



ENSP

ECOLE NATIONALE DE
LA SANTÉ PUBLIQUE

RENNES

Directeur d'hôpital

Promotion : **2006-2008**

Date du Jury : **2007**

L'hospitalisation des majeurs protégés

Les enjeux de la loi du 5 mars 2007 pour l'hôpital public

Florence DELAUNAY

Avertissement

Mémoire universitaire

L'individualisation des parcours de formation permet aux Elèves Directeurs d'Hôpital de préparer, durant leur formation, un diplôme de 3^e cycle.

Le mémoire universitaire réalisé dans ce cadre est présenté devant le jury de l'Ecole Nationale de Santé Publique, accompagné d'une note mettant en perspective l'apport de l'étude réalisée pour l'exercice du métier de directeur d'hôpital.

Ce mémoire a été réalisé dans le cadre du diplôme suivant :

Intitulé du diplôme : Master de droit sanitaire et social

À l'Université de Paris 2 Panthéon Assas

Année universitaire 2006 – 2007

Remerciements

Je tiens à remercier particulièrement Monsieur le Professeur Borgetto, mon encadrant de mémoire, qui a su orienter mes recherches et qui a pris le temps de me donner de judicieux conseils.

Je remercie Monsieur Clair, mon maître de stage à l'hôpital de Plaisir, qui m'a toujours encouragé à prendre le temps nécessaire à la rédaction de ce travail.

Je remercie Mademoiselle Céline Dekussche, chargée de mission à l'hôpital de Plaisir, avec qui j'ai pu réaliser un audit sur le service des tutelles de l'établissement et organiser des journées de formation sur la loi du 5 mars 2007.

Je remercie ma mère qui a relu plusieurs moutures de ce mémoire, qui a apporté de justes corrections et qui m'a encouragé tout au long de mes recherches.

Je remercie enfin Antoine Martel sans qui rien ne serait pareil.

Sommaire

INTRODUCTION	1
 1 LE DISPOSITIF ACTUEL DE PROTECTION DES MAJEURS EST EN MUTATION AFIN DE MIEUX REpondre AUX NOUVELLES DONNEES DEMOGRAPHIQUES, EPIDEMIOLOGIQUES ET SOCIETALES ET DE PASSER DU STATUT D'INCAPABLE A CELUI DE PERSONNE PROTEGEE	 1
1.1 Histoire des mesures de protection des majeurs	1
1.1.1 Les incapacités en droit romain	1
1.1.2 Les incapacités au Moyen Age et sous l'Ancien Régime	4
1.1.3 La Révolution française et ses suites	5
1.1.4 De l'État providence à aujourd'hui	7
 1.2 La cohérence de la protection juridique des majeurs fondée sur des principes fondateurs est issue de la loi du 3 janvier 1968 mais est rendue complexe par son mode de financement	 9
1.2.1 Les principes fondateurs de la loi du 3 janvier 1968	9
1.2.2 Les mesures de protection sont mises en œuvre de façon graduée en fonction de l'état du majeur	10
1.2.3 Le mode de financement des mesures de protection des majeurs varie selon leur nature	19
 1.3 Le constat d'insuffisance du dispositif actuel de protection des majeurs a été dénoncé par plusieurs rapports publics qui ont enclenché la réforme de la loi du 3 janvier 1968	 23
1.3.1 Les dysfonctionnements des mesures de protection des majeurs	23
1.3.2 L'inflation du nombre des mesures de protection juridique des majeurs et leur impact social et financier	25
 1.4 La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs vise à une plus grande autonomie des personnes protégées	 30
1.4.1 Le premier objectif de la réforme est de délimiter strictement les personnes concernées par une mesure de protection en réaffirmant les principes de 1968 et en créant de nouvelles mesures d'accompagnement	31
1.4.2 Le deuxième objectif de la loi est de protéger, aujourd'hui et dans l'avenir, la personne et ses biens, dans le respect des droits et des libertés du majeur	34
1.4.3 Le troisième objectif de cette réforme est de mieux adapter la procédure à la spécificité des besoins des personnes les plus fragiles	41
1.4.4 Le quatrième grand axe de cette réforme consiste à refondre l'encadrement du système de protection juridique tant en ce qui concerne ses acteurs que son financement	45

2 LE CAS PARTICULIER DES MAJEURS PROTEGES HOSPITALISES, ENTRE AFFIRMATION DES DROITS DES PATIENTS ET MESURE DE PROTECTION DANS LE DOMAINE DE LA SANTE	52
2.1 Les dispositions générales relatives à l'hospitalisation des majeurs protégés avant la loi du 5 mars 2007	52
2.1.1 Le droit des hospitalisations sous contrainte s'applique à tout patient	53
2.1.2 L'exercice du droit à l'information et au consentement aux soins par le majeur protégé hospitalisé est encore en construction	56
2.2 Les règles spécifiques définies dans le Code de la santé publique prévoient des procédures particulières pour les majeurs protégés	59
2.2.1 La stérilisation à visée contraceptive	60
2.2.2 Les prélèvements	60
2.2.3 Les recherches biomédicales	62
2.2.4 L'examen des caractéristiques génétiques et l'assistance médicale à la procréation	64
2.2.5 Les dispositions sur la fin de vie	65
2.3 La prise de décision du majeur protégé, lorsqu'il est hospitalisé, est redéfinie par la loi du 5 mars 2007 dans un objectif d'autonomisation de la personne	68
2.3.1 La loi du 5 mars 2007 introduit les concepts d'acte « <i>dont la nature implique un consentement strictement personnel</i> » et d'acte « <i>relatif à la personne</i> » qui s'appliquent au domaine de la santé	68
2.3.2 Le système de personnalisation des décisions visant à l'autonomisation des majeurs protégés en matière personnelle doit être constamment réactualisé pour ne pas devenir inapproprié et doit être diffusé afin d'être respecté	71
2.3.3 La construction du statut de personne vulnérable permettrait une meilleure prise en charge sanitaire des personnes présentant des facultés altérées	72
2.4 Le service des tutelles au sein de l'hôpital public gère les situations quotidiennes des patients protégés et pourrait devenir référent dans la protection de ces personnes	73
2.4.1 Le cadre juridique des services des tutelles au sein des hôpitaux publics	74
2.4.2 La gestion quotidienne du patrimoine des patients par les services des tutelles	77
2.4.3 La modernisation des services des tutelles en organe de référence de la prise en charge des patients protégés	79
CONCLUSION	81
BIBLIOGRAPHIE	83
LISTE DES ANNEXES	I

Liste des sigles utilisés

APA : allocation personnalisée à l'autonomie
CASF : code de l'action sociale et des familles
CSP : code de la santé publique
DGAS : direction générale de l'action sociale
ETP : équivalent temps plein
HDT : hospitalisation sur demande d'un tiers
HO : hospitalