du curatelaire », art. préc.

dans la vie quotidienne du majeur protégé, c'est pourquoi il est intéressant d'étudier les modalités de mise en œuvre et de dissolution du PACS.

A. La conclusion du PACS

Outil relativement récent¹³⁰⁹, le pacte civil de solidarité fut instauré initialement pour permettre aux couples de même sexe de s'unir officiellement et de se voir reconnaître un statut. Une question intéressait particulièrement certains auteurs au sujet de l'articulation que le législateur allait opérer quant au pacte civil de solidarité pour les personnes incapables (ou devenant incapables postérieurement à la conclusion d'un tel pacte). Il appartenait au législateur d'en faire « *une assimilation à un acte patrimonial de disposition ou un dispositif comparable à la procédure du mariage – ou à celle du divorce – ?* »¹³¹⁰.

1° L'accès au PACS

595. *Système radical et fermé.* Cette question constitue un véritable enjeu puisque selon l'orientation choisie, le pacte civil de solidarité sera ou non ouvert aux majeurs protégés. Ainsi, lors de son apparition en 1999, le PACS était totalement fermé et inaccessible pour les majeurs sous tutelle¹³¹¹ alors que les autres disposent d'une liberté totale pour la conclusion d'un tel acte. Il est donc dans un premier temps assimilé à un acte patrimonial de disposition¹³¹² en ce sens que l'ouverture d'une mesure de tutelle empêche l'accès au PACS. Ce système du « *tout ou rien* »¹³¹³ est très radical et peu bénéfique, il aurait été plus judicieux de le nuancer dès le départ, à l'image de la procédure de mariage qui faisait intervenir des personnes extérieures mais qui n'était pas interdite aux majeurs sous tutelle. Cependant, le recours à la tutelle allégée est un moyen d'entrouvrir l'accès au PACS, le juge des tutelles

¹³⁰⁹ Il apparaît avec la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

¹³¹⁰ T. Fossier, « Le pacte civil de solidarité et les majeurs protégés », *in.* « Droit de la famille », *JCP G n°5*, 31 janvier 2001, I 293.

¹³¹¹ L'article 506-1 C. Civ. disposait en effet « *Les majeurs placés sous tutelle ne peuvent conclure un pacte civil de solidarité* ».

¹³¹² Le Professeur J. Hauser souhaitait ce pacte inaccessible aux majeurs sous tutelle du fait de ses seules conséquences patrimoniales et Mme Boutin prônait une assimilation à l'acte de disposition avec les effets que cela entraînerait lors de la séance de l'Assemblée Nationale du 1^{er} avril 1999, Compte rendu intégral de la séance du 1^{er} avril 1999., année 1999, n°31 A. N., JORF 2 avril 1999.

¹³¹³ T. Fossier, « Le pacte civil de solidarité et les majeurs protégés », art. préc.

ayant la faculté d'autoriser certains actes au majeur lors de l'ouverture de la mesure ou en cours de mesure. L'allègement de la mesure de tutelle prononcée par le juge implique que ce dernier autorise le majeur à effectuer des actes qui étaient prohibés avec une tutelle classique. C'est notamment le cas de la conclusion d'un PACS qui devient envisageable en cas de tutelle allégée. De même le juge des tutelles peut autoriser le majeur à gérer une partie de son patrimoine ou certains de ses biens, la finalité étant de profiter des facultés restantes du majeur et de ne pas le mettre totalement à l'écart.

596. Ouverture du PACS, y compris aux majeurs sous tutelle. La volonté du législateur de 2007 de replacer la personne au centre du dispositif décisionnel le concernant et la mise en avant de la dignité de la personne ont été à l'origine de modifications importantes concernant la possibilité de conclure un PACS pour les majeurs protégés, notamment ceux qui sont sous tutelle. C'est ainsi que, depuis l'entrée en vigueur de la loi le 1^{er} janvier 2009, tout majeur, même protégé, même sous tutelle, peut conclure un pacte civil de solidarité ce qui traduit une nouvelle avancée dans la reconnaissance de l'autonomie des personnes souffrant de handicap mental. Les mesures de tutelle sont majoritairement ouvertes aux personnes dont les altérations des facultés sont les plus graves ; or, bien que ne disposant pas d'une indépendance totale dans la conclusion d'un PACS, cette voie leur est désormais ouverte. L'autonomie n'est pas absolue concernant les majeurs sous tutelle et sous curatelle puisque des personnes extérieures interviennent lors de la réalisation de l'acte car la procédure nouvelle est calquée sur celle du mariage. L'alinéa premier de l'article 462 C. civ. précise à cet égard que « *la conclusion d'un pacte civil de solidarité par une personne en tutelle est soumise à l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, après audition des futurs partenaires et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage* ». Les conditions sont donc strictement identiques à celles permettant de se marier, à savoir le consentement de l'intéressé, l'autorisation du juge des tutelles (ou du conseil de famille) et l'audition des futurs partenaires.

L'alinéa suivant prévoit une simple assistance du tuteur lorsqu'il s'agit de signer la convention de PACS, tandis que la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance peut se faire sans aucune intervention du tuteur, c'est-à-dire qu'elle ne requiert « *ni assistance ni représentation* ». Le rapprochement des procédures relatives au mariage et à la conclusion d'un PACS sont salutaires selon nous en ce sens qu'il permet un accès à tous à ces institutions et une lisibilité plus simple des formalités. Il était peu logique d'interdire aux majeurs sous tutelle de conclure un PACS mais de pouvoir se marier alors que les conséquences du mariage

peuvent être plus graves et plus dommageables pour la personne. En outre, la création d'un lien matrimonial est plus solennelle et possède une valeur juridique plus importante en ce sens que le mariage est le moyen privilégié de fonder une famille¹³¹⁴. La possibilité offerte aux majeurs en tutelle de conclure un PACS, quand bien même l'assistance du tuteur est nécessaire, est donc un pas en avant dans la reconnaissance des personnes handicapées et des droits dont elles disposent. Les domaines desquels les handicapés mentaux sont exclus se restreignent ce qui favorise leur insertion sociale. Il conviendra toutefois d'être vigilant quant aux éventuels risques de « pigeonnage » d'un individu qui profiterait de la faiblesse de l'autre. Nous pouvons imaginer l'hypothèse de deux personnes sans domicile fixe dont l'une touche un héritage ce qui incite son partenaire à conclure un PACS pour lui soutirer la somme ou le patrimoine perçu.

2° Un éclairage sur la situation du majeur en curatelle

597. *Mutisme sous l'empire de la loi ancienne.* Il convient toutefois de noter qu'à aucun moment dans la loi de 1999 il n'était question du cas du majeur sous curatelle qui souhaiterait conclure un pacte civil de solidarité. Ce silence avait à l'époque été considéré comme une permission implicite, ou en tout cas une absence d'interdiction, pour les majeurs en curatelle de conclure librement un PACS. Mais cette solution n'a pas semblé suffisante et convaincante pour tout le monde, à tel point que la pratique a incité à la mise en place de l'assistance obligatoire par le curateur dès lors qu'un majeur sous curatelle souhaitait conclure un PACS. A l'appui de ce recours nécessaire à l'assistance, certains auteurs se fondaient sur les dispositions de l'article 510 ancien C. civ.¹³¹⁵ qui prévoyait l'intervention du curateur pour la réalisation d'actes qui, dans un régime de tutelle, nécessitaient l'aval du conseil de famille. Mais le PACS, sous l'empire de la loi ancienne, était prohibé en ce qui concerne les majeurs sous tutelle. Un autre argument a été avancé pour justifier ce recours au curateur : il consistait à dire que le pacte civil de solidarité n'était pas qu'un simple acte d'administration entendu comme « *un acte d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée*

¹³¹⁴ Historiquement, le mariage est le seul moyen, juridiquement, pour fonder une famille. Toutefois, les faits montrent que le fait d'avoir un enfant est de plus en plus accepté comme base à la création d'une famille au sens juridique du terme.

¹³¹⁵ L'article 510 ancien C. civ. indiquait « *Le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui, sous le régime de la tutelle des majeurs, requerrait une autorisation du conseil de famille [...]* ».

dénué de risque anormal»¹³¹⁶. D'après la gravité éventuelle de ses effets et de ses conséquences notamment patrimoniales, il ne devrait pas pouvoir être conclu par le majeur seul.

En tout état de cause, quels que soient les arguments qui ont été mis en avant dans le but de rendre nécessaire le recours au curateur, cette assistance a été mise en œuvre dans la pratique avant d'être consacrée par la loi du 5 mars 2007. Le nouvel article 461 C. civ. prévoit désormais que « *la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, signer la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité* ».

598. *Distinction signature de la convention/conclusion du pacte.* Le PACS présente la particularité de regrouper un volet « *essentiellement patrimonial* » et un volet « *exclusivement personnel* »¹³¹⁷ ; c'est pourquoi il est essentiel de faire la distinction entre la signature de la convention qui traite de l'aspect financier et la conclusion du pacte en tant que tel. Ainsi, la signature de la convention, en ce qu'elle correspond au pan patrimonial, impose l'assistance du curateur ou du tuteur, alors que la conclusion du PACS qui se déroule au tribunal d'instance devant le greffier peut valablement être effectuée par le majeur seul puisqu'il s'agit d'un acte personnel.

B. La dissolution du PACS

Dissoudre un PACS est plus simple que divorcer mais cet acte demeure soumis à certaines formalités qui diffèrent en fonction de la mesure de protection à laquelle est soumis le partenaire souhaitant mettre fin au pacte. Des complications peuvent en outre se présenter lorsque la mesure de protection est exercée par le partenaire du PACS, son influence et son intention malveillante peuvent nier l'intérêt du majeur en situation de handicap.

¹³¹⁶ Article 1^{er} du décret n°2008-1484 du 22 déc. 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, JORF 31 déc. 2008, p 2063.

¹³¹⁷ L. Pécaut-Rivolier, « *Protéger un majeur vulnérable* », 1^{ère} éd., 2010, éd. Delmas, p 209, n°1209.

1° La distinction selon la mesure de protection

599. Cas du majeur en curatelle. La rupture du pacte civil de solidarité diffère selon qu'il s'agit d'un majeur sous tutelle ou sous curatelle. Bien que disposant chacun de deux manières de rompre le PACS – déclaration conjointe ou déclaration unilatérale¹³¹⁸ – les formalités ne sont pas tout à fait identiques selon le régime de protection. En effet, lorsqu'un majeur sous curatelle souhaite rompre un PACS, il est relativement libre et le curateur a un rôle plus discret que le tuteur. Le majeur sous curatelle peut donc librement et seul rompre le pacte engagé avec son partenaire et doit être assisté seulement pour signifier à ce dernier la rupture unilatérale du pacte. Le rôle du curateur se poursuit encore après la rupture afin de régler les conséquences financières entre les partenaires.

600. Tutelle et dissolution du PACS. La situation du majeur en tutelle est plus complexe puisque plusieurs cas de figure peuvent se présenter en fonction de la personne qui est à l'origine de la rupture. Trois hypothèses existent :

- le majeur sous tutelle peut mettre fin à son partenariat par déclaration unilatérale – la procédure est alors la même que celle mise en œuvre pour le majeur en curatelle¹³¹⁹ – ou par déclaration conjointe : dans ce cas, chacun des deux partenaires doit personnellement signer la convention sans intervention extérieure ;
- à l'inverse, la rupture du pacte peut être l'initiative du partenaire du majeur en tutelle : il convient alors de faire une double notification pour que la rupture soit validée, non seulement au partenaire mais aussi à son tuteur ;
- enfin, beaucoup plus exceptionnellement¹³²⁰, le PACS peut être rompu à l'initiative du tuteur lui-même comme cela est prévu à l'article 462 al. 5 C. civ. qui impose en outre l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille.

En ce qui concerne les conséquences financières de la rupture du Pacs, elles sont à la charge du tuteur qui représente le majeur protégé pour la liquidation du régime.

¹³¹⁸ L'article 461 al. 3 C. civ prévoit cette possibilité pour le majeur sous curatelle alors que l'article 462 al. 4 C. civ. la prévoit pour le majeur en tutelle.

¹³¹⁹ Le tuteur assistera alors le majeur protégé pour la signification de la rupture au partenaire.

¹³²⁰ Comme le précise L. Pécaut-Rivolier dans son ouvrage « *Protéger un majeur vulnérable* », op. cit., « *ce cas doit répondre à des situations particulières (majeur sous tutelle subissant les effets négatifs d'un Pacs mais dans l'incapacité de signer la déclaration de rupture)* [...] », p 211, n° 1213.

Bien que la rupture du pacte civil de solidarité possède un socle de règles communes pour les majeurs en tutelle ou en curatelle, il existe des divergences justifiées par le degré d'altération des facultés et le besoin d'une aide extérieure.

2° Le partenaire protecteur du majeur

601. Limiter les conflits d'intérêts. Parfois, le partenaire du pacte civil de solidarité peut aussi être le curateur ou le tuteur ce qui n'est pas sans poser de problème. Des conflits d'intérêts ou un manque de partialité, d'indépendance dans les choix du représentant légal peuvent exister, ces obstacles ayant souvent une influence et un impact négatifs sur la personne du majeur protégé. C'est pourquoi, lorsque le partenaire possède la double qualité – partenaire pacsé et curateur ou tuteur –, le juge des tutelles doit être saisi afin de désigner un curateur ou un tuteur ad hoc. Le majeur protégé est ainsi moins exposé aux risques d'influence néfaste et de « pigeonnage » éventuel. Le fait d'être à la fois organe de protection et partenaire placerait la personne dans une situation de force qui aurait tendance à favoriser d'éventuels abus. Malgré les garde-fous, il lui serait nettement plus facile de détourner certains actes ou de conclure certains actes dans son propre intérêt. On peut imaginer des retraits d'argent à la banque en fonction des montants et des ressources de la personne par exemple. Il en va de même en matière de donation où l'assistance du curateur est requise ou lors de la vente d'un bien immobilier. Le curateur peut alors déguiser la vente au profit d'un ami ou d'un membre de sa famille en profitant de la faiblesse de son partenaire.

602. Evolution de la famille. Cependant, le partenaire demeure un acteur important dans la protection du majeur atteint de handicap mental puisque, depuis la loi du 5 mars 2007, il peut demander l'ouverture d'une mesure de protection, sous réserve de la continuation de la communauté de vie. L'article 493 anc. C. civ. ne visait pas les partenaires de PACS parmi les potentiels demandeurs à l'ouverture d'un régime de protection tandis que l'article 430 C. civ. issu de la loi de 2007 indique que « *La demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge [...] par le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité [...]* ». L'unique condition de la validité de cette demande réside dans la communauté de vie.

En outre, dans le but de s'adapter à la nouvelle vision de la famille, le législateur de 2007 a fait peser sur le partenaire pacsé une obligation nouvelle qui n'incombait précédemment qu'au seul conjoint, celle de continuer la mesure au-delà du délai légal de 5 ans imposé aux

curateurs et tuteurs comme le prévoit l'article 453 C. civ. Cette mission particulière ne visait initialement que le conjoint avant d'être étendue en 2007 au partenaire de PACS et aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs qui constituent une nouvelle catégorie de professionnels de la tutelle et de la curatelle. La prise en compte du partenaire du pacte civil de solidarité est naturelle puisque la société évolue et la vision des couples également. De plus, le principe de priorité familiale a été réaffirmé en 2007 et la prise en compte du partenaire va en ce sens car il est un membre de la famille au sens large et il était surtout le grand oublié de la législation antérieure.

Conclusion du chapitre 2

603. *Simple audition.* L'autonomie accordée aux majeurs handicapés mentaux ne peut pas toujours être totale, il pourrait s'avérer dangereux de les laisser libres dans certaines décisions, notamment en matière de santé et de mariage. Ce sont deux domaines dans lesquels la personne protégée est consultée, les actes ne pouvant être conclus sans que le majeur n'ait été entendu ou, en fonction de son état, exprimé.

604. *Consultation pour les décisions relatives à la santé.* Dans le domaine de la santé et des actes médicaux, le seul cas explicitement visé dans les textes est celui du majeur sous tutelle ce qui implique que les autres sont traités comme des patients classiques et se voient donc appliquer le droit commun de l'acte médical. Quand bien même il faille faire une recherche systématique du consentement du majeur en tutelle avant tout traitement et lui délivrer une information adaptée, la collaboration du tuteur – ou du mandataire de protection future – est essentielle. Celui-ci est le seul tiers susceptible de jouer un rôle dans la prise de décision médicale puisqu'une personne sous tutelle ne peut pas désigner de personne de confiance. Cette impossibilité est salutaire en ce qu'elle évite une multiplication des intervenants et un alourdissement éventuel de la procédure. Le principal problème est l'articulation entre les dispositions du C. civ. et celles du C. santé. publ. car elles ne prévoient pas exactement les mêmes modalités de décision. Cette différence relative au recueil d'une autorisation du juge des tutelles – prévue uniquement dans le C. civ. – crée des confusions pour les tuteurs dans l'exercice de leur mission. Les dispositions du C. civ. prévoient qu'en matière de décision personnelle, le majeur peut décider seul dès lors que son état le lui permet. Le regret que nous avons est que la loi reste muette sur la personne apte à juger de la compétence du majeur ; il nous semble qu'il faille se tourner vers le juge des tutelles. En poursuivant la lecture de ces dispositions, il est précisé qu'il convient de privilégier les textes du C. santé. publ. par rapport à celle du C. civ. Nous défendons cette position qui consiste, en matière d'actes médicaux, à appliquer prioritairement le C. santé. publ. et à se tourner vers le tuteur sans qu'il ne soit indispensable d'obtenir une autorisation du juge des tutelles.

Malgré l'existence de restrictions protectrices relativement aux prélèvements d'organes, de tissus ou de moelle osseuse, le majeur protégé a la possibilité de s'opposer à ces actes. Ces hypothèses présentent des dérogations par rapport au droit commun de la tutelle,

particulièrement quant au moment auquel se termine leur mission. Le décès du majeur protégé est en principe une cause d'extinction de la mission mais le tuteur conserve un rôle lors du prélèvement d'organe post mortem, ce qui prolonge exceptionnellement sa mission. Des précisions et des critiques sont à apporter : si le don de moelle osseuse est autorisé au profit de certains membres de la famille, il est curieux, voire anormal, que les enfants soient écartés des bénéficiaires potentiels. Nous préconisons de leur réserver le même sort que les collatéraux et d'élargir encore le champ des bénéficiaires aux enfants. De même, il serait judicieux de distinguer les personnes sous sauvegarde de justice et celles sous curatelle qui ne peuvent, dans un souci de protection, continuer à se voir appliquer le droit commun dans cette situation.

605. Accès simplifié au mariage et au PACS. Des avancées marquantes sont aussi constatées en matière de mariage et de PACS dont l'accès s'est généralisé et a été simplifié. Le majeur est devenu un acteur plus central de la procédure en ce qu'il doit être entendu par le juge des tutelles et les interventions de personnes extérieures ont largement été réduites puisque le médecin traitant a été écarté comme lors de l'ouverture et le renouvellement d'une mesure. De plus, la famille et le conseil de famille n'interviennent que de manière subsidiaire. Il en va de même lors de la conclusion d'un PACS qui est désormais ouvert aux majeurs sous tutelle depuis la réforme du 5 mars 2007. Une précision s'impose puisque la conclusion d'un PACS implique la signature d'une convention correspondant au pan patrimonial et nécessitant l'assistance du tuteur ou du curateur.

La procédure de divorce a, elle aussi, fait l'objet de simplification mais elle demeure plus complexe que celle du mariage. Cette divergence peut se justifier par le fait que le mariage crée un régime protecteur pour le majeur handicapé mental. L'altération des facultés mentales de l'un des époux explique que les possibilités de divorces soient restreintes : seules sont envisageables les procédures pour faute et pour altération du lien conjugal. En outre, le trouble mental est pris en compte dans la notion de faute cause de divorce, il y a des adaptations du Droit à l'état de l'époux afin que son intérêt soit privilégié et qu'il soit protégé. Cette protection est accrue lorsque le partenaire ou l'époux est aussi le curateur ou le tuteur, les risques de conflits d'intérêts étant accentués.

CONCLUSION TITRE 2

606. Majeur collaborateur en matière de santé. La personne même du majeur protégé fait, depuis l'entrée en vigueur de la réforme du 5 mars 2007, l'objet d'une attention particulière qui conduit à respecter ses choix dès que son état le permet. C'est pourquoi le majeur protégé sera auditionné ou consulté dans les hypothèses qui le concernent directement telles que les actes médicaux, le mariage ou le PACS. En matière de santé, le seul cas particulier est celui du majeur en tutelle, les autres étant considérés comme des patients classiques soumis au droit commun. Si, comme l'indique M. Massip, il ne faut pas « reconnaître au représentant du majeur en tutelle un pouvoir exorbitant »¹³²¹, la collaboration du tuteur est indispensable. Toutefois, il est délicat de trouver une articulation juste entre les dispositions du C. civ. et du C. santé publ. sachant qu'à l'heure actuelle elle « est loin d'être évidente » selon les termes de M. Verheyde¹³²². Les premières prévoient une autorisation du juge des tutelles avant toute intervention grave, les secondes laissent une marge plus grande au tuteur. Nous prônons pour une solution qui tende à privilégier de manière prioritaire les textes du C. santé publ., c'est-à-dire ceux qui prévoient seulement l'intervention du tuteur et la recherche systématique du consentement du majeur au même titre que le patient mineur¹³²³. Le second point essentiel auquel le législateur devrait s'atteler est celui des bénéficiaires potentiels des dons de moelle osseuse. Les enfants sont écartés de cette liste de bénéficiaires et nous pensons qu'il serait tout à fait naturel de les inclure au même titre que les collatéraux.

607. Audition nécessaire avant le mariage. La santé n'est pas le seul domaine dans lequel le majeur protégé est sollicité : s'il souhaite se marier, le juge des tutelles doit nécessairement l'auditionner au préalable. L'accès au mariage s'est généralisé – tout comme le PACS qui s'est ouvert aux majeurs sous tutelle – et fait désormais intervenir moins de personnes extérieures : le médecin traitant a été écarté de la procédure tandis que la famille et le conseil

¹³²¹ J. Massip, « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », art. préc.

¹³²² T. Verheyde, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », art. préc.

¹³²³ L'alinéa 6 de l'article L1111-4 C. santé publ. le précise expressément : « *Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ».

de famille n'ont plus qu'un rôle secondaire. Cette simplification¹³²⁴ est salubre : le mariage peut constituer une protection relativement souple pour la personne handicapée mentale. A l'inverse, le divorce est beaucoup plus encadré et contraignant, à tel point que les divorces basés sur le consentement – par consentement mutuel et par acceptation du principe – ne sont pas autorisés pour les majeurs protégés dans un souci de sauvegarde de leur intérêt.

608. Influence de l'environnement. Afin de favoriser la prise en compte de la décision des majeurs protégés, il est nécessaire de compenser leur handicap qui est aussi une situation environnementale. Cet aspect est primordial et justifie la mise en place de nouvelles normes d'accessibilité suite à une loi du 11 février 2005¹³²⁵. Même si cette notion semble naturellement s'appliquer au handicap physique et à l'accessibilité des bâtiments, elle concerne aussi le handicap mental et le handicap psychique, ce qui signifie que le contenu informationnel de ces établissements et des sites Internet des administrations doit répondre aux nouvelles normes. Des procédés prometteurs voient le jour mais des efforts sont encore à faire en la matière pour généraliser l'utilisation du langage des signes ou du sous-titrage.

Cependant, l'accessibilité n'est pas le seul tremplin vers une autonomie plus grande : il est indispensable que le majeur en difficulté fasse l'objet d'un accompagnement de qualité. Or, cet accompagnement ressort à deux niveaux : dans la gestion des prestations sociales par le biais des nouvelles mesures instaurées par la réforme du 5 mars 2007 – MASP et MAJ incompatibles avec les mesures judiciaires – et lors de l'accueil dans les établissements en impliquant davantage les résidents particulièrement par le biais du contrat de séjour et du conseil de la vie sociale. Mais, la composition de cet organe est, à notre sens, trop formelle pour permettre un plein exercice de leur droit de parole par les usagers.

Cet accompagnement nécessite l'intervention de divers tiers – le département, le procureur de la République – mais aussi des instances plus importantes mais qui manquent cruellement de moyens financiers. C'est le cas notamment des CNSA et des MDPH qui ont un rôle essentiel de guichet unique dans l'accompagnement et l'orientation des personnes protégées. Afin d'éviter ces encombrements et de détourner ce manque de moyens, il serait judicieux de

¹³²⁴ Le 29 juin 2012, une QPC (n°2012-260) avait été déposée devant le Conseil constitutionnel relativement au mariage du majeur sous curatelle et à l'autorisation nécessaire du juge des tutelles en cas de défaillance du curateur au motif que « l'exigence d'une autorisation portait atteinte à une liberté fondamentale ». Mais l'article 460 C. civ. a été déclaré conforme à la Constitution et l'autorisation demeure une condition du mariage du majeur en curatelle. Voir en ce sens J. Hauser, « Mariage et curatelle : concilier protection et liberté ? L'article 460 nouveau du code civil est constitutionnel », *RTD Civ.*, 2012, p 510.

¹³²⁵ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n°36 du 12 février 2005 page 2353.

créer un lien entre les hôpitaux spécialisés et le juge des tutelles qui ferait intervenir un mécanisme d'assistance sociale.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

La prise en compte de la personne même du majeur dans la protection implique de préserver ses droits et de faciliter leur exercice mais aussi de le considérer comme acteur dans le processus décisionnel le concernant. Le pouvoir décisionnel du majeur protégé a un impact différent en fonction du domaine dans lequel il trouve à s'appliquer. La décision émanant de la personne handicapée mentale est tantôt incontournable tantôt seulement consultative.

609. *Patrimoine et consentement indispensable du majeur.* Le caractère incontournable de la décision intervient aussi bien dans la sphère patrimoniale que dans la sphère intime. Le majeur protégé est ainsi libre de choisir le lieu de sa résidence même si la vente de son logement qui, selon Mme Fricotté « *constitue un droit fondamental* »¹³²⁶, nécessite l'intervention d'une personne tierce. Il est aussi beaucoup plus indépendant en matière de libéralités, qu'il s'agisse de testament ou de donation. Il existe toutefois certaines limites, notamment la méfiance qui demeure à l'égard des personnes prenant en charge la personne vulnérable – ce qui est le cas des soignants par exemple – ou encore la valeur à donner au consentement émis par la personne au moment de conclure l'acte. Enfin, le majeur protégé demeure dans certaines hypothèses capable de travailler que ce soit en milieu ordinaire ou en milieu protégé. Dès le statut de travailleur handicapé reconnu par la CDAPH, cette dernière oriente la personne en situation de handicap vers l'un ou l'autre des milieux en fonction de ses compétences. Cependant, l'aiguillage vers le milieu n'est pas sans incidence sur les règles applicables : le seul Code du travail s'applique au majeur exerçant en milieu ordinaire alors que celui qui est accueilli en ESAT se voit soumis aux dispositions du Code du travail mais aussi à celles du CASF et du Code de la concurrence. Une uniformisation serait alors salutaire : la création d'un statut de salarié particulier serait un remède et permettrait de faciliter la lecture des dispositions applicables en ce qu'elles seraient regroupées dans le Code du travail. De plus, même si le taux de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés a judicieusement été ramené à 6%, ce taux n'est toujours pas atteint et « *la réalité montre une évolution relative et contrastée* »¹³²⁷. Il serait intéressant de déterminer des sanctions plus

¹³²⁶ L. Fricotté, « *Droit des personnes handicapées* », op. cit., p 171.

¹³²⁷ L. Fricotté, « *Droit des personnes handicapées* », op. cit., p 105.

importantes afin que les entreprises respectent au mieux cette obligation et que le constat actuel selon lequel « *le niveau de chômage des travailleurs handicapés est considérablement plus élevé* »¹³²⁸ change.

610. *Etat de la personne et consentement personnel.* Le caractère indispensable de la décision du majeur protégé concerne aussi l'état de la personne : la réforme du 5 mars 2007 a institué la catégorie des actes nécessitant un consentement strictement personnel qui se veut être la garante de l'autonomie absolue du majeur. Malgré les critiques dont font l'objet ces actes, l'article 458 C. civ. qui les regroupe a au moins le mérite d'exister même s'il est logique de se poser la question de la nature des actes médicaux et du droit de vote, actes suffisamment intimes pour faire partie de cette catégorie nouvelle. Le droit de vote n'est plus automatiquement retiré aux majeurs placés sous tutelle, mais la question est plus épineuse relativement aux actes médicaux qui ne nécessitent qu'une simple consultation du majeur sous tutelle – seul patient spécifique aux termes du C. santé publ. dont les dispositions doivent, à notre sens, trouver à s'appliquer pleinement au patient handicapé mental pour éviter les confusions avec le C. civ.

Outre cette liste de l'article 458 C. civ., la décision du majeur protégé est également incontournable en ce qui concerne le domaine de la sexualité. Si la liberté sexuelle est le principe, des atténuations existent du fait de la vulnérabilité de la personne, notamment en matière de recours à la prostitution. Cependant, le principal problème réside dans la compensation du handicap : l'assistance sexuelle, qui existe chez certains de nos voisins, se heurte à l'obstacle du proxénétisme que le droit pénal sanctionne.

611. *Handicap mental et lien marital.* Le majeur protégé est consulté en matière médicale mais aussi en matière maritale, comprenant à la fois le mariage et le PACS. Il doit en effet être entendu préalablement à tout engagement si son état le lui permet. L'ouverture du mariage à ces personnes s'est faite sur un fond d'autonomie et de souplesse dans la protection puisque la famille et le conjoint sont les protecteurs naturels en cas d'altération des facultés intellectuelles. La mise en œuvre d'une protection par le conjoint par le biais du régime matrimonial est moins attentatoire aux droits du majeur handicapé, c'est pourquoi il était essentiel de lui donner la possibilité de s'unir. Cette position explique aussi certainement que

¹³²⁸ G. Zribi, « Du travail », in. G. Zribi et J-L. Chapellier (sous la dir.), « *Penser le handicap mental* », op. cit., p 232.

les divorces basés sur le consentement de la personne sont interdits : un majeur protégé ne peut divorcer pour consentement mutuel ou acceptation du principe.

612. Deux notions indispensables : l'accessibilité et l'accompagnement. Pour que les majeurs protégés aient la possibilité de s'exprimer, deux tremplins principaux doivent être privilégiés : l'accessibilité et l'accompagnement. L'accessibilité est indispensable pour l'exercice des droits et l'expression des décisions personnelles : si la mairie est inaccessible, comment voter ? Mais les dérogations sont de plus en plus nombreuses et sont nuisibles à l'intégration des personnes en situation de handicap. L'accessibilité est applicable quelle que soit la nature du handicap : nous pensons d'abord au handicap physique et à l'accessibilité matérielle, mais l'accessibilité intellectuelle ne doit pas être négligée.

Puis l'accessibilité doit être complétée par l'accompagnement des majeurs protégés : cet accompagnement se fait alors dans les établissements sociaux et médico-sociaux grâce à la "contractualisation" croissante (contrat de séjour par exemple) mais aussi individuellement relativement à la gestion des ressources. Afin de faciliter cette participation des personnes handicapées mentales, des guichets ont vu le jour en 2007 : il s'agit par exemple des MDPH et des CDAPH.

CONCLUSION GÉNÉRALE

613. *Prise en compte de la personne dans la protection.* L'appréhension du handicap a largement évolué au cours des dernières années comme en témoignent les textes de lois successifs en la matière. Les lois du 11 février 2005 sur la participation à la citoyenneté et l'égalité des chances et du 5 mars 2007 qui réforme la protection des majeurs opèrent un recentrage de la protection sur la personne du majeur handicapé mental. Longtemps considéré uniquement sous le prisme patrimonial, le majeur protégé est désormais une personne disposant de droits et d'une volonté qu'il convient de respecter autant que possible. Les principes directeurs énoncés par le doyen Carbonnier en 1968 – nécessité, proportionnalité et subsidiarité – prennent dès lors tout leur sens et leur consécration en 2007 permet d'adapter et d'individualiser les mesures de protection ouvertes à l'égard des personnes handicapées mentales. Ainsi, d'une protection exclusivement patrimoniale, nous sommes passés à une protection double et plus globale concernant les aspects patrimoniaux et personnels. L'accroissement du champ de la protection ne doit pas être perçu comme nécessairement antinomique par rapport à la préservation de l'autonomie puisque « *vous pouvez concevoir l'autonomie d'un être en même temps que sa dépendance existentielle à tout ce qui est nécessaire à son autonomie* »¹³²⁹.

614. *Champ de la philosophie nouvelle et influence sur le rôle du juge des tutelles.* La vision nouvelle rend complémentaires ces deux notions et insiste sur le fait qu'une mesure de protection adaptée et répondant aux attentes et aux besoins de la personne ne la privera pas inutilement de son autonomie. Cette philosophie de la protection touche la personne même du majeur handicapé mental mais aussi l'ensemble des décisions qu'il est susceptible de prendre. Bien que la finalité première soit protectrice, il n'en demeure pas moins que la prise en charge des majeurs handicapés mentaux a des enjeux économiques non négligeables. Or, c'est certainement à ce sujet que le bât blesse puisque les moyens, humains et financiers, ne sont pas à la hauteur des objectifs fixés par le législateur. Si les intentions sont louables puisque les mesures de protection deviennent temporaires pour tenir compte de l'évolution des facultés

¹³²⁹ E. Morin, « Peut-on concevoir une science de l'autonomie ? », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. LXXI, 1981, pp 257 (spéc. p 263).

des individus et les risques d'ouverture abusive limités, la pratique démontre certaines insuffisances.

Le juge des tutelles, acteur principal de la procédure et garant de l'intérêt des majeurs protégés, devait voir ses missions s'atténuer par le biais de la suppression de la saisine d'office. Mais il s'avère que la mise en œuvre du principe de nécessité l'oblige à revoir régulièrement les mesures ouvertes afin d'évaluer leur compatibilité avec l'état de la personne. Le juge des tutelles peut donc se retrouver plus exposé qu'auparavant et, bien que sa responsabilité ne soit qu'indirecte, l'Etat dispose d'une action récursoire, très rarement utilisée. En outre, le système des recours contre ses décisions a été uniformisé quant à la forme, la LRAR étant l'unique moyen, et élargi à l'entourage de fait englobant les proches et le procureur de la République. La situation actuelle des juges des tutelles n'est pas simple, leur nombre – trop faible par rapport au nombre croissant de demandes de protection – ne leur permet pas un exercice plein de leurs prérogatives instituées dans un but de respect de l'autonomie de la personne handicapée mentale. C'est en ce sens que nous préconisons **l'obligation de souscrire une assurance responsabilité civile** ce qui permettrait aussi à l'Etat d'exercer de manière plus fréquente son action récursoire avec moins d'états d'âme.

615. Procureur de la République et certificat circonstancié. La limitation des missions du juge des tutelles passe aussi par la suppression de la faculté de se saisir et l'apparition d'un filtre en la personne du procureur de la République. Ce dernier, destinataire des demandes visant à l'ouverture d'une mesure de protection, sélectionne celles qui sont prioritaires pour les transmettre au juge des tutelles et éviter que celui-ci ne soit obligé de traiter des dossiers non recevables. Le parquet civil est en outre le garant de la liste des médecins habilités à délivrer des certificats circonstanciés, pièces désormais indispensables pour l'ouverture des mesures. Cette pièce revêt une valeur particulière, le seul recours étant un second certificat établi par un autre médecin inscrit sur la liste du procureur de la République. Ainsi, cette faculté de recours semble assez limitée ce qui nous pousse à souhaiter la mise en place d'un contrôle plus approfondi au vu des conséquences de ce certificat sur l'autonomie de l'individu. L'ouverture d'une mesure de protection n'est jamais anodine, c'est pourquoi il pourrait être intéressant **d'instaurer un contrôle par des médecins experts ou ordinaires quant au contenu du certificat**. Le problème susceptible de se poser lors de cet examen médical est celui du refus de la part du majeur ; ce refus doit-il être respecté dans toutes les circonstances ou est-ce qu'il est possible de passer outre dans l'intérêt du majeur ? La Cour de cassation a changé sa position sur cette question et s'est placée en faveur du respect du refus

quel que soit le besoin de protection de la personne. Cette solution peut s'avérer dangereuse en ce que l'intérêt du majeur peut orienter vers la mise en place d'une protection tandis que celui-ci la refuse. Le **retour à la jurisprudence ancienne** permettant de passer outre le refus dès lors que l'intérêt de l'individu l'exige serait bénéfique.

616. Responsabilité du procureur. Le procureur de la République constitue l'organe responsable de la liste des médecins habilités à délivrer un certificat circonstancié, l'inscription des praticiens se fait sans contrôle contrairement aux médecins experts. Ils sont soumis à l'avis du conseil de l'Ordre, procédure qui pourrait être utilisée pour les inscriptions sur la liste du procureur. La responsabilité du parquet civil est calquée sur celle du juge des tutelles à savoir une responsabilité indirecte puisque l'Etat dispose d'une action récursoire. Elle peut en outre être engagée en cas de faute simple ce qui est trop strict pour le procureur ; le **mode de responsabilité des curateurs devrait servir de modèle** car il nécessite une faute lourde.

617. Volet social de la protection. Le constat médical de l'altération des facultés intellectuelles prend une valeur centrale mais sans négliger les aspects sociaux du handicap qui font l'objet d'une protection spécifique dès le texte de 2007. Les mesures judiciaires – sauvegarde de justice, curatelle et tutelle – demeurent mais sont complétées par le mandat de protection future qui implique directement la personne handicapée et des mesures d'accompagnement basées sur le volet social du handicap.

Les mesures nouvelles d'accompagnement¹³³⁰ – mesure d'accompagnement social personnalisé et mesure d'accompagnement judiciaire – sont soumises au principe de subsidiarité qui est appliqué de manière stricte. Elles ne sont tout d'abord plus compatibles avec les mesures judiciaires et doivent être mises en œuvre de manière graduelle : l'accompagnement judiciaire n'est ouvert qu'en cas d'insuffisance de l'accompagnement social personnalisé sachant que les deux ont une finalité identique, à savoir redonner à l'individu une autonomie dans la gestion de ses ressources. Ces mesures sont basées sur le consentement de la personne handicapée mentale et font intervenir des acteurs nouveaux dont le principal est le département. Leur but est un retour à une autonomie financière qui est

¹³³⁰ Ces mesures se substituent à la curatelle pour oisiveté, intempérance et prodigalité et à la tutelle aux prestations sociales qui étaient en vigueur avant la réforme du 5 mars 2007.

essentielle afin d'éviter l'isolement de la personne, c'est pourquoi chaque majeur bénéficiant de prestations sociales peut y avoir accès.

L'accompagnement ne se résume pas à ces seules mesures individuelles, il est aussi collectif car les établissements disposent d'outils permettant aux résidents de participer et d'être actifs dans leur prise en charge. Il s'agit particulièrement des contrats de séjour, dont la qualification de « contrat » au sens civil du terme est certainement à revoir, et du conseil de la vie sociale dont la composition inclut des représentants des usagers. Il convient toutefois de se pencher sur la composition de cet organe qui, à notre sens, est trop formelle car elle fait état de la participation d'un représentant de l'organisme gestionnaire mais viennent en outre souvent se greffer des élus locaux (au moins un représentant du maire et le responsable de l'organisme gestionnaire) ce qui donne un caractère officiel. Or, ces présences peuvent intimider les représentants des usagers. Le conseil de la vie sociale est principalement sollicité pour les décisions d'importance moindre, nous proposons donc que sa composition soit prévue de manière précise par le CASF et que l'article D311-5 prévoit de manière exhaustive les membres : « Le conseil de la vie sociale comprend **exclusivement** ou **limitativement** ».

Toutefois, l'accompagnement des personnes en situation de handicap repose sur des institutions – CNSA, CDAPH et MDPH – dont les moyens sont de plus en plus limités ce qui ne leur permet pas un exercice efficace de leurs missions.

618. *Imprécisions autour du mandat de protection future.* Parmi les nouveautés de la réforme de la protection des majeurs du 5 mars 2007 figure le mandat de protection future qui est susceptible de prendre deux formes – sous seing privé ou authentique lorsqu'il est fait devant notaire – et qui émane directement de la personne. Celle-ci peut en effet anticiper l'altération de ses facultés et désigner un mandant qui gèrera ses affaires dès lors qu'elle n'en serait plus capable seule. Le mandat de protection future est un régime de représentation qui vise uniquement les actes cités dans le mandat mais le principal problème qui se pose le concernant est celui de l'absence de publicité. Le texte de loi est muet quant à une éventuelle publicité de ce mandat tandis que la sauvegarde de justice et la curatelle doivent faire l'objet d'une inscription en marge de l'acte de naissance alors qu'elles sont moins attentatoires aux droits du majeur. Il serait par conséquent judicieux, pour instaurer une sécurité juridique, de procéder de la même manière pour les MPF, leur **inscription sur l'acte de naissance** permettrait leur connaissance. En outre, bien qu'actuellement sous la surveillance générale des juges des tutelles, un **déplacement vers le juge d'instance** serait préférable et permettrait

que ce dernier soit en charge de la gestion de ces mandats en ce qui concerne la publicité et le contrôle.

De plus, la réforme tend vers une professionnalisation de la protection des majeurs en créant une catégorie unique de protecteurs : les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Suite à une formation spécifique et à l'obtention d'un agrément, les MJPM font l'objet d'une inscription sur une liste préfectorale et interviennent dans la protection des majeurs en cas de carence de la famille, celle-ci devant être privilégiée aux termes de la loi nouvelle. Le souhait de professionnaliser la prise en charge des personnes handicapées mentales permettra d'éviter certains risques d'abus, de nombreux comptes doivent être rendus. Mais nous proposons de **créer une sorte de code de déontologie**, à l'image de ce qui existe pour les médecins ou les avocats, afin que soient édictées des règles de bonne conduite. Des instances ordinales seraient créées afin de contrôler le respect de ces règles et de promouvoir l'indépendance et la formation continue de ces nouveaux acteurs amenés à occuper une place grandissante dans la protection des majeurs.

619. Mise en avant de l'autonomie. Certaines modalités de l'organisation des mesures de protection de la personne handicapée ont été modifiées pour favoriser l'autonomie des majeurs mais les changements concernent aussi la prise de décision. Bien que l'autonomie soit la pierre angulaire du processus décisionnel, il est nécessaire de distinguer deux types de décisions : celles où le majeur est seulement consulté et celles où il consent. Pour que la prise de décision soit facilitée, l'accessibilité – des locaux mais aussi des informations –, dont les normes sont issues de la loi de 2005 sur l'égalité des chances et la participation à la citoyenneté, doit être l'une des priorités. Il est nécessaire d'intégrer pleinement le handicap psychique et le handicap mental dans ce processus et de ne pas se limiter aux problèmes de mobilité.

L'autonomie est maximale en ce qui concerne les actes qui nécessitent un consentement strictement personnel et qui sont listés, de manière non limitative, à l'article 458 C. civ. Ces actes ne peuvent être effectués que par le majeur, l'assistance et la représentation n'étant pas possibles. Malgré les critiques dont elle fait l'objet, cette catégorie a le mérite d'exister et d'opérer une distinction entre les décisions en fonction de leur nature et de leur impact sur la personne handicapée. Elle démontre la volonté du législateur de donner aux majeurs protégés une autonomie complète dans les domaines les plus intimes. Toutefois, le système de liste non limitative est peu judicieux car certains actes graves n'y figurent pas et posent la question d'une éventuelle mise à l'écart. Il n'est ainsi nullement mentionné le sort des actes relatifs à la

sexualité ou les actes médicaux dont les conséquences peuvent être suffisamment graves pour justifier le seul recours au consentement du majeur protégé. La sexualité est d'ailleurs actuellement au centre du débat relatif à l'assistance sexuelle qui se heurte, en France, à l'obstacle du proxénétisme du fait de la politique abolitionniste qui est la nôtre. Sans être la solution idéale, l'assistance sexuelle pourrait constituer un moyen de compensation transitoire pour les personnes handicapées dans l'impossibilité absolue d'avoir une sexualité par eux-mêmes.

C'est aussi certainement en ce sens que le principe concernant le droit de vote des majeurs en tutelle a été inversé passant d'une interdiction à une autorisation de principe. Privés jusque là de ce droit civique élémentaire, ils peuvent désormais voter sauf si le juge des tutelles leur a retiré au moment de l'ouverture de la mesure. Le premier point d'orgue de ce revirement a été l'élection présidentielle du 22 avril 2012 et impliquera une étroite collaboration entre les communes et l'INSEE pour l'actualisation des listes électorales.

620. Autonomie, choix du logement et emploi. L'autonomie du majeur protégé est bien préservée en matière de gestion du patrimoine : en matière de logement par exemple, la personne est libre de choisir son lieu de résidence et dispose d'une protection étendue à sa résidence secondaire éventuelle. Il faut malgré tout noter une incohérence importante puisque, même si le majeur choisit sa résidence, il doit avoir recours à un tiers pour la vente de son logement. Il en va de même lorsque la personne quitte son logement pour être accueillie en institution : ce passage ne se fait pas en toute autonomie, le médecin a un rôle clé à jouer. Il en est de même en matière de libéralités où les possibilités ont été étendues malgré une méfiance qui demeure à l'égard des personnes les plus influentes auprès des individus dont les facultés sont altérées.

Le domaine de l'emploi des personnes handicapées est intéressant en termes d'autonomie même si une simplification essentielle doit être apportée au statut du travailleur handicapé accueilli en établissement ou service d'aide par le travail (ESAT). Reconnus travailleurs handicapés par la CDAPH mais orientés en milieu protégé, ils sont soumis à des dispositions issues de divers codes, à savoir le CASF, le Code du travail et le Code de la consommation. Nous privilégierions la **création d'un statut de salarié particulier qui ne relèverait que du Code du travail** au sein du titre premier du livre II de la partie 5. Il est important de noter que l'emploi n'est que l'aboutissement d'un processus de compensation du handicap qui existe dès le plus jeune âge et qui concerne la scolarisation, la formation professionnelle et le moment de l'embauche.

621. Majeur protégé et lien marital. A un échelon moins important, le majeur protégé conserve une part d'autonomie dans d'autres hypothèses : il est nécessairement consulté pour son mariage ou au moment de subir un acte médical. En matière de mariage, comme c'est aussi le cas pour le PACS, l'accès s'est généralisé et simplifié : le majeur est auditionné et le médecin traitant écarté. Cette généralisation se justifie par le fait que le mariage est un régime protecteur moins contraignant, le conjoint se pose comme le protecteur naturel. Le divorce est plus complexe et certaines formes, celles qui se fondent sur le consentement, ne sont pas accessibles aux majeurs protégés. Le fondement est simple : le divorce marque la fin d'une mesure de protection souple, les conditions doivent être strictes et le majeur protégé plus strictement lors de ce moment.

622. Conciliation des différents textes en matière de santé. La santé de la personne handicapée mentale constitue aussi un domaine dans lequel l'autonomie occupe une place importante. Les textes du Code de la santé publique, qui prévoient un traitement spécifique uniquement pour les majeurs en tutelle, imposent une recherche systématique du consentement de la personne. A l'inverse des autres patients, les majeurs en tutelle ne peuvent pas désigner de personne de confiance, cette interdiction est, à notre sens, intéressante en ce qu'elle n'ajoute pas de personnes tierces dans la prise de décision. L'articulation actuelle est suffisamment délicate pour que ce genre d'obstacles ne soient pas ajoutés, les dispositions du Code civil et du Code de la santé publique étant en effet très difficilement conciliables. Si le premier impose le recueil d'une autorisation du juge pour effectuer un acte médical ce qui alourdit la procédure, il faut, selon nous, **privilégier le Code de la santé publique qui prévoit le seul consentement du tuteur** sans autre autorisation.

Des modifications doivent en outre être apportées concernant le don de moelle osseuse qui est possible de manière exceptionnelle et dans des conditions strictes pour les majeurs protégés. Mais le principal point à améliorer concerne la liste des bénéficiaires potentiels : **ne sont pas visés les enfants du donneur à l'article L1241-4 C. santé publ., ce que nous trouvons dommageable.**

623. Décalage entre théorie et pratique. L'esprit des textes les plus récents en matière de handicap mental et de protection des majeurs tend à favoriser l'autonomie sans toutefois en donner une définition. C'est en ce sens que la personne handicapée mentale n'est plus réduite à son handicap mais qu'elle est traitée avant tout comme une personne disposant de droits.

Les modifications apportées en matière de protection visent à assouplir les mesures et à les individualiser de sorte que les restrictions dans l'exercice des droits soient appropriées à l'état de l'individu. Autonomie et protection ne doivent plus être perçues comme des notions opposées ; l'individualisation de la protection permet de préserver l'autonomie. Bien que la théorie soit encourageante, le problème est pratique et trouve son origine principalement dans le manque de moyens humains – relativement aux juges des tutelles notamment –, financiers (les enveloppes allouées aux MDPH et aux CDAPH diminuent) et matériels (en matière d'accessibilité, de nombreux bâtiments ne sont pas aux normes et de nouvelles exceptions apparaissent). Il s'agit surtout d'un problème de mise en application et de mise en pratique de la législation qui contient des outils intéressants mais qui, faute d'évolutions sur le terrain, n'ont pas l'efficacité escomptée.

624. Récapitulatif des propositions et des modifications de textes envisagées. L'ensemble de cette étude a permis de mettre en avant certains points à améliorer afin que les notions de protection et d'autonomie relatives aux personnes handicapées mentales atteignent un niveau de complémentarité supérieur. Voici, dans l'ordre, les propositions que nous avons retenues :

- obliger les juges des tutelles à souscrire une assurance responsabilité civile ;
- transférer le contrôle du mandat de protection future du juge des tutelles au juge d'instance ;
- ajouter un alinéa à l'article 431 C. civ. à propos du refus émis par le majeur de se faire examiner : « Si le majeur refuse de se faire examiner par ce médecin habilité, l'ouverture d'une mesure de protection demeure possible dès lors que la preuve de son insanité d'esprit est rapportée par tout moyen », ce qui revient à revenir à la jurisprudence ancienne qui autorisait de passer outre le refus du majeur dans son intérêt ;
- utiliser le modèle de la responsabilité du curateur pour le procureur de la République, à savoir la faute lourde ;
- instaurer un contrôle du contenu du certificat médical circonstancié par les médecins experts ou les médecins ordinaires ;
- concernant l'article 477 C. civ. relatif au mandat de protection future, il convient de compléter son alinéa premier : « *Toute personne majeure, après information de son conjoint s'il n'est pas désigné mandataire et mention en marge de l'extrait de naissance, ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat datant de moins de trois ans, de la représenter pour le cas*

où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts » ;

- modifier l'article 421 C. civ. pour distinguer en fonction de la nature de la mission, assistance ou représentation, du protecteur et non plus selon qu'il est tuteur ou curateur en ce qui concerne la faute à l'origine d'une action en responsabilité (faute lourde pour les missions d'assistance, faute quelconque pour les missions de représentation) ;

- mettre en place un petit code de déontologie et une structure ordinale pour les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ;

- créer une exception testamentaire au premier alinéa de l'article 467 C. civ. : « *La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille, **sauf en matière testamentaire** » ;*

- faire du travailleur handicapé un salarié particulier qui ne serait soumis qu'aux seules dispositions du Code du travail ;

- modifier l'article 225-6 1° C. pén. relatif au proxénétisme pour éviter une assimilation avec l'assistance sexuelle : « *Est assimilé au proxénétisme et puni des peines prévues par l'article 225-5 le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit :*

*1° De faire office d'intermédiaire entre deux personnes dont l'une se livre à la prostitution et l'autre exploite (ou) **et rémunère la prostitution d'autrui** » ;*

- modifier l'article D311-5 CASF : « *Le conseil de la vie sociale comprend (au moins) **limitativement** : [...] » ;*

- dans le domaine de la santé, privilégier les dispositions du C. santé publ. à celles du C. civ. et ajouter « ***les enfants du donneur** » à l'article L1241-4 C. santé publ. relatif au don de moelle osseuse.*

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Accessibilité : 455 et s., **461**, 526, 612.

- architecturale / établissements recevant du public : 383, 419, 467, 468, 472.
- dérogations : 474 et s.
- informations : 11, **30 et s.**, 397, 470, **479 et s.**
- tribunal : 467, 469, 473.

Accompagnement :

- général : 86, 109 et s.
- judiciaire (MAJ) : 8, 11, 116, 197, **506 et s.**
- social personnalisé (MASP) : 8, 11, 85, 116, **504 et s.**

AGEFIPH : **350**, 358.

Allocation aux adultes handicapés (AAH) : 359, 367, **520 et s.**

Altération des facultés mentales : 41, **61 et s.**, 107, 212, 291, 325 et s.

Assistance sexuelle : 431 et s.

Audition : **53 et s.**, **75 et s.**, 144, 530, 588, 607.

Autonomie :

- notion : 2, 14, 19, **28**, **33**, 50 et s., 186 et s., 368, 374 et s.
- autonomie budgétaire : 110 et s., 504, 509.
- autonomie juridique : 18, **27**.
- autonomie personnelle : **21 et s.**, 375, 378.

C

Capacité de travail : 32, 330, 332, 333, 522.

Carte d'invalidité : 334, 519.

Certificat médical : 55, **61 et s.**, 167, **173 et s.**, 199, 220, 593.

Charte des droits et des libertés de la personne en situation de handicap ou de dépendance : 421.

Classe pour l'inclusion scolaire (CLIS) : 355, 369.

Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) : 17, 334, 340, 342 et s., **518 et s.**

Compensation : 32, 33, 334, 339, 431 et s.

Conflits d'intérêts : 263 et s., 601.

Conseil de famille : **98 et s.**, 324, **410 et s.**, 585.

Conseil de la vie sociale (CVS) : 395, **496 et s.**, 617.

Consentement : 26, 49.

- acte médical/hospitalisation : 531 et s., 555, 557 et s.

- mariage : 589.

- patrimoine : 609.

- sexualité : 417.

- stérilisation : 426 et s.

- strictement personnel : 372 et s.

- vote : 450.

Contrat de séjour : 225, 421, **489 et s.**, 501.

Curatelle : v. Mesures de protection judiciaires.

D

Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen : 382

Dignité : 26, 42, **43**, 419, 533, 580.

Discrimination :

- définition : 4, 477, 522.
- positive : 4, **330 et s.**, 452.

Divorce : **590 et s.**, 605, 607.

E

Egalité : 337, 458, 473, 494.

Emploi : 340 et s.

- dérogations au principe d'emploi des personnes handicapées: 347 et s.
- employabilité : 335.
- secteur privé : 339.
- secteur public : 336 et s.

Etablissement et service d'aide par le travail (ESAT) : 349, 363, **364 et s.**, 620.

Eugénisme : 570 et s.

F

Facteurs environnementaux : 7, 455, **457 et s.**, 474, **526**, 608.

Famille : **119**, 154, 155, 190, 226, **410**, 586, 602.

Formation professionnelle : 349, **357 et s.**

H

Handicap :

- définition : 5, **6**, 459.
- mental (et différence avec la maladie mentale) : **10**, **11**, 479 et s., 503.
- social : **8**, 32.

I

Inaptitude : 228, 250, 342.

Incapacité : 128, 221, 227, 242, 380, **454**, **522**.

Infirmité : 5, 107, 423.

Institut médico-éducatif (IME) : 356.

Institut médico-professionnel (IMPro) : 356.

Intérêt du majeur : **44 et s.**, 77, 121, **166**, **179**, 188, **244 et s.**, 286 et s., 409, 537.

Interruption de grossesse : 426 et s.

Intimité : 49, 379 et s., 416.

J

Juge des tutelles : 46, 47, 55, **58 et s.**, 66, **72 et s.**, 124, 146, 184, 246, 267, **294**, 308, 545, 572, 614.

L

Langue des signes française : 31, 485.

Libéralités : 264, 313 et s.

Lieu de travail : 471.

Logement : 116, **301 et s.**, 505, 609, **620**.

M

Mainlevée : 54, 66, **69 et s.**

Maison départementale des personnes handicapées (MDPH) : 339, 342, **515 et s.**

Maladie mentale : 10, 12.

Mandat de protection future : 102, **133, 227 et s.**, 289, 541, 618.

Mandataire judiciaire à la protection des majeurs : 194, 195, **260 et s.**, **275 et s.**, 508.

Mariage : 122, **578 et s.**, 605.

Médecin :

- traitant : 62, **176**, 179, 585, **587**.

- inscrit sur la liste du procureur de la République : 62, **175**, 182, 202, **216 et s.**, 311.

Mesures judiciaires de protection :

- curatelle : 65, 81, 108, 247, **319, 322**, 396, 555, **582**, 591, **597 et s.**

- sauvegarde de justice : 65, 131, 138, 191, 251, 396, 555, **567, 581**.

- tutelle : 13, 65, 91, 132, 236, 281, 315, 320, **385 et s.**, **406 et s.**, 532 et s., 583, 591, 593, 600.

N

Nécessité : **37 et s.**, 61, 64, **82 et s.**, 105.

O

Obligation d'emploi : v. emploi.

P

PACS : 595 et s., 605.

Participation à la vie en société : 6, 460, 483.

Personne de confiance : 235, 536, **539 et s.**, **554**.

Pornographie : 425.

Prestation de compensation : 116.

Procureur de la République : 59, 86, 162, 171, 184, **190 et s.**, **214**, 267, 291, 507, 615.

Projet de vie : 421, 434, 494, 515.

Projet personnalisé de scolarisation : 354.

Proportionnalité : **105**, 163, 236.

Prostitution : **423**, **424**, 436 et s.

R

Recours :

- décisions du juge des tutelles : **134 et s.**, 159, **162**, 192.
- actions du procureur : 202, **212 et s.**
- décisions CDAPH : **344 et s.**, 523.

Représentation : 13, 51, 128, **130 et s.**, **234 et s.**, 282, 373, 400, 406, 408, 488, **549**.

Responsabilité :

- Etat : 67, **88 et s.**, 102, 203 et s., 259, **276 et s.**, 353, 356.
- Juge des tutelles : 88 et s.
- Procureur de la République : 203 et s., 616.

S

Sauvegarde de justice : v. Mesures de protection judiciaires.

Scolarisation : **351 et s.**, 455.

Secret professionnel : **178 et s.**, 587.

Sexualité : 371, 399, **413 et s.**, **431 et s.** (compensation, assistance sexuelle), **447**.

Situation de handicap : v. Facteurs environnementaux.

Stérilisation : 421, **569 et s.**

Subsidiarité : 51, **104**, **114 et s.**, 120, 131, 132, **235**, **454**, 538, 575.

T

Taux incapacité : 342, 343, 519, **520**, 522.

Travailleur handicapé : 340, 341, **342**, 343, 346, 358 et s., **363 et s.**, 522.

Tutelle : v. Mesures de protection judiciaires.

V

Volonté : **79**, 132, 169, **186**, 188, 235, 236, **245**, 371, 531, 535.

Vote : 31, 370, **382 et s.**, 448, 496, 619.

Vulnérabilité : **209**, 414, 422.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

1) Ouvrages généraux :

BATTEUR Annick, « *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés.* », 4^{ème} éd., LGDJ, 2009.

BINET Jean-René, « *Droit médical* », Montchrestien, Lextenso éd., 2010.

CABRILLAC Rémi, **FRISON-ROCHE** Marie-Anne, **RENET** Thierry, « *Libertés et droits fondamentaux* », 2011, 17^{ème} éd., coll. CRFPA grand oral, Dalloz.

CADIET Loïc et **JEULAND** Emmanuel, « *Droit judiciaire privé* », Litec, 7^{ème} éd., 2011.

FOUCAULT Michel, « *Histoire de la folie à l'âge classique* », Gallimard, coll. Tel, 1972.

GUIGNARD Laurence, « *juger la folie. La folie criminelle devant les Assises au XIX^{ème} siècle* », PUF, coll. Droit et justice, 2010.

MALAURIE Philippe, « *Les personnes : la protection des mineurs et des majeurs* », 6^{ème} éd., 2012, Defrénois.

PEDROT Philippe (sous la dir.), « *Ethique, droit et dignité de la personne* », Mélanges en l'honneur de C. Bolze, 1999, Economica.

PIN Xavier, « *Droit pénal général* », Dalloz, 2005.

POSTEL Jacques et **QUETEL** Claude (sous la dir.), « *Nouvelle histoire de la psychiatrie* », Dunod, Paris, 1994.

RENAULT-BRAHINSKY Corinne, « *Droit des personnes et de la famille* », 3^{ème} éd., 2008, Lextenso.

STASI Laëtitia et **COUTANT-LAPALUS** Christelle, « *Droit civil. Personnes. Incapacités. Famille* », 15^{ème} éd., Paradigme, 2009.

TEYSSIE Bernard, « *Droit civil. Les personnes* », 13^{ème} éd., Litec, 2011.

2) Ouvrages spécialisés :

BLANC Alain, « *Le handicap ou le désordre des apparences* », éd. Armand Colin, 2008.

BOUMAZA Assia, « *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme : la protection de la personne malade mentale.* », vol.2, éd. CTNERHI, 2002.

CONTAMINE-RAYNAUD Monique, « *Le secret de la vie privée* », LGDJ, 1978, 106 p.

DEFFAINS Nathalie et **PY** Bruno (sous la dir.), « *Le sexe et la norme* », PUN, 2010.

DELFOSSÉ Alain et **BAILLON-WIRTZ** Nathalie, « *La réforme du droit des majeurs protégés. Loi n°2007-308 du 5 mars 2007* », coll. Pratique notariale, Litec, 2009.

DELPRAT Laurent, « *La réforme des tutelles.* », coll. Essentiel, éd. LEH, 2009.

DORIGUZZI Pascal, « *L'histoire politique du handicap. De l'infirmes au travailleur handicapé* », éd. L'Harmattan, 1994.

DUPUY Olivier, « *Guide de la protection des majeurs. La réforme du 5 mars 2007 expliquée* », Heures de France, 2009

FOSSIER Thierry, **BATTEUR** Annick, **CARON-DEGLISE** Anne, **DALLE** Marie-Charlotte, **PÉCAUT-RIVOLIER** Laurence, **VERHEYDE** Thierry, « *Curatelle, tutelle, accompagnements, protection des mineurs et des majeurs vulnérables* », Litec, 2009.

FRICOTTÉ Lisiane, « *Guide Néret. Droit des personnes handicapées* », Groupe Liaisons, coll. Néret, 2012.

GROSBOIS Louis-Pierre, « *Handicap et construction, conception et réalisation : espaces urbains, bâtiments publics, habitations, équipements et matériels adaptés* », 6^{ème} éd., 2003, Paris : Le Moniteur.

GUÉZOU Olivier et **MANSON** Stéphane (sous la dir.), « *Droit public et handicap* », Dalloz, 2009.

IACUB Marcela, « *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique* », Flammarion, Champs essais, 2002.

LECA Antoine et **VIALLA** François, « *Le handicap : Droit, histoire, médecine* », actes du colloque de Montpellier des 6-7 novembre 2003, PUAM 2004.

LIBERMANN Romain, « *Handicap et maladie mentale.* », Que sais-je ?, PUF, 2007.

MADOUCHE Madjid, « *Etude comparative des politiques du handicap dans plusieurs pays européens* », Mission handicap pour le CCAS de la Ville de Besançon, octobre 2006

MASSIP Jacques, « *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs* », Defrénois, 2009.

MASSIP Jacques, « *Les incapacités, étude théorique et pratique* », Defrénois, 2002.

MOLIN Olivier, « *Les tutelles. La protection juridique des majeurs* », 2^{ème} éd., 2012, Société française des imprimeries administratives centrales, Sofiac, 338 p.

NUSS Marcel (sous la dir.), « *Handicaps et sexualités. Le livre blanc.* », Dunod, 2008.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, « *Protéger un majeur vulnérable* », 1^{ère} éd., 2010, éd. Delmas, coll. Delmas express.

PITAUD Philippe (sous la dir.), « *Sexualité, handicaps et vieillissement* », coll. Pratiques du champ social, éd. Eres.

PY Bruno, « *Le secret professionnel* », L'Harmattan, 25 mai 2005.

PY Bruno, « *Le sexe et le droit* », Que sais-je ?, PUF, 1999.

PY Bruno (sous la dir.), « *La pudeur et le soin* », PUN, 2011.

RABISCHONG Pierre, « *Le handicap.* », Que sais-je ?, PUF, 2008.

STIKER Henri-Jacques, **PUIG** José, **HUET** Olivier, « *Handicap et accompagnement : nouvelles attentes, nouvelles pratiques* », éd. Dunod, 2009.

ZRIBI Gérard et **SARFATY** Jacques, « *Handicapés mentaux et psychiques : vers de nouveaux droits.* », éd. EHESP, 2008.

ZRIBI Gérard et **CHAPELLIER** Jean-Louis (sous la dir.), « *Penser le handicap mental* », éd. ENSP, 2005.

3) Thèses et mémoires :

BEIGNIER Bernard, « *L'honneur et le droit* », LGDJ, 1995.

CAPELA Hélène, « *La protection de l'incapable à l'épreuve de la médecine* », thèse dactylographiée, Toulouse, décembre 2007.

ÉTIENNE Catherine, « *Les travailleurs sociaux et le conseil de vie sociale en CHRS : vers des approches collectives favorisant l'empowerment des usagers* », novembre 2004.

GUIGUE Marion, « *La personne handicapée. Contribution à l'étude de l'utilité de son statut* », 2011, thèse dactylographiée, Montpellier.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps* », 2004, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan.

MARRION Bertrand, « *Le mineur, son corps et le droit criminel* », thèse dactylographiée, 2010, Nancy.

PIERRE Marie, « *Parenté et incapacités.* », mars 2005.

PLAZY Jean-Marie, « *La personne de l'incapable* », éd. La Mouette, 2002.

PRIEUR Stéphane, « *La disposition par l'individu de son corps.* », coll. Thèses, LEH, 1999.

PY Bruno, « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », Nancy, thèse dactylographiée sous la direction du Professeur J-F. Seuvic, 1993.

RENARD-MUGNIER Anne-Sophie, « *Le droit à l'autonomie des personnes handicapées.* », 2007, Université de Lille 2, sous la direction de Françoise Dekeuwer-Défossez.

THIERRY Jean-Baptiste, « *Le handicap en droit criminel.* », thèse dactylographiée, 2006, Nancy, sous la direction du Professeur J-F. Seuvic.

ARTICLES DE DOCTRINE ET CHRONIQUES :

« Conclusion et clauses du contrat de travail : le contrat d'apprentissage », *Revue fiduciaire*, 27 juin 2008, n°984, p 96.

« Contrats d'apprentissage et de professionnalisation : de nouvelles aides en chantier », *RF Social*, 1^{er} mai 2011, n°108, p 38.

« Majeurs protégés : le droit de décider », *Bulletin du conseil national de l'ordre des médecins*, n°8, octobre 2007.

Dossier spécial « HALDE », *Dr. Pén.*, novembre 2007, p 2.

ABIKHZER Franck, « La discrimination positive en France : un concept mort-né ? L'avenir juridique d'une conception identitaire », *Revue de la recherche juridique*, 1^{er} oct. 2005, p 2081.

AGTHE-DISERENS Catherine, « La formation en assistance sexuelle : toute innovation implique des risques », *Reliance*, 2008, n°29, p 46.

ALFANDRI Élie, « La démocratie sanitaire : aspect juridique et médical », *RGDM*, 1^{er} fév. 2004, numéro spécial, p 37.

ALT-MAES Françoise, « Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *Rev. science crim.*, 1998, p 301.

ANTOINE Suzanne, « L'animal et le droit des biens », *D.* 2003, p 2651.

ARHAB-GIRARDIN Farida, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. », *RDSS* 2009, p 875.

ASQUINAZI-BAILLEUX Dominique, « Reconnaissance d'une maladie hors des tableaux de maladies professionnelles », *JCP S*, 9 oct. 2012, n°41, p 37

ASSANTE Vincent, « Personnes handicapées ou personnes en situation de handicap », *in Personnes handicapées et situation de handicap*, sous la dir. de Isabelle VILLE et Jean-François RAVAUD, La documentation française, n° 892, septembre 2003, pp. 29-30

AUBIN Emmanuel, « Refus de soins et urgence médicale après la loi du 4 mars 2002 », *Dr. Adm.*, 1^{er} nov. 2002, n°11, p 29.

AZAVANT Marc, « Effets généraux (comptes et logements) et effets personnels », *Droit et Patrimoine* 2009, n°180, p 73.

BATTEUR Annick, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr. Fam.*, n°2, févr.. 2011, dossier 5.

BATTEUR Annick, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection des majeurs », *Droit et Patrimoine* 2009, n°180, p 73.

BATTEUR Annick, « Contrat et mesures de protection », *JCP N* 2008, n°36, p 54.

BEIGNIER Bernard, « Secret médical et assurance de personnes », *D.* 1999, p 469.

BELLIVIER Florence, « IVG-Stérilisation. Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. », *RTD civ.*, octobre-décembre 2001, note 14, p 972.

BENALI Larbi, **MARCHAND** Michel, **GROMB** Sophie, « Droit et autonomie des personnes handicapées. », *Médecine et droit* 2009, p 13.

BERNARD Guillaume, « L'évolution de la notion de dignité en droit. », in actes du 7^{ème} séminaire d'experts organisé par l'Institut international de recherche en éthique biomédicale, Paris, décembre 2007.

BERNHEIM-DESVAUX Sabine, « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », *RJPF* 2010, n°4.

BERTHIAU Denis, « La réforme de la protection juridique de la personne majeure et ses incidences dans le droit de la santé (loi du 5 mars 2007) », *Médecine et droit* 2007, p 105.

BERTHIAU Denis, « Le principe d'autonomie en droit », 2 mars 2006, Centre de documentation multimédia en droit médical (www.droit.univ-paris5.fr).

BERTHIAU Denis, « Comprendre le principe d'autonomie en droit de la santé. », *Médecine et droit* 2006, p 53.

BERTHO Patrick, « L'appréciation de l'autonomie du majeur protégé dans le suivi de la mesure par un service de tutelle. », *nouvelobs.com*, 2 juillet 2009.

BIGET Carine, « Des propositions en faveur des maisons départementales des personnes handicapées », *AJDA* 2009, p 1345.

- BINET** Jean-René, « La bioéthique à l'épreuve du temps », *JCP G*, 18 juill. 2011, n°29, p 1410.
- BINET** Jean-René, « Le droit et le statut spécifique du corps humain », *RGDM*, 1^{er} juin 2009, n°31, p 15.
- BLANC** Didier, « L'Union européenne face au handicap. Les tâtonnements d'une politique publique volontariste », in. O. Guézou et S. Manson (sous la dir.), « *Droit public et handicap* », Dalloz, 2009, p 109.
- BŒUF** Jean-Luc, « L'autonomie financière des collectivités locales existe-t-elle ? », *RLCT*, 1^{er} avril 2010, n°56, p 57.
- BORGETTO** Michel, « Handicap et aptitude à l'emploi », *RDSS* 2011, p 789.
- BORGETTO** Michel, « Allocation personnalisée d'autonomie. », *JCL Protection sociale*, fasc.. 870, 2002.
- BOSSER** Christelle, « La Charte européenne de l'autonomie locale enfin ratifiée ! », *Dr. Adm.*, 1^{er} oct. 2006, n°10, p 15.
- BOUJEKA** Augustin, « Le contentieux du handicap réparti entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire », *RDSS* 2007, p 1116.
- BOUMAZA** Assia, « La stérilisation contraceptive et le handicap mental après la loi du 4 juillet 2001. », *R.D.S.S.* 2002, p 233.
- BRAJEUL** Rémi, « Démocratie sanitaire : la santé en débat », *RGDM*, 1^{er} juil.. 2008, numéro spécial, p 145.
- BRINET** Sophie, « Le système français de protection des incapables majeurs dans la pratique du magistrat », *L'Information Psychiatrique*, vol. 81, n°1, janv.. 2005, p 37-41.
- BYK** Christian, « Statut du corps humains et pratiques biomédicales : à propos des lois bioéthiques françaises », *Journal international de bioéthique*, 1^{er} mars 1996, n°1, p 3.
- CALICE** Laure et **DIRLART** Marie-Charlotte, « Les nouveaux fronts contentieux du licenciement économique. L'impossible équation entre l'existence du groupe et l'autonomie juridique de la société », *JCP S*, 6 nov. 2012, n°45, p 20.
- CALIN** Daniel, « Comprendre la loi de février 2005 sur les droits des personnes handicapées », *Enfances et PSY* n°29, décembre 2005, p. 189.

CARON Mathilde et **VERKINDT** Pierre-Yves, « Inaptitude, invalidité, handicap : l'image du manque en droit social », *RDSS*, 1^{er} sept. 2011, n°5, p 862

CARON-DÉGLISE Anne, « Les actes patrimoniaux de la personne protégée et la protection légale : la nouvelle représentation légale », *Lamy Dr. civ.* 2010, n°73 (supplément).

CARON-DÉGLISE Anne, « Un nouveau cadre pour la protection des majeurs (2^{ème} partie) », *RJPF* 2009, n°2, p 8.

CARON-DÉGLISE Anne, « L'ouverture d'une mesure de protection : les principaux aménagements de la loi », *Droit et Patrimoine*, n°169, 2008, p 50.

CASTIEL Didier et **BRÉCHAT** Pierre-Henri, « Réformes hospitalières, tarification à l'activité et handicap social : vers une mise en cause de la mission sociale des établissements de santé et du principe de solidarité ? », *Médecine et Droit*, 1^{er} mars 2009, n°95, p 52.

CATALA Pierre, « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », *JCP N* n°36, 5 septembre 2008, 1267.

CÉRÉ Jean-Paul, **HERZOG-EVANS** Martine, **PÉCHILLON** Éric, « Exécution des peines : décembre 2005-mars 2007 », *D.*, 10 mai 2007, n°18, p 1229.

CERMOLACCE Arnaud, « Présentation générale des mesures de protection des majeurs. Entre rupture et continuité », *JCP N* n°36, 5 sept. 2008, 1268.

CERMOLACCE Arnaud, « La preuve de l'insanité d'esprit en matière de testament (à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 2003) », *JCP N* n°41, oct. 2004, 1473.

CHAMPEAUX Françoise, « Lutte contre les discriminations : un nouveau projet de loi. », *Semaine sociale Lamy*, 2008, n°1338, p 4.

CHAMPENOIS Gérard, « La protection du logement du majeur vulnérable par les régimes matrimoniaux », *Droit et patrimoine*, 2011, n°199, p 42.

CHIARINY-DAUDET Anne-Catherine, « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille. », *LPA*, 28 novembre 2007, n°238, p 6.

CHIÈZE François, « Le droit au respect de l'autonomie », *Lamy Dr. civ.* 2010, n°73 (supplément).

CIMAR Laurence, « Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie », *Médecine et Droit*, 1^{er} juill. 2012, n°115, p 99.

CONSTANTIN Alexis, « Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent », *RTD. Com.*, 1^{er} avr. 2011, n°2, p 365.

CORPART Isabelle, « Plus de solidarité familiale pour l'avenir des enfants handicapés. », *JCP G* n°14, 5 avril 2006, I 128.

COSTE Juliette, « Le policier ne doit pas frapper le délinquant...même multirécidiviste », *AJDP*, 1^{er} mai 2004, n°5, p 206

COUTURIER Isabelle, « Remarques sur quelques choses hors du commerce », *LPA*, 13 sept. 1993, n°110, p 7.

COUTURIER Mathias, « Secret médical et protection des personnes atteintes de troubles psychiques. », *RDSS* 2009, p 277.

COUTURIER Mathias, « Le compte en banque de la personne vulnérable. », *JCP N* n°36, 5 septembre 2008, 1270.

CRÉNEAU-JABAUD Béatrice, « La protection conventionnelle : les nouveaux contrats de protection », *Lamy Dr. civ*, 2010, n°73 (supplément).

DAMAS Nicolas, « Le logement loué par un majeur protégé », *Droit et patrimoine*, 2011, n°199, p 55.

DEFFAINS Nathalie, « La liberté sexuelle : quelle liberté ? Quel régime ? », in N. Deffains et B. Py (sous la dir.), « *Le sexe et la norme* », PUN, 2010, p 37.

DELABRE Bruno, « D'une incapacité, créer de nouvelles capacités », *Lamy Dr. civ*, 2010, n°73 (supplément).

DELBANO Fabrice, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », *D.* 1999, p 408.

DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe, « Successions et libéralités au profit de l'incapable majeur. », *JCP N* n°20, 21 mai 1999, p 857.

DENIS Loïc, « Accessibilité du web et handicap (la dématérialisation de l'accessibilité) », *Communication Commerce Electronique*, 1^{er} mars 2006, n°3, p 19.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Prélèvement de moelle osseuse sur personnes vulnérables : les parents oubliés », *RJPF* n°3, 1^{er} mars 2011, p 37.

DORSNER-DOLIVET Annick et **SOUTOUL** Jacques-Henri, « La stérilisation humaine en pratique courante et toujours illicite », *Médecine et Droit*, 1^{er} sept. 1993, n°2, p 42

DOUCHY-OUDOT Méлина, « Les mandats judiciaires. », *Deffrénois*, n°02/09, 38881, p 132.

DOUMBÉ-BILLÉ Stéphane, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, à propos de la nouvelle frontière », *AJDA*, 20 janv. 1993, n°1, p

DREIFUSS-NETTER Frédérique, « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne », *Gaz. Pal.*, 9 juin 2006, n°160, p 23.

DREIFUSS-NETTER Frédérique, « La notion d'incapacité en droit de la santé », 2 mars 2006, www.droit.univ-paris5.fr.

DREIFUSS-NETTER Frédérique, « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *D.* 2005, p 1808.

DUMERY Alexandre, « Responsabilité civile des organes de protection : la nouvelle donne », *RDSS* 2008, p 844.

DUMONT François, « L'animal : un être juridiquement en devenir », *RLDC* 2006, n°23.

DUPRAS Jean Pierre, « Le consentement anticipé aux soins pour maladies graves. », *JCP G*, n°50, 12 décembre 2001, doctrine I 369, p 2289.

DUPRÉ Christine (entretien avec.), « Les maisons départementales des personnes handicapées, 5 ans après la loi du 11 février 2005 », *JCP A n°6*, 8 fév. 2010, 2053.

DURAND Régis, « Le régime de protection civile des incapables majeurs », *Droit, Déontologie et Soins* 10 (2010), p. 279.

EDELMAN Bernard, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 1997, n°23, chron., p 185-188.

EHRHARDT Raymond, « Développement de la vie affective et sexuelle des personnes handicapées », mai 2003, www.textes-psy.com.

EL RHRIB-LOUH Hanane, « L'autonomie médicale des personnes en situation d'incapacité », *RGDM*, n°46, mars 2013, p 51.

EVERAERT-DUMONT Dominique, « Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux : quelle évolution ? », *Dr. soc.* n°3, mars 2005, p 311.

FABRE-MAGNAN Muriel, **LEVINET** Michel, **MARGUÉNAUD** Jean-Pierre, **TULKENS** Françoise, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Revue Droits* n°48, 2009, PUF.

FABRE-MAGNAN Muriel, « Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31.

FABRE-MAGNAN Muriel, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973.

FARINETTI Aude, « L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011 », *RDSS*, 2012, p 111.

FAVIER Yann, « Les mesures d'accompagnement des personnes vulnérables : nouvelles « tutelles sociales » ? », *Droit et patrimoine* 2009, p 180.

FAVIER Yann, « Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs : une nouvelle profession sociale », *RDSS* 2008, p 826.

FENOUILLET Dominique, « Le mandat de protection future ou la double illusion. », *Deffrénois*, 30 janvier 2009, n°2, p 142.

FONTIER Rémy, « Annulation des délibérations d'un jury pour aide inadaptée à un candidat handicapé », *AJFP* 2010, p 130.

FORSTER Frédéric et **POTTIER** Isabelle, « L'accessibilité des services de communications électroniques aux personnes handicapées », *Gaz. Pal.* n°113, 23 avril 2009, p 18.

FORTIS Elisabeth, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités. », *AJ Pénal* 2008, p 303.

FOSSIER Thierry, « Peut-on légiférer sur la vulnérabilité ? », *Dr. Fam.* n°2, février 2011, dossier 2.

FOSSIER Thierry, « La loi du 5 mars 2007, une véritable réforme », *LPA*, 4 novembre 2010, n°220, p 5.

FOSSIER Thierry, « Actes de gestion du patrimoine des personnes protégées, à propos du décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008. », *JCP G* n°3, 14 janvier 2009, act. 20.

FOSSIER Thierry, « Quand le juge (des tutelles) se fait discret », *Droit et patrimoine* 2008, p 169.

FOSSIER Thierry, « Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux. », *JCP N.* n°36, 5 septembre 2008, 1277.

FOSSIER Thierry, « Le mandat de protection future sous seing privé, deuxième décret d'application de la réforme de la protection des majeurs. », *Dr. Fam.* n°1, janvier 2008, étude 2.

FOSSIER Thierry, « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr. Fam.* n°5, mai 2007, étude 17.

FOSSIER Thierry, « La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », *JCP G.* n°11, 14 mars 2007, I 118.

FOSSIER Thierry, « Noces démerade entre notaires et juges : vers la réforme des tutelles ? », *Dr. Fam.* n°5, mai 2006, étude 25.

FOSSIER Thierry, « Le remplacement de la tutelle aux prestations sociales par la mesure de gestion budgétaire et sociale et la mesure d'accompagnement social spécifique », *JCP N* n°14, 7 avr. 2006, 1151.

FOSSIER Thierry, « Nécessité, subsidiarité et proportionnalité de la protection des majeurs », *JCP N*, 18 févr. 2005, n°7, p 296.

FOSSIER Thierry, « La représentation légale des incapables, une théorie à construire. », *Dr. Fam.* n°5, mai 2004, étude 10.

FOSSIER Thierry, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables. », *JCP G*, n°21, 21 mai 2003, I 135.

FOSSIER Thierry, « La responsabilité civile dans la protection de l'enfance : le cas du juge des enfants », *Gaz. Pal.*, n°37, 6 févr. 2002, p 7.

FOSSIER Thierry, « Juge et bon père de famille : les responsabilités du juge des tutelles dans la gestion patrimoniale pour le mineur. », *AJ Famille* 2002, p 363.

FOSSIER Thierry, « La responsabilité du tuteur et du juge des tutelles selon les décisions des trois ordres de juridiction », *RDSS* 2001, p 364.

FOSSIER Thierry, « Le pacte civil de solidarité et les majeurs protégés », in. « Droit de la famille », *JCP G* n°5, 31 janvier 2001, I 293.

FOSSIER Thierry, « Majeur protégé : le rapport du groupe Jean Favard sur le dispositif de protection des majeurs », *JCP N* n°50, 15 déc. 2000, p 1799.

FOSSIER Thierry, « Droits de la défense et personnes vulnérables. », *Rev. sc. crim.* 1998, p 57.

FOSSIER Thierry, « Le bon père de famille et le majeur protégé. », *JCP N* n°20, 21 mai 1999, p 831.

FOSSIER Thierry, « Droit de la famille. Enfance », *JCP N*, 3 avr. 1998, n°14, p 527.

FOSSIER Thierry et **VERHEYDE** Thierry, « La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs. », *JCP G*, n°30, 25 juillet 2001, p 1477.

FOSSIER Thierry et **VERHEYDE** Thierry, « Réforme des tutelles : la protection de la personne. », *AJ Famille* 2007, p 160.

FOSSIER Thierry, **PÉCAUT-RIVOLIER** Laurence et **VERHEYDE** Thierry, « Réforme des tutelles : la mesure d'accompagnement judiciaire et les mesures administratives d'accompagnement social personnalisé », *AJ Famille* 2007, p 175.

FOSSIER Thierry et **HARICHAUX** Michèle, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical. », *RDSS* 1991, p 1.

FOURNIER Véronique et **TRARIEUX** Sophie, « Les directives anticipées en France », *Médecine et Droit*, 1^{er} sept. 2005, n°74/75, p 146.

FRAISSE Régis, « Quelle est la portée du principe de subsidiarité ? », *Dr. Adm.*, 1^{er} août 2005, n°8, p 21.

FRAISSINIER-AMIOT Virginie, « La protection contre les discriminations en droit du travail. », *LPA* n°145, 20 juillet 2007, p 4.

FRESNEL Florence, « L'avocat mandataire judiciaire à la protection des majeurs », *Gaz. Pal.*, 16 février 2010, p. 14.

FRESNEL Florence, « Le certificat médical, une pièce maitresse de la mesure de protection des majeurs », *D.* 2010, p 2656.

FRESNEL Florence, « Le rôle de la famille dans le cadre de la nouvelle loi sur la protection des majeurs. », *AJ Famille* 2009, p 16.

FRESNEL Florence, « Le médecin et le droit des majeurs. », *Gaz. Pal.*, 15 octobre 2009, n°288, p 3.

FRESNEL Florence, « Le certificat médical dans la protection juridique des majeurs. », *RJPF* 2008, 06-2008, n°6.

FRESNEL Florence, « Le médecin choisi inscrit sur la liste et la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Gaz. Pal.*, 10 novembre 2007, n°314, p 2.

FRESNEL Florence, « L'incapable et la loi bioéthique du 6 août 2004 », *LPA* n°49, 10 mars 2005, p 3.

FRESNEL Florence, « La stérilisation des malades mentaux », *Médecine et Droit*, 1^{er} juill. 1998, n°31, p 12

FULCHIRON Hugues, « Peut-on protéger la personne contre elle-même ? », *JCP N*, n°17, 27 avr. 2012, p 44.

FULCHIRON Hugues et **CARON-DÉGLISE** Anne, « La protection judiciaire des majeurs : nouveau droit, nouveaux droits », *Lamy Dr. civ*, 2010, n°73 (supplément), p 11.

FULCHIRON Hugues, « Le notaire et l'exécution du mandat de protection future. », *Defrénois* n°02/09, 38883, p 178.

GALAN Pierre, « Règles de construction et droits des handicapés », *D.* 1995, p 5.

GARONNAIRE Jean-Eric et **PICOT** Florent, « Regard notarial sur la mesure d'accompagnement social et la mesure d'accompagnement judiciaire », *Droit et patrimoine* 2008, p 169.

GEOFFROY Claire, « Pour une autre conception de la tutelle des mineurs », *JCP N*, 12 mars 1993, n°10, p 99.

GESLOT Christophe, « Egalité devant la loi sociale et discriminations positives », *AJDA*, 23 oct. 2006, n°35, p 1961.

GIAMI Alain et **DE COLOMBY** Patrick, « Relations sociosexuelles des personnes handicapées vivant en institution ou en ménage : une analyse secondaire de l'enquête "Handicap, incapacités, dépendances" », *Revue européenne de recherche sur le handicap*, 2, 2008, p 109

GIAMI Alain, « Santé sexuelle : la médicalisation de la sexualité et du bien-être », *Revue de philosophie et de sciences sociales*, 2005, n°6, p 97-115.

GILLET-HAUQUIER Marie-Annick, « Le mandat sur inaptitude future : contribution à l'émergence d'un dispositif de préincapacité », *LPA*, 13 janv. 2005, n°9, p 7.

GLATT Jean-Mathieu, « Le contentieux contractuel, une nouvelle ère commence », *LPA*, 10 sept. 2007, n°181, p 6

GOMEZ Jean-François, « Les personnes handicapées mentales et la sexualité : prestations supplémentaires ou indice d'humanité ? », *Vie sociale et traitements* 2005-2, n°86, p 28.

GOSSELIN-GORAND Armelle, « L'incapacité commerciale après la réforme de la protection des majeurs protégés. », *JCP N.* n°38, 19 septembre 2008, 1289.

GRAND Rémi, « Adoption définitive de la loi réformant la politique du handicap », *AJDA* 2011, p 1300.

GRAND Rémi, « Loi sur le handicap : censure constitutionnelle de la principale dérogation à l'accessibilité », *AJDA* 2011, p 1598.

GRANGÉ Joël, « Discrimination positive et expériences récentes », *Semaine sociale Lamy*, 10 avr. 2006, n°1256, p 45.

GRATADOUR Hélène, « Du respect des droits individuels de la personne protégée », *RLDC*, n°59, 2009, p 41.

GRIDEL Jean-Pierre, « La sénescence mentale et le droit », *Gaz. Pal.*, 22 mars 2001, n°80, p 4.

GRILLO Eric, « L'autonomie : dimensions et paradoxes », *Ethique & Santé* 2004, n°1, p 179.

GUÉVEL Didier, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA*, 4 novembre 2010, n°220, p 30.

GUIHAL Dominique et **FOSSIER** Thierry, « Le régime des poursuites pénales engagées contre un majeur protégé. », *JCP G* n°17, 25 avril 2007, I 146.

GUILLOUD Laurence, « Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », *LPA*, 19 avr. 2007, n°79, p 53.

GUINCHARD Serge, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *D.* 2008, p 1748.

GUINCHARD Serge, « Les responsabilités encourues pour dysfonctionnement du service public de la justice civile », *LPA*, 12 juillet 2007, n°139, p 12.

HABOUBI Camila, « Autonomie de la personne et consentement en droit européen », *Droit, déontologie et soin*, décembre 2010, vol. 10 n°4, p 370.

HAUSER Jean, « Mariage et curatelle : concilier protection et liberté ? L'article 460 nouveau du code civil est constitutionnel », *RTD Civ.*, 2012, p 510.

HAUSER Jean, « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC* 2011, n°83.

HAUSER Jean, « Des personnes et des biens : le logement du majeur protégé », *Droit et Patrimoine* 2011, n°199, p 67.

HAUSER Jean, « Avant la réforme », *Droit et Patrimoine* 2009, p. 180.

HAUSER Jean, « Les actes strictement personnels : anticipation sur la loi du 5 mars 2007, le consentement du majeur à sa propre adoption », *RTD Civ.* 2008, p 655.

HAUSER Jean, « Le consentement aux soins des majeurs protégés. », *Petites Affiches*, 19 mars 2002, n°56, p 4.

HAUSER Jean, « La notion d'incapacité. », *Petites affiches*, 17 août 2000, n°164, p 3.

HAUSER Jean, « La voix de l'incapable et les recours de ceux qui l'entendent », *RTD Civ.* 1997, p 634.

HAUSER Jean, « Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable », in. Mélanges Pierre RAYNAUD, *Dalloz Sirey*, 1985, p 227.

HÉAS Franck, « Le contentieux de l'inaptitude à l'emploi en cas de handicap », *RDSS* 2011, p 849.

HÉBERT Sophie, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », *D.* 2008, p 307.

ISERN-RÉAL Marie-Hélène, « La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs », *Gaz. Pal.* 28 mars 2009, n°87, p 10.

JEANNE Céline, « Validité du testament olographe privant le conjoint survivant de sa vocation légale dans la succession de son époux », *RLDC*, 1^{er} sept. 2008, n°52, p 48

JOLY Paul, « L'accessibilité à la cité », *Lamy Dr. Civ.* 2010, n°73.

JONAS Carol, « Dispositions communes à toutes les protections. Rôle du médecin. », *JCI civ.*, Fasc. 20 « Les majeurs protégés », janvier 2009.

JOUNO Thurian, « Le contentieux de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé, un plein contentieux. Oui mais lequel ? », *AJDA* 2011, p 206.

JOURDAIN Marguerite, « Limiter les mesures de protection judiciaire : les techniques mises en place par la loi du 5 mars 2007 et ses décrets d'application », *Revue juridique de l'Ouest*, 1^{er} oct. 2010, n°4, p 425.

KARM Anne, « La sécurité patrimoniale du mineur et du majeur sous tutelle. », *Dr. Fam.* n°5, mai 2007, étude 18.

KESSLER Francis, « L'autonomie des personnes handicapées dans le loi du 11 février 2005 », *RDSS* 2005, p 382.

KLEIN Jérôme, « Le mandat de protection future ou la protection juridique conventionnelle », *Dr. Fam.* n°5, mai 2007, étude 21.

KLEIN Jérôme et **GEMIGNANI** Florence, « Du mariage et du divorce de la personne protégée », *Deffrénois*, 15 juin 2006, n°11, p 887.

KORFF-SAUSSE Simone, « Peut-on penser le handicap mental ? », in. G. Zribi et J-L. Chapellier (sous la dir.), « *Penser le handicap mental* », éd. ENSP, 2005, p 13.

LABBÉE Xavier, « Prélèvements d'organes et indisponibilité du corps humain », *LPA*, 11 juill. 1997, n°83, p 34.

LACHAUD Yves, « Une déclaration des droits du corps humain », *La Vie Judiciaire*, 16 juin 1996, n°2618, p 2.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne, « La solidarité envers les personnes handicapées. », *D.* 2002, p 1217.

LAPOUBLE Jean-Christophe, « Une nouvelle profession réglementée : les mandataires judiciaires à la protection des majeurs », *Dr. Adm.* n°10, octobre 2009, étude 18.

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, « La réforme de la protection des majeurs : protéger mieux, davantage de personnes et à moindre coût. », *Dr. Fam.* n°3, mars 2007, repère 3.

LATTES Jean-Michel, « Le travail de la personne handicapée », *RLDC* 2010, n°73.

LAVAUD-LEGENDRE Bénédicte, « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction », *RDSS* 2010, p 520.

LE BAUT-FERRARÈSE Bernadette, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », *AJDA* 2003, p 1383.

LE COADIC Ronan, « L'autonomie, illusion ou projet de société ? », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. CXXI, juillet-décembre 2006, p 317.

LE GALL Guy, « Démocratie sanitaire : le regard du médecin », *RGDM*, 1^{er} juil.. 2008, numéro spécial, p 167.

LE GOFF Jacques, « Employabilité et handicap », *RDSS* 2011, p 796.

LEGRAND André, « Les relations entre recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction », *AJDA*, 30 avril 2012, n°16, p 987.

LEMOULAND Jean-Jacques, **NOGUÉRO** David, **PLAZY** Jean-Marie, « Majeurs protégés, juillet 2009-juillet 2010 », *D.2010*, p 2115.

LEMOULAND Jean-Jacques, « Les actes du tuteur : typologie et classification. », *Dr. Fam.* n°5, mai 2007, étude 19.

LEMOULAND Jean-Jacques et **VIGNEAU** Daniel, « Droit des couples – Mariage – Concubinage – Pacte civil de solidarité », *D.* 2007, p 1561.

LEMOULAND Jean-Jacques, « Le testament de l'incapable dans la loi du 23 juin 2006. », *Dr. Fam.* n°11, novembre 2006, étude 48.

LEQUILLERIER Clémentine, « Le mandat de protection future et la personne de confiance : vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale ? », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2007, n°158, p 32.

LEROYER Anne-Marie, « Majeurs-Protection juridique : loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. », *RTD civ.* 2007, p 394.

LETELLIER François, « Le testament, expression de la volonté individuelle », *Deffrénois*, 15 févr. 2009, n°3, p 319.

LEVINET Michel, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *Droits*, 2009, n°49, p 3.

LÉVY Michel, « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et / ou continuité », *RDSS* 2002, p 423.

LHULLIER Jean-Marc, « Les conséquences du développement du droit des usagers sur la responsabilité dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux », *RDSS* 2001, p 563.

LINDON Robert, « La presse et la vie privée », *JCP*, 1968, 1887.

- LOCHAK** Danièle, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres », in D. Borillo et D. Lochak (sous la dir.), « *La liberté sexuelle* », PUF, 2005, p 7
- MALAUURIE** Philippe, « Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés », *JCP G* n°16, 19 avril 2010, 431.
- MALAUURIE** Philippe, « La réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2007, n°8, p 557.
- MANANGA** Francisco, « Le statut de travailleur handicapé mental en ESAT et l'application du droit du travail. », *Dr. Trav.* 2008, p 89.
- MANANGA** Francisco, « La réforme des formations et des professions sociales : une nécessité pour l'accompagnement des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux », *RDSS* 2008, p 546.
- MARCOVITCH** Eliane et **LAGACHE** Corine, « Mandataires et délégués : fonctions, responsabilités et rémunération », *Droit et Patrimoine*, 2009, p 180.
- MARGUÉNAUD** Jean-Pierre, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.* 2005, p. 341.
- MARGUÉNAUD** Jean-Pierre, « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, chr., p 205.
- MARGUÉNAUD** Jean-Pierre et **MOULY** Jean, « La vie privée du salarié sadomasochiste », *D.* 2009, p 1861.
- MARGUÉNAUD** Jean-Pierre et **RAYNARD** Jacques, « Hymnes à la vie et à l'autonomie personnelle », *RTD Civ.* oct/déc. 2002, p 858.
- MARGUÉNAUD** Jean-Pierre et **RAYNARD** Jacques, « Transsexualisme : la Cour européenne des droits de l'Homme fait le saut de l'ange », *RTD Civ.* oct/déc. 2002, p 862.
- MARIA** Ingrid, « Absence de publicité du mandat de protection future : aucun changement à envisager », *Dr. Fam.* n°12, Décembre 2009, comm. 162.
- MARIA** Ingrid, « De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes protégées. Approche critique du décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 », *Dr. Fam.* n°10, octobre 2009, étude 31.
- MARRION** Bertrand, « Profession : prostitué ! », in N. Deffains et B. Py (sous la dir.), « *Le sexe et la norme* », PUN, 2010, p 359.

MASSIP Jacques, « De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs », *JCP N*, n°38, 23 sept. 2011, 1244.

MASSIP Jacques, « Eléments à prendre en compte pour fixer le montant d'une prestation compensatoire », *LPA*, 11 mars 2010, n°50, p 12

MASSIP Jacques, « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr. Fam.* n°7, juillet 2010, étude 18.

MASSIP Jacques, « Le mandat de protection future », *LPA* 27 juin 2008, n°129, p 11.

MASSIP Jacques, « Le cumul de la tutelle aux prestations sociales et de la tutelle ou de la curatelle en droit civil », *Defrénois*, 15 mars 1999, n°5, p 313.

MATHIEU Jean-Michel, « La transmission du patrimoine de la personne protégée : les limites juridiques », *Lamy Dr. civ.*, 2010, n°73 (supplément).

MAUGER-VIELPEAU Laurence, « Le divorce par consentement mutuel du curatelaire », *Gaz. Pal.*, 17 janvier 2013, n°17, p 12.

MAUGER-VIELPEAU Laurence, « Les destinataires de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 : une loi d'action sociale ? », *RDSS* 2008, n°5, p 809.

MÉMETEAU Gérard, « La contraception chez les personnes handicapées mentales : commentaire de l'avis du comité consultatif national d'éthique du 3 avril 1996 », *Médecine et Droit*, 1^{er} mars 1998, n°29, p 15.

MÉSA Rodolphe, « Les principes de nécessité et de subsidiarité en matière de protection des majeurs », *Lamy Dr. Civ.*, 1^{er} juill. 2012, n°95, p 37.

MIAILLE Michel, « La démocratie sanitaire », *RGDM*, 1^{er} fév. 2004, numéro spécial, p 23

MIKALEF-TOUDIC Véronique, « Une volonté certaine de contractualisation », *RDSS* 2008, n°5, p 814.

MILANO Serge, « Parachever la réforme de l'AAH », *RDSS*, 1^{er} janv. 2008, n°1, p 148

MILANO Serge, « La loi du 11 février 2005 : pourquoi avoir réformé la loi de 1975 ? », *RDSS* 2005, p 361.

MISLAWSKI Roger, « Directives anticipées et autonomie de la personne en fin de vie », *Médecine et Droit*, 1^{er} juill. 2009, n°97, p 103.

MISTRETTA Patrick, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G*, 12 janv. 2005, n°1, I 100.

MONFORT Jean-Yves, « Les nouvelles incriminations de la loi du 30 décembre 2004 au regard de la liberté d'expression et des droits de l'homme. », *Gaz. Pal.*, 16 déc. 2005, n°350-351, p 2.

MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie, « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD Civ.* 2012, p 21.

MORTIER Renaud, « Réaffirmation solennelle de l'autonomie patrimoniale de principe des sociétés groupées », *Dr. des sociétés*, 1^{er} oct. 2012, n°10, p 18.

MOULAY-LEROUX Sandra, « Le contrat avec l'utilisateur : paradigme ou parasite de la relation d'aide ? A propos du contrat de séjour des établissements sociaux et médico-sociaux », *RDSS*, 2012, p 5.

MOURALIS Denis, « Qualification de mandat d'intérêt commun et révocation légitime du mandat », *JCP G*, 22 nov. 2006, n°47, p 2171.

MURILLO Claire, « Le droit à la santé des détenus sous le regard de la CEDH », *Gaz. Pal.*, 15 janv. 2011, n°15, p 30.

NEIRINCK Claire, « L'adoption de la personne handicapée mentale », *RDSS* 2009, p 176.

NOGUÉRO David, « Pollution du mandat de protection future pour le choix de l'organe protecteur », *D.* 2011, p 1204.

NOGUÉRO David, « Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés », *LPA* 2010, n°3, p 5.

NOGUÉRO David, « Interrogations au sujet du mandat de protection future. », *D.* 2006, p 1133.

NORGUIN Vanessa, « Formes de recours exercé contre le jugement d'ouverture de la tutelle : une lettre simple suffit. », *D.* 2008, p 1378.

NORGUIN Vanessa, « Nature et forme du consentement du majeur protégé à sa propre adoption. », *D.* 2008, p 2832.

OPPELT-REVENEAU Marthe-Elisabeth, « La protection de la personne de l'incapable majeur. », *LPA*, 4 novembre 1999, n°220, p 4.

PACTEAU Bernard, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Revue administrative*, 1^{er} juill. 1999, NS, p 51

PAILLET Elisabeth, « La dignité de la personne majeure protégée », in « *Ethique, Droit et dignité de la personne* », Mélanges en l'honneur de Christian Bolze, sous dir. P.Pédrot, éd. Economica, 1999.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, « Logement et majeur protégé », *AJ Fam.* 2008, p 384.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence et **FOSSIER** Thierry, « Réforme des tutelles : la protection des intérêts patrimoniaux. », *AJ Fam.* 2007, p 167.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence et **VERHEYDE** Thierry, « Réforme des tutelles : les acteurs de la protection : la juridiction des tutelles dans le nouveau dispositif de protection des majeurs. », *AJ Fam.* 2007, p 208.

PÉDROT Philippe, « Handicap, aptitude à l'emploi et vulnérabilité », *RDSS 2011*, p 791.

PÉDROT Philippe, « Libres propos sur la démocratie sanitaire », *LPA*, 19 juin 2002, n°122, p 5.

PELLIER Jean-Denis, « Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. », *LPA*, 25 avril 2007, n°83, p 4.

PERICAUD Jean-François, « Construction et urbanisme. », *Gaz. Pal.*, 24 février 2007, n°55, p26.

PÉROZ Hélène, « La fin des mesures de protection juridique », *JCP N*, n°36, 5 sept. 2008, 1276.

PERRIN Alix, « Les professions réglementées », *Dr. Adm.* n° 8, août 2008, étude 16.

PERROTIN Frédérique, « Un nouvel outil patrimonial : le mandat de protection future. », *Petites affiches*, 20 novembre 2009, n°232, p 3.

PETERKA Nathalie, « La gestion du patrimoine du majeur en tutelle », *Droit et Patrimoine* 2009, n°180.

PETERKA Nathalie, « Bref aperçu de la transmission volontaire de patrimoine à l'aune de la réforme de la protection juridique des majeurs. », *Gaz. Pal.* n°352, 18 décembre 2007, p 5.

PETERKA Nathalie, « Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007. », *Dr. Fam.* n°5, mai 2007, étude 20.

- PETIT** Franck, « Le droit à l'accompagnement », *Dr. soc.*, n°4, avr. 2008, p 413.
- PIERRE-MAURICE** Sylvie, « Nature d'une décision d'autorisation du juge des tutelles et voie de recours subséquente », *D.* 2008, n°17, p 1188.
- PIERRE-VANTOL** Benjamin, « Regards sur l'obligation de créer une commission intercommunale d'accessibilité pour les personnes handicapées », *JCP A*, 24 sept. 2007, n°39, p 24.
- PIVETEAU** Denis, « Dix questions sur la nouvelle Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie », *RDSS 2005*, p 405.
- PLANTET** Joël, « La place des usagers, une question centrale depuis la loi 2002-2 », *Lien social*, n°742, 24 fév. 2005.
- PLAZY** Jean-Marie et **LEMOULAND** Jean-Jacques, « Majeurs protégés, mars 2006-juin 2007. », *D.* 2008, p 313.
- PLAZY** Jean-Marie, « La curatelle et la gestion d'affaires », *JCP N* n°51-52, 19 déc. 2003, p 1891.
- POINSOT** Olivier, « Le contrat de soutien et d'aide par le travail », *Droit et Santé*, n°17, 2007, p 276.
- POIREL** Stéphanie, « La charte européenne de l'autonomie locale : magna carta des collectivités territoriales », *RLCT*, 1^{er} janv. 2009, n°42, p 48.
- POTENTIER** Philippe, « Le domaine du mandat de protection future », *JCP N* n°42, 19 octobre 2007, 1262.
- POTENTIER** Philippe, « Présentation générale du Congrès : les personnes vulnérables au cœur du notariat. », *LPA*, 11 mai 2006, n°94, p 7.
- POURRIAT** Jean-Louis et **KIERZEK** Gérald, « La responsabilité du médecin face à l'urgence », *Médecine et Droit*, 1^{er} mai 2006, n°78, p 91.
- PY** Bruno, « Réquisitoire contre l'expression de secret médical : plaidoyer pour l'expression de secret professionnel », à paraître.
- PY** Bruno, « Urgence médicale, état de nécessité et personne en péril », *AJDP*, 1^{er} juill. 2012, n°7, p 384.
- PY** Bruno, « L'assistance sexuelle aux personnes handicapées : un service ? Un soin ? Un délit ? », *Droit & santé*, LEH, n°40, mars 2011.

- PY Bruno**, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ Pén.*, 2004, p 133.
- RAOUL-CORMEIL Gilles**, « Mandat de protection future contre mesure de protection judiciaire », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 mars 2011, n°3, p 1.
- RAOUL-CORMEIL Gilles**, « Les libéralités consenties à une personne vulnérable ou par elle. », *JCP N* n°36, 5 septembre 2008, 1272.
- RAOUL-CORMEIL Gilles**, « L'incapable du nouveau droit des libéralités et des successions. », *JCP N* n°26, 29 juin 2007, 1202.
- RAOUL-CORMEIL Gilles**, « Les directives anticipées sur la fin de vie médicalisée », *Lamy Dr. Civ.*, 1^{er} sept. 2006, n°30, p 57.
- REBOURG Muriel**, « La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs missions », *Dr. Fam.* n°7, juillet 2010, étude 17.
- REBOURG Muriel**, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs. », *Dr. Fam.* n°5, mai 2007, étude 16.
- REMERY Jean-Pierre**, « Délégation de pouvoirs et mandat », *JCP G*, 1999, I, 113
- RIGAUX François**, « La liberté de la vie privée », *RIDC*, 1993, n°3, p 539.
- RIGAUX François**, « Vie privée et activités professionnelles », *RTDH*, 1^{er} avr. 2012, n°90, p 415.
- RIHAL Hervé**, « La conceptualisation du handicap en droit français : l'aptitude à l'emploi à la lumière de la jurisprudence administrative », *RDSS* 2011, p 816.
- RIHAL Hervé**, « La triple malchance d'une personne handicapée, victime d'une loi sur l'égalité des chances », *AJDA* 2007, p 2049.
- ROMAN Diane**, « L'avortement devant la Cour européenne : à propos de l'arrêt CEDH, 20 mars 2007, Tysiac c/ Pologne », *RDSS* 2007, p 643.
- ROMAN Diane**, « “Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ?” La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, p 1508.
- ROUX Jean-Marc**, « La gestion du logement d'un majeur protégé en copropriété », *Droit et Patrimoine* 2011, n°199, p 61.
- RYSEN Bernard**, « Les pouvoirs de l'administration légale et la tutelle des mineurs », *JCP N*, 28 juil. 1995, n°30-35, p 1153.

SACAZE Andréanne, « La capacité des personnes physiques. », *LPA*, 1^{er} juillet 2004, n°131, p 46.

SAINT-PAU Jean-Christophe, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Dr. Pén.*, 1^{er} sept. 2009, n°9, p 34.

SAINT-POL Florian (de), « L'incapable, la transmission de son patrimoine et l'acte personnel. », *Petites affiches*, 11 mai 2006, n°94, p 59.

SALVAGE-GEREST Pascale, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (article 458 CC) : une catégorie à revoir d'urgence. », *Dr. Fam.* n°3, mars 2009, étude 17.

SARGOS Pierre, « Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical », *JCP G* n°50, 8 déc. 2004, I 187.

SCHUTTER (DE) Olivier, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, 1^{er} oct. 1999, n°40, p 827.

SÉRIAUX Alain, « Le testament de fin de vie à la française : une institution à parachever », *D.* 2012, n°19, p 1195.

SÉVELY-FOURNIÉ Catherine, « Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? De quelques interrogations pratiques sur l'application de la loi réformant la protection juridique des majeurs », *D.* 2009, p 1221.

SIREYJOL Agathe, « Accessibilité des personnes handicapées : Le Défenseur des droits appelle les pouvoirs publics à être à la hauteur de leurs engagements », *Actualités Droits-Libertés*, Lettre CREDOF, 19 févr. 2013.

SIROUX Danièle, « Le débat sur une éventuelle législation de la gestation pour autrui à l'occasion de la révision de la loi bioéthique », *Gaz. Pal.*, 19 juin 2009, n°170-171, p 23.

SOULEAU Henri, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois*, 1975, art. 31030, n°47, p 1527.

STRICKLER Yves, « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 25 oct. 2004, n°213, p 6.

SUDRE Frédéric, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* n°30, 27 juillet 2005, I 159.

TAQUET François, « Les nouveaux droits des usagers dans le secteur de l'action sociale et médico-social (loi n°2002-2 du 2 janvier 2002) », *Gaz. Pal.*, 20 juin 2002, n°171, p 20.

TAQUET François, « Les nouveaux moyens de lutte contre la discrimination. », *Gaz. Pal.* n°61, 2 mars 2002, p 2.

TAURAN Thierry, « Les certificats médicaux en droit de la sécurité sociale », *RDSS*, 2011, p 1122.

TAURAN Thierry, « Les incertitudes sur le concept d'invalidité », *RDSS*, 1^{er} nov. 2008, n°6, p 1129.

THARAUD Delphine, « Les discriminations positives ou la figure triangulaire de la proportionnalité », *RTDH*, 1^{er} juill. 2008, n°75, p 743.

THIERRY Jean-Baptiste, « Les paradoxes de l'avis du CCNE sur l'assistance sexuelle », *RJPF*, 1^{er} mai 2013, p 4.

THIERRY Jean-Baptiste, « L'assistance sexuelle pour les personnes handicapées », *Lamy Droit de la santé*, Bull. d'actualités n°104, 2011.

THIERRY Jean-Baptiste, « Libres propos sur l'assistance sexuelle au sujet de la liberté sexuelle des personnes handicapées », in « *Le sexe et la norme* », dir. (sous la) N. Deffains et B. Py, *PUN* 2010.

THIERRY Jean-Baptiste, « Condamnation de la France pour traitement dégradant envers un détenu handicapé », *JCP G* n°3, 17 janv. 2007, II 10007.

THOMAT-RAYNAUD Anne-Laure, « L'action en nullité d'une donation entre vifs ou d'un testament pour insanité d'esprit se prescrit par 5 ans. », *D.*2005, p 1207.

THOURET Sylvain, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », *Deffrénois*, 30 janv. 2009, n°2, p 185.

THOLOZAN Olivier, « La genèse de la protection juridique du handicap », in. A. Leca et F. Violla (sous la dir.), « *Le handicap : droit, histoire, médecine* », PUAM, 2004, pp 33.

TRIOMPHE Anne, « La compensation du handicap dans la loi du 11 février 2005 : du mythe à la réalité », *RDSS 2005*, p 371.

VASSEUR-LAMBRY Fanny, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. Fam.* n°2, février 2011, dossier 3.

VAUTHIER Jean-Philippe, « De la nouveauté en psychiatrie », *Lamy Dr. de la santé*, n°110, octobre 2011, p 1.

VERHEYDE Thierry, « Peut-on mettre sous mesure de protection judiciaire une personne qui refuse de se faire examiner par un médecin habilité ? », *D.* 2010, p 2052.

VERHEYDE Thierry, « La protection de la personne du majeur protégé. », *AJ Famille* 2009, p19.

VERHEYDE Thierry, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *D.* 2009, p 1397.

VERHEYDE Thierry, « Nécessité et subsidiarité des mesures de protection des majeurs. », *D.*1996, p 123.

VÉRON Michel, « Code pénal. Qui racole ? Qui est racolé ? », *Dr. pén.*, 2005, n°10, p 10.

VIDAL Daniel, « Corine Pelluchon, L'autonomie brisée. Bioéthique et philosophie », *Archives de sciences sociales des religions*, 2009, n°148, p 75.

VIEUX Elisabeth, « Les critères de détermination des besoins en tierce personne », *Gaz. Pal.*, 9 avr. 2010, n°99-100, p 35.

YACOUB Olivier, « L'article L1111-4 du Code de la Santé Publique à l'épreuve du référé-liberté ou le refus de soins, liberté fondamentale », *Gaz. Pal.*, 23 mars 2003, n°82, p 2.

NOTES DE JURISPRUDENCE :

« L'action en justice d'un majeur protégé », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2009, n°08-16835, *La Lettre Omnidroit*, 20 janv. 2010, n°82, p 9.

AFROUKH Mustapha, « La vie privée sociale des personnes handicapées : la Cour de Strasbourg a encore du chemin à parcourir », note sous arrêt CEDH 14 sept. 2010, n°32596/04 *Farcas c/ Roumanie*, *LPA* n°100, 20 mai 2011, p 9.

ARBELLOT Frédéric, « Responsabilité de l'Etat pour manquement du juge des tutelles à ses obligations d'organisation, de fonctionnement et de surveillance de la mesure de protection du mineur », note sous CA Paris, 1^{ère} ch. B, 23 nov. 2007, n°2007-347701, *JCP N* n°13, 28 mars 2008, 1158.

ARBELLOT Frédéric, « Application stricte du droit commun du mandat à la personne majeure en tutelle », note sous CA Montpellier, 2^{ème} ch. A, 26 juin 2007, n°2007-342052, *JCP N* n°13, 28 mars 2008, p 31.

AVENA-ROBARDET Valérie, « Droit de vote d'une personne sous tutelle », note sous arrêt CEDH 20 mai 2010, n°38832/06, *AJ Famille* 2010, p 285.

AZARIAN Hélène et **MARON** Albert, note sous Cass. soc. 23 nov. 2011, n°10-26918, *JCP E*, 15 déc. 2011, n°50, p 33.

BEIGNIER Bernard, « Testament olographe », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n°07-10599, *Dr. Fam.*, 1^{er} févr. 2008, n°2, p 36.

BEIGNIER Bernard, « Forme des testaments : du nécessaire besoin de forme », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 sept. 2007, n°05-19909, *Dr. Fam.*, 1^{er} déc. 2007, n°12, p 24.

BICHERON Frédéric, « L'avis du médecin traitant sur l'opportunité d'une mesure de protection n'entraîne pas violation du secret professionnel. », note sous Cass. Civ. 1^{ère} 13 janvier 2004 (n°01-16823), *AJ Famille* 2004, p 187.

BINET Jean-René, « Vente du bien légué par le tuteur : caducité du legs », note sous Cass. Civ 1^{ère} 7 juin 2006, n°04-10612, *Lamy Dr. Civ.*, 1^{er} oct. 2006, n°31, p 58.

BRUSORIO Marjorie, « La signature d'un acte de vente par une personne atteinte de la maladie d'Alzheimer n'est pas systématiquement entachée de nullité. », note sous Cass. Civ 1^{ère} 4 juillet 2006 (n° 05-12005), *Dr.Fam.*, octobre 2006, comm. 198, p 33.

BRUSORIO Marjorie, « Le choix de l'administrateur légal d'une tutelle peut engager la responsabilité de l'Etat », note sous Cass. Civ 1^{ère} 4 juillet 2006 (n°04-20269), *RJPF* 2006 11/13.

CASEY Jérôme, « Recours contre les décisions modifiant la mesure de protection : entre passé et avenir », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 déc. 2008, n° 06-20810 et 07-12902, *RJPF*, 2009, n°4.

CHAUVIN Pascal et **CRETON** Claude, « Incapacités : le majeur en tutelle peut, sous certaines conditions, présenter une requête en adoption », in « Chroniques de jurisprudence de la Cour de cassation – Première chambre civile », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juin 2007, n°05-20243, *D.* 2007, p 2327.

CLÉMENT Cyril, « Le médecin, son obligation de soins et la volonté du malade », note sous CE, Ass., 26 octobre 2001, n°198546, *LPA*, 15 janv. 2002, n°11, p 18

COUTANT-LAPALUS Christelle, « Vente du logement d'un majeur en curatelle. L'autorisation du juge des tutelles », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n°09-13635, *JCP N* 21 janvier 2011, n°3, p 27.

COUVERT-CASTÉRA Olivier, « Les conséquences de la suppression des commissions départementales des travailleurs handicapés sur l'office du juge administratif de droit commun », Conclusions sur TA Versailles, 26 sept. 2005, *RDSS*, 2005, p 1038.

DAGORNE-LABBE Yannick, « Fait générateur de l'obligation légale d'emploi des travailleurs handicapés », note sous CAA Marseille, 5^{ème} ch., 13 févr. 2006, *JCP G* n°5, 31 janv. 2007, II 10018.

DAGORNE-LABBE Yannick, « La condition de ressources du demandeur de l'AAH », note sous Cass. civ. 2^{ème}, 25 oct. 2006, n°05-10624, *D.*, 1^{er} févr. 2007, n°5, p 358

DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe et **CASEY** Jérôme, « Testament olographe nul : recopier n'est pas vouloir », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n°07-10599, *RJPF*, 1^{er} mars 2008, n°3, p 25.

DOS SANTOS Joachim, « La privation du droit de vote frappant les incapables majeurs devant la Cour européenne des Droits de l'Homme », note sous CEDH 20 mai 2010, *Alajos Kiss c/ Hongrie*, *RTDH*, 1^{er} avril 2012, n°90, p 347.

DRIGUEZ Laetitia, « Lutte contre la discrimination en raison du handicap. », note sous arrêt CJCE 17 juillet 2008, aff. C-303/06 *Coleman*, *Europe* n°10, octobre 2008, comm. 320.

DUBREUIL Charles-André, « Responsabilité de l'Etat et accessibilité des tribunaux aux personnes handicapées », note sous CE, ass., 22 oct. 2010, n°301572, *JCP G* n°44, 1^{er} nov. 2010, 1095.

FAVIER Yann, « Pas d'adoption simple pour le majeur sous tutelle inapte à consentir à sa propre adoption », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 oct. 2008, n°07-16094, *JCP G* n°4, 21 janvier 2009, II 10012.

FOSSIER Thierry, « Donation et testament du majeur en curatelle. », note sous CA Douai 19 mai 2008, *Dr. Fam.* n°2, février 2009, comm. 19.

FOSSIER Thierry, « De l'article 489 à l'article 414-1 : applications récentes. », note sous CA Montpellier, 1^{ère} ch., sect. D, 26 mars 2008, CA Nîmes, 29 janvier 2008, CA Aix-en-Provence, 15^{ème} ch., sect. B, 14 février 2008, CA Paris, 25^{ème} ch., sect. A, 12 février 2008, *Dr. Fam.* n°11, novembre 2008, comm. 161.

FOSSIER Thierry, « La démission d'un emploi salarié ne peut émaner du majeur en tutelle agissant seul. », note sous CA Agen 4 septembre 2007, *Dr. Fam.* n°5, mai 2008, comm. 79.

FOSSIER Thierry, « Droit de vote et éligibilité du majeur protégé. », note sous CE 22 août 2007, *Dr. Fam.* n°1, janvier 2008, comm.22.

FOSSIER Thierry, « Quelques aspects de la vie quotidienne du majeur protégé. », note sous CA Pau 26 mars 2007, CA Pau 7 mai 2007 et CA Paris 5 juillet 2007, *Dr.Fam.*, octobre 2007, p 29.

FOSSIER Thierry, « Représentation de l'adoptant placé sous tutelle », », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juin 2007, n°05-20243, *Dr. Fam.* n°7, juillet 2007, comm. 153.

FOSSIER Thierry, « Le régime de l'action patrimoniale en curatelle », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 20 septembre 2006, n°04-15435, *Dr. Fam.* n°2, février 2007, comm. 51.

FOSSIER Thierry, « Nullité d'un acte de disposition en l'absence de mandat spécial », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, n°03-19188, *Dr. Fam.*, n°5, mai 2006, comm. 115.

FOSSIER Thierry, « Nullité d'un acte pour trouble mental », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, n°01-03629, *Dr. Fam.* n°1, janvier 2005, comm. 20.

GARÉ Thierry, « L'allocation aux adultes handicapés peut être prise en compte au titre de la prestation compensatoire », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2009, n°08-17609, *RJPF*, 1^{er} oct. 2010, n°1, p 25

GATTI Laurence, « Etre vulnérable et ne pas être protégé, une application de l'adage idem est non esse et non probari », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n°10-21879, *LPA*, 31 août 2011, n°173, p 14.

GRIMALDI Cyril, « Le légataire universel, titulaire de l'action en nullité de l'article 503 du code civil », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005 n°02-19038, *AJ Fam.* 2005, p 362.

GRIMALDI Michel, « Legs de residuo : legs portant sur les biens constituant la réserve du gratifié en première ligne. », note sous Cass. Civ. 1^{ère} 31 janvier 1995, *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 septembre 1995, n°18, p 1109.

HAMON Francis, note sous CE, Ass., 27 octobre 1995, « Commune de Morsang-sur-Orge », *JCP G*, 1996, n°17-18, 22630, p 191.

HAUSER Jean, « Subsidiarité de la protection légale et régimes matrimoniaux », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} févr. 2012, n°11-11346, *RTD Civ.* 2012, n°2, p 289

HAUSER Jean, « Signalement au juge des tutelles et responsabilité des services : quelle compétence ? », note sous T. confl., 6 juin 2011, n°3795, *Brugia c/ Essonne*, *RTD Civ.* 2012, p 92.

HAUSER Jean, « La protection d'un majeur est-elle disponible ou d'ordre public ? La subsidiarité, le temps et le mandat tardif », note sous avis Cass. 20 juin 2011, n°11-00007, *RTD Civ.* 2011, p 512.

HAUSER Jean, « Retour sur l'avis du 20 juin 2011 », note sous avis Cass. 20 juin 2011, n°11-00007, *RTD Civ.* 2011, p 747.

HAUSER Jean, « Principe de subsidiarité : mandat de protection future et hiérarchie des mesures judiciaires », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janv. 2011, n°09-16519 et Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 2011, n°10-10193, *RTD Civ.* 2011, p 323

HAUSER Jean, « Insanité d'esprit et autorisation du juge des tutelles pour vendre le logement », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, *RTD Civ.* 2011, p 103.

HAUSER Jean, « Vulnérable ou protégéable : deux notions à ne pas confondre », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 avr. 2010, n°09-13851, *RTD Civ.* 2010, p 761.

HAUSER Jean, « L'intégrité du consentement et les personnes vulnérables », note sous CEDH, 16 juill. 2009, Zehentner c/ Autriche, n°20082/02, *RTD Civ.* 2009, p 697.

HAUSER Jean, « Recours contre un refus d'ouverture : quid novi ? », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, n°07-17094, *RTD Civ.* 2009, p 97.

HAUSER Jean, « Formes des recours dans le contentieux de la tutelle : requête ou lettre », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 2008, n°07-11657, *RTD Civ.* 2008, p 454.

HAUSER Jean, « Une précision bienvenue : les titulaires des recours contre les décisions organisant la tutelle », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2008, *RTD Civ.* 2008, p 275

HAUSER Jean, « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! », note sous Cass. Civ 1^{ère} 4 juin 2007, *RTD Civ.* 2007, p 547.

HAUSER Jean, « Responsabilité de l'Etat et juge des tutelles », note sous CA Paris, 23 mars 2007, *RTD Civ.* 2008, p 277.

HAUSER Jean, « Toujours la définition des droits et charges de l'article 1215 du nouveau code de procédure civile », note sous TGI Sables d'Olonne, 9 juin 2006, *RTD Civ.* 2007, p 754.

HAUSER Jean, « Subsidiarité des mesures de placement sous incapacité », note sous Cass. Civ 1^{ère} 4 oct. 2005, arrêt n°1342, *RTD Civ.* 2006, p 88.

HAUSER Jean, « Fonctionnement de la tutelle : responsabilité de l'Etat », note sous Cass. Civ 1^{ère} 4 juill. 2006, n°1123, *RTD Civ.* 2006, p 739.

HAUSER Jean, « Des conditions d'application de l'article 503 du code civil et du consentement dans les testaments », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, *RTD Civ.* 2006, p 89.

HAUSER Jean, « Les formes des recours contre les décisions du juge des tutelles », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, *RTD Civ.* 2004, p 486.

HAUSER Jean, « Le mariage de l'incapable », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, Bull. civ. I, n°124, *RTD Civ.*, 1998, p 658.

KESSLER Francis, « De la compétence de la commission départementale des travailleurs handicapés, des mutilés de guerre et assimilés comme recours contre une décision d'orientation de la COTOREP », note sous CE, 4 nov. 1994, req. N°144345, *RDSS*, 1995, p 399.

LEMOULAND Jean-Jacques, « Les recours contre une décision du conseil de famille autorisant le mariage d'un majeur en tutelle », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, Bull. civ. I, n°124, *D.* 1999, p 19.

MARIA Ingrid, « Le certificat médical circonstancié : une exigence incontournable ou l'impossibilité de mettre sous protection une personne contre sa volonté », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n°10-21879, *Dr. Fam.* n°9, septembre 2011, comm. 133.

MARIA Ingrid, « Quand la protection du consentement des majeurs insanes impose la nullité des libéralités... », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2010, *Dr. Fam.* n°6, Juin 2010, comm. 107.

MARIA Ingrid, « La préférence familiale en matière de curatelle : un principe relatif », note sous Cass. Civ. 1^{ère} 14 avril 2010, *Dr. Fam.* n°9, septembre 2010, comm.132.

MARIA Ingrid, « La capacité testamentaire : une aptitude quasi-absolue ? », note sous CA Reims, ch. civ., sect. famille, 19 juin 2009, RG n°08/01212 et CA Saint Denis, ch. civ., 18 sept. 2009, RG n°07/00119, *Dr. Fam.* n°2, février 2010, comm. 31.

MARIA Ingrid, « De quelques incidences attachées au placement sous un régime de protection juridique », note sous Civ.1^{ère} 12 nov 2009, n°08-20710 et CA Grenoble 17 juin 2008, *Dr. Fam.* n°1, janvier 2010, comm.8.

MARIA Ingrid, « Le mariage d'un majeur sous curatelle sans autorisation : un défaut de consentement », note sous CA Lyon, 2^{ème} ch., sect.. A, 4 juin 2009, *Dr. Fam.* n°12, décembre 2009, comm. 161.

MARIA Ingrid, « Précisions sur la responsabilité des organes de protection », note sous CA Paris, pôle 2, chambre 5, 30 juin 2009, n°07-12124 et CA Caen, 1^{ère} ch. civ., 10 fév. 2009, n°08-00136, *Dr. Fam.* n°1, p 27.

MASSIP Jacques, « Le principe de préférence familiale en matière de protection des majeurs et le contrôle exercé par la Cour de cassation », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 5 déc. 2012, n°11-26611 et Cass. Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2012, n°11-26268, *LPA*, 29 mars 2013, n°64, p 12.

MASSIP Jacques, « Vente du logement appartenant à une personne placée sous curatelle », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, *JCP N*, 10 juin 2011, n°23, p 27.

MASSIP Jacques, « Vente de meubles garnissant le logement d'une personne en tutelle », *Defrénois*, 2010, n°11, p 1242, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2010.

MASSIP Jacques, « Secret professionnel et majeurs protégés », note sous Cass. Civ. 1^{ère} 22 mai 2002, *LPA* 5 mars 2003, n°46, p 19.

MASSIP Jacques, « Nullité du mariage contracté par un majeur en curatelle sans le consentement du curateur », note sous CA Paris, 18 février 1999, *LPA*, 1^{er} mars 2000 n°43, p 18.

MASSIP Jacques, « La protection du logement des majeurs protégés et des meubles dont ils sont garnis », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 7 avr. 1998, *LPA* 3 fév. 1999, n°24, p 11.

MASSIP Jacques, « Le mariage du majeur en tutelle implique le consentement personnel de l'incapable », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, *LPA*, 27 janvier 1999 n°19, p 14.

MASSIP Jacques, « La notion de droits et charges au sens de l'article 1214 NCPC. », note sous Cass. Civ 1^{ère} 24 février 1993, *D.* 1994, p 21.

MASSIP Jacques, « Du choix entre la tutelle et la curatelle pour la protection d'un majeur. », note sous Cass. Civ 1^{ère} 10 octobre 1995, *LPA* n°62, 22 mai 1996, p 20.

MASSIP Jacques, « Responsabilité de l'Etat en cas de mauvais fonctionnement du service des tutelles », note sous CA Paris, 21 janv. 1994, *LPA*, n°74, 22 juin 1994, p 27.

MAYAUD Yves, « Pour une autre définition de la prostitution », note sous Cass. crim. 27 mars 1996, *Rev. sc. Crim.* 1996, p 853.

MULLER Valéry, « La nature du recours contre les décisions des commissions départementales des droits des personnes handicapées », note sous TA Cergy-Pontoise, 2 févr. 2006, n°0509246, *AJDA*, 2006, p 1798.

MURAT Pierre, « L'inadoptabilité de l'autiste majeur, inapte à consentir à son adoption », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 oct. 2008, n°07-16094, *Dr. Fam.* n°12, Décembre 2008, comm. 173.

MURAT Pierre, « Il faut user de l'article 501 du code civil pour présenter la requête en adoption faite par un majeur sous tutelle. », note sous Cass. Civ 1^{ère} 4 juin 2007, *Dr. Fam.* n°10, octobre 2007, comm. 193.

PAULIN Alexandre, « Motif légitime et discrimination à raison du handicap. », note sous TGI Paris (17^{ème} ch.), 28 juin 2005, *Gaz. Pal.*, n°241, p 11.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, « La vente d'une partie du mobilier du logement du majeur protégé ne nécessite pas l'avis médical si le majeur reste à son domicile », note sous Cass. civ. 1^{ère}, n°08-20771, 17 mars 2010, *AJ Fam.* 2010, p 283.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, « Les préconisations du médecin spécialiste ne sont pas loi pour le juge des tutelles », note sous CA Douai, 24 mars 2010, n°10-162, *AJ Fam.* 2010, p. 236.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, « Sort de la promesse de vente signée par un majeur sous sauvegarde de justice », note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 18 nov. 2009, *AJ Fam.* 2010, p 43.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, « Le gendre d'une personne protégée est recevable à agir contre la décision déclarant la tutelle vacante », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2008, n°05-20068, *AJ Fam.* 2008, p 124

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, « La vente d'une partie du mobilier du logement du majeur protégé ne nécessite pas l'avis médical si le majeur reste à son domicile », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, *AJ Fam.* 2010, p 283.

PETERKA Nathalie, « La Cour de cassation contrôle la dévolution des mesures de protection judiciaire à l'aune des sentiments exprimés par la personne protégée », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 déc. 2012, n°11-26611, *JCP G*, n°5, 28 janv. 2013, 104.

PLAZY Jean-Marie, « L'indemnisation de l'incapable par l'Etat », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 juil. 2006, n°2006-034415, *JCP N* n°1, 5 janv. 2007, 1003.

PLAZY Jean-Marie, « *Preuve de l'insanité d'esprit et placement sous un régime de protection* », note sous CA Bordeaux, 4 mars 2002, n°2002-176942 et CA Dijon, 19 mars 2002, n°2002-184637, *JCP N*, n°26, 27 juin 2003, 1388.

RAOUL-CORMEIL Gilles, « Adapter la mesure de protection juridique à l'état du majeur vulnérable », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 2011, n°10-10193, *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 20 nov. 2011, n°4, p 3.

RESPAUD Jean-Louis, « Qu'est-ce qu'un mandat d'intérêt commun ? », note sous Cass. com. 20 févr. 2007, n°05-18444, *JCP E*, 15 mai 2008, n°20, p 26.

RIHAL Hervé, « La responsabilité de l'Etat du fait des difficultés d'accès des lieux de travail d'un auxiliaire de justice handicapé », note sous CE, 22 oct. 2010, n°301572, *RDSS* 2011, p 151.

SARCELET Jean-Dominique, « La responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement de la tutelle : vers une responsabilité "à finalité préventive" ? », avis sous Cass. Civ. 1^{ère}, 27 févr. 2013, n°11-17025, *Gaz. Pal.*, 11 avril 2013, n°101, p 5.

SARCELET Jean-Dominique et **FOSSIER** Thierry, « Responsabilité de l'Etat pour le choix inadéquat d'une mesure de protection d'un incapable majeur », note sous Cass. Civ 1^{ère} 4 juillet 2006, n°04-20269, *JCP G* n°28, 12 juill. 2006, II 10118.

TALARICO Laure, « Pourquoi faire simple... ? », note sous TI Nice, ordonnance du juge des tutelles, 4 février 2009, *Dr. Famille* n°11, novembre 2009, comm. 147.

VERHEYDE Thierry, « Un acte autorisé par le juge des tutelles peut être annulé pour insanité d'esprit », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n°09-13635, *AJ Fam.* 2010, p 496.

VÉRON Michel, « Définition claire et précise du caractère pornographique », *Dr. pén.*, n°9, 2012, comm. 118, note sous Cass. crim. 6 juin 2012, QPC, n°12-90016.

VÉRON Michel, « Un majeur placé sous tutelle est-il encore vulnérable ? », note sous Cass. crim., 15 juin 2010, n°09-83185, *Dr. pén.* n°10, oct. 2010, comm. 104.

VÉRON Michel, « L'appréciation de la vulnérabilité », note sous Cass. crim., 26 mai 2009, n°08-85601, *Dr. pén.* n°10, oct. 2009, comm. 118.

VÉRON Michel, « Que faut-il entendre par délaissement ? », note sous Cass. crim. 13 novembre 2007, pourvoi n°07-83621, *Dr. Pén.*, février 2008, , n°17.

DIRECTIVES, RECOMMANDATIONS, RESOLUTIONS :

Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

Recommandation Rec (2004) 10 du Conseil de l'Europe adoptée par le comité des ministres le 22 septembre 2004 et relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.

Résolution (96) 35 du Conseil de l'Europe adoptée par le comité des ministres le 2 octobre 1996 et révisant l'accord partiel dans le domaine social et de la santé publique.

Recommandation n°R (92) 6 du Conseil de l'Europe adoptée par le comité des ministres le 9 avril 1992 et relative à la politique cohérente pour les personnes handicapées.

Résolution 3447 adoptée par l'Assemblée générale des nations Unies le 9 décembre 1975 dite « Déclaration des droits des personnes handicapées ».

RAPPORTS / CIRCULAIRES:

Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, « *La contraception des personnes handicapées mentales.* », rapport n°49, avril 1996, p 5.

Rapport Henri de Richemont, doc Sénat n°212, 2006-2007, p 46.

Rapport annuel de la Cour de cassation, 2000, 2^{ème} partie, « *Etudes sur le thème de la protection de la personne.* », et notamment **Gridel** Jean-Pierre, « *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle.* ».

Rapport Busnel, remis au Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville en janv.2010, « *L'emploi : un droit à faire vivre pour tous. Evaluer la situation des personnes handicapées au regard de l'emploi. Prévenir la désinsertion socio-professionnelle* ».

Circulaire de la DACS, n°CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	9
SOMMAIRE	11
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	13
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	17
PARTIE 1 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE	51
TITRE 1 : LA PHILOSOPHIE DE LA PROTECTION.....	53
Chapitre 1 : Une protection temporaire	55
Section 1 : L'esprit du texte : le retour à l'autonomie ou la consécration du principe de nécessité.....	56
§1) La vision nouvelle de la prise en compte de la personne.....	59
A. La reconnaissance de la personne et de ses droits	59
1° Le majeur protégé : une personne digne.....	60
2° La mise en avant de son intérêt.....	62
B. Le majeur au cœur du processus décisionnel.....	65
1° Les décisions les plus intimes	66
2° La diversification des auditions du majeur.....	69
§2) Les mesures nouvelles visant le retour à l'autonomie	72
A. Lors de l'ouverture d'une mesure.....	72
1° Suppression de la saisine d'office du juge des tutelles.....	73
2° Exigence d'un certificat médical particulier	75
B. Le déroulement des mesures.....	78
1° Le caractère temporaire des mesures	78
2° La simplification de la levée des mesures inutiles.....	80
Section 2 : Les paradoxes de la loi quant au rôle du juge des tutelles	83
§1) Le juge des tutelles et l'influence du caractère temporaire de la mesure et de la prise en compte de la personne.....	85
A. Des missions nouvelles relatives au volet personnel de la protection.....	85
1° La personne du majeur protégé et les auditions.....	86
2° Le corollaire de la protection" contractuelle"	89
B. L'influence du principe de nécessité sur le rôle du juge des tutelles.....	91
1° Le réexamen du majeur et de ses facultés.....	91
2° L'éventuel retour à des mesures sociales.....	93
§2) Une responsabilité accrue	95
A. Une responsabilité indirecte	96
1° Les conditions nécessaires à l'engagement de la responsabilité de l'Etat	97
2° L'action récursoire de l'Etat	99
B. Tout au long de la mesure de protection.....	101
1° Le choix de la mesure de protection	101
2° Les événements marquants durant la mesure.....	103
Conclusion du chapitre 1	106
Chapitre 2 : Une mise en œuvre graduée et subsidiaire	109
Section 1 : L'adaptation de la protection.....	110

§1) La distinction nouvelle entre les aspects judiciaire et social de la protection	111
A. La reconnaissance des mesures sociales comme une catégorie particulière	112
1° Eviter la confusion et privilégier la distinction	112
2° Des changements terminologiques évocateurs	115
B. L'incompatibilité entre les mesures sociales et les mesures judiciaires	116
1° La fin du cumul autorisé par la jurisprudence	117
2° La subsidiarité et les mesures sociales	119
§2) Le recours repoussé à la protection judiciaire	122
A. Priorité au conjoint et au régime matrimonial	123
1° Des droits et des devoirs des époux : application dans la protection	124
2° Des failles et des critiques	127
B. D'autres mesures envisageables avant la protection	130
1° Le droit commun de la représentation : la gestion d'affaires	130
2° L'utilisation de mandats de droit commun	132
Section 2 : Une protection non figée, les recours contre les décisions du juge des tutelles	134
§1) Les modalités des recours contre les décisions des juges des tutelles	136
A. Avant l'audience devant la Cour d'appel	137
1° Les décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours	138
2° La forme du recours en appel	140
B. Lors de l'audience	143
1° Le rôle du juge délégué à la protection des majeurs	143
2° Des acteurs complémentaires pour la sécurité du majeur	145
§2) Les évolutions quant aux requérants potentiels : une simplification essentielle mais imparfaite	147
A. Les ambiguïtés longtemps dommageables	148
1° Le principe de la modification des droits et des charges	148
2° Des atténuations du fait de la prise en compte de la personne	150
B. Les effets du décret du 5 décembre 2008	153
1° Une liste de requérants plus large et limitative	153
2° Pas forcément en adéquation avec l'obligation de notification des décisions du juge des tutelles	155
Conclusion Chapitre 2	157
CONCLUSION TITRE 1	159
TITRE 2 : LE RÔLE DES TIERS DANS LA PROTECTION	161
Chapitre 1 : La protection judiciaire	163
Section 1 : Le respect de la lettre du texte ou la volonté d'éviter les ouvertures abusives	163
§1) La nouvelle importance du certificat médical	166
A. La collaboration médico-judiciaire pour une meilleure adaptation de la mesure	167
1° L'implication de plusieurs catégories de médecins	167
2° La problématique du secret professionnel	170
B. Le déplacement de la barrière liée à la production du certificat	174
1° La sanction de l'absence de certificat	174
2° Le majeur à protéger et le blocage de la mesure	177
§2) La saisine indirecte : le recours au procureur de la République	180
A. L'assistance du juge des tutelles dans la protection des majeurs	181

1° Des missions globales de surveillance.....	181
2° Le rôle du procureur dans le choix des acteurs.....	183
B. Une implication importante mais imparfaite dans l'ouverture de la mesure	
.....	185
1° Une intervention dans les mesures judiciaires mais aussi	
d'accompagnement.....	185
2° Des contraintes fortes, nuisibles à l'efficacité de son rôle de filtre	187
Section 2 : Recours et responsabilités de ces acteurs nouveaux	189
§1) La responsabilité du procureur de la République dans l'exercice de sa	
mission.....	190
A. Une extension néfaste de la responsabilité.....	191
1° Un droit commun favorable.....	191
2° L'extension au droit des majeurs protégés.....	193
B. Les moyens d'atténuation de la responsabilité du procureur.....	194
1° Le fondement de la recherche d'atténuations	194
2° Les exceptions envisageables	195
§2) Le certificat circonstancié, la responsabilité et les recours	197
A. L'articulation avec les actes du procureur.....	198
1° Les risques de l'absence de contrôle lors de l'inscription du médecin.....	199
2° Le recours contre l'inscription d'un médecin sur la liste du procureur : un	
rôle pour l'Ordre ?	201
B. Des possibilités de recours contre le certificat circonstancié ?.....	203
1° Une possible erreur de diagnostic	203
2° Une révision du recours envisageable.....	205
Conclusion chapitre 1	207
Chapitre 2 : La protection contractuelle	209
Section 1 : Le mandat de protection future	210
§1) La formation du mandat de protection future	214
A. Une discussion autour de la qualification même de « mandat »	215
1° Des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant.....	215
2° Les pouvoirs du mandataire varient selon la forme du mandat	219
B. Un point de départ non spécifique	221
1° Une prise d'effet retardée.....	221
2° La représentation à demi-mot	223
§2) L'exécution du mandat de protection future	224
A. La protection contractuelle : une réelle efficacité ?.....	225
1° L'imperfection du contrat dans la protection.....	225
2° L'évolution des intérêts du mandant.....	227
B. La méconnaissance du mandat de protection future.....	229
1° Un flou nuisible à la bonne utilisation du mandat de protection future	230
2° Des solutions envisageables pour le rendre plus visible et efficace	233
Section 2 : La professionnalisation de la protection : la catégorie nouvelle des	
mandataires judiciaires à la protection des majeurs	236
§1) Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs : une profession	
cohérente à part entière.....	238
A. Les atouts de la professionnalisation	239
1° Un groupe unique augmentant la lisibilité.....	239
2° La question des conflits d'intérêts	240
B. Les conditions d'exercice	244
1° Le suivi d'une formation spécifique	244

2° L'inscription sur une liste préfectorale	247
§2) Les MJPM : des attentes impliquant des responsabilités	250
A. La tutelle de l'Etat en matière de responsabilité.....	250
1° Le principe atténué d'une responsabilité indirecte	251
2° L'ambiguïté quant à la nature de la faute.....	253
B. L'utilité d'une régulation ordinale	255
1° Une protection supplémentaire	256
2° Dans l'intérêt du protégé et des autres	257
Conclusion Chapitre 2	260
CONCLUSION DU TITRE 2	262
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	264
PARTIE 2 : LA PROTECTION DE LA DÉCISION PERSONNELLE.....	267
TITRE 1 : LE CARACTÈRE INCONTOURNABLE DE LA DÉCISION	
PERSONNELLE	269
Chapitre 1 : La décision personnelle et l'aspect patrimonial	271
Section 1 : La gestion du patrimoine	272
§1) Le logement et le choix du lieu de résidence du majeur protégé : une avancée relative	272
A. L'autonomie décisionnelle en matière de choix de résidence	274
1° La définition de la résidence	274
2° La qualification du logement	276
B. Les incohérences soulevées lors de la vente	278
1° Une intervention extérieure nécessaire	279
2° Le passage en institution : une procédure plus lourde	282
§2) Les libéralités et les majeurs protégés.....	283
A. Un changement de philosophie par rapport aux libéralités	284
1° Une autonomie grandissante	284
2° Une source de paradoxes dans les principes habituels.....	290
B. La nullité du testament, l'insanité d'esprit et la période suspecte	292
Section 2 : L'insertion professionnelle du majeur protégé.....	295
§1) La prise en compte de la personne handicapée dans le monde du travail... 296	
A. La place du handicap dans le droit au travail	297
1° L'évolution historique du droit au travail pour les personnes handicapées	297
2° L'emploi, le handicap et le secteur public	300
B. L'aptitude à l'emploi	303
1° La personne handicapée et le contentieux relatif à l'aptitude à l'emploi	305
2° Les dérogations offertes aux employeurs	309
§2) Les moyens de favoriser l'accès à l'emploi	312
A. L'avant-emploi	312
1° La scolarité du jeune handicapé	312
2° La formation des personnes en situation de handicap	316
B. Le travailleur handicapé dans l'emploi.....	320
1° Orientation vers le milieu ordinaire ou milieu protégé.....	320
2° Le travailleur handicapé en ESAT	322
Conclusion Chapitre 1	326
Chapitre 2 : La décision personnelle et l'état de la personne	329

Section 1 : La capacité naturelle de la personne handicapée mentale : les actes strictement personnels	330
§1) Le souci du respect de l'autonomie : la capacité de fait naturelle.....	331
A. La perception de l'acte personnel.....	332
1° La dualité de l'adjectif « personnel ».....	333
2° Une notion évolutive.....	335
B. La reconnaissance du caractère très intime de l'acte personnel	336
C. Le cas particulier du droit de vote du majeur protégé	339
1° Un droit civique essentiel et personnel	339
2° L'exercice du droit de vote	344
§2) Une catégorisation critiquée et critiquable.....	350
A. Une terminologie inadaptée, trompeuse et incorrecte	350
1° Une expression trompeuse	350
2° Des interrogations sur le bien-fondé de cette catégorie d'actes.....	352
B. Des propositions intéressantes pour clarifier les actes personnels	357
1° Le recours à la tutelle allégée.....	358
2° L'accroissement du rôle du juge	359
3° La "revitalisation" du conseil de famille.....	360
Section 2 : La vie sexuelle des personnes handicapées mentales.....	363
§1) L'autonomie dans l'exercice de la sexualité	365
A. La liberté sexuelle et le handicap mental.....	365
1° Les différentes définitions de la liberté sexuelle.....	366
2° Des guides théoriques et textuels.....	368
B. L'extension à des domaines connexes à la sexualité	370
1° Des incohérences dans la protection.....	371
2° Le recours à l'IVG ou le consentement nécessaire de la majeure	374
§2) La compensation du handicap en matière de sexualité : l'assistance sexuelle	378
A. Les difficultés de mise en place.....	380
1° Une compensation controversée du handicap.....	380
2° Le rapprochement par rapport à la prostitution.....	383
B. Des modifications juridiques à apporter pour rendre effective cette assistance	386
1° Le rejet de certaines affirmations.....	387
2° Des pistes de recherche	389
Conclusion Chapitre 2	392
CONCLUSION TITRE 1	394
TITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE DE LA DÉCISION PERSONNELLE	397
Chapitre 1 : Des vecteurs facilitant la décision : l'accessibilité et l'accompagnement	399
Section 1 : Les contours de la notion d'accessibilité.....	400
§1) Le délicat périmètre de la notion d'accessibilité.....	401
A. Les éléments de droit interne tendant à l'accessibilité	402
1° L'influence du facteur environnemental	402
2° L'accessibilité : une vocation globale et générale	404
B. Les apports des juges européens quant à la notion d'accessibilité et à ses contours	408
1° La vie privée et l'impact de l'article 8 de la CEDH	409
2° L'influence de l'article 3 de la CEDH relatif aux traitements inhumains et dégradants	411

§2) Une notion initialement applicable au handicap physique.....	413
A. Une définition initiale restreinte et le rejet des dérogations	414
1° Le seul critère de la mobilité réduite.....	415
2° Des dérogations de plus en plus nombreuses.....	417
B. L'acceptation d'une définition plus large de l'accessibilité	421
1° La prise en compte accrue du handicap mental	421
2° Le cas particulier de l'accessibilité à Internet.....	423
Section 2 : L'accompagnement social et médico-social des personnes handicapées mentales : la réinsertion des personnes handicapées	427
§1) L'instauration d'outils permettant l'accompagnement des personnes handicapées mentales	429
A. L'accompagnement au sein des établissements.....	430
1° L'apparition de la "contractualisation" : un accompagnement individualisé	430
2° L'accompagnement collectif : l'instauration du conseil de la vie sociale	436
B. L'élargissement de l'accompagnement : l'accompagnement dans la gestion des ressources	440
1° Un accompagnement social basé sur le volontariat et le contrat	441
2° Un encadrement judiciaire de l'accompagnement.....	443
§2) La mise en place de guichets pour un accompagnement facilité	448
A. La Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie.....	448
B. Les maisons départementales des personnes handicapées.....	450
C. Les commissions des droits pour l'autonomie des personnes handicapées	454
Conclusion du chapitre 1	461
Chapitre 2 : La consultation de la personne protégée.....	463
Section 1 : La santé de la personne handicapée mentale.....	464
§1) Le consentement ou la tendance au droit commun	465
A. La tutelle, seul cas explicitement visé	466
1° Le majeur acteur en collaboration avec son tuteur	467
2° L'action du tuteur seul : les cas particuliers de la personne de confiance et du mandataire de protection future	470
B. Une articulation difficile avec le Code civil	473
1° Les discordances entre les dispositions du Code de la santé publique et du Code civil.....	474
2° L'acte médical : un acte strictement personnel ?	478
C. L'hospitalisation de la personne handicapée mentale.....	482
1° L'hospitalisation classique du majeur protégé.....	482
2° L'hospitalisation psychiatrique	484
§2) Des restrictions protectrices	486
A. Les prélèvements d'organes et de tissus.....	487
1° Des ouvertures nouvelles	487
2° Des ouvertures source de critiques	491
B. Le cas particulier de la stérilisation	493
1° Une loi source de potentielles dérives, notamment eugéniques	494
2° Une loi en accord avec les grands principes européens.....	496
Section 2 : La vie maritale du majeur protégé.....	499
§1) Le mariage de la personne handicapée mentale	499
A. La participation du majeur à la création du lien matrimonial.....	500

1° L'historique et l'évolution des finalités du mariage	500
2° Les cas spécifiques des majeurs en curatelle et en tutelle	503
B. La dissolution du lien matrimonial : le divorce	507
§2) Le PACS et le majeur protégé.....	511
A. La conclusion du PACS.....	512
1° L'accès au PACS	512
2° Un éclairage sur la situation du majeur en curatelle.....	514
B. La dissolution du PACS.....	515
1° La distinction selon la mesure de protection.....	516
2° Le partenaire protecteur du majeur	517
Conclusion du chapitre 2	519
CONCLUSION TITRE 2	521
CONCLUSION DE LA PARTIE 2.....	524
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	527
INDEX ALPHABÉTIQUE	537
BIBLIOGRAPHIE	545
TABLE DES MATIÈRES	583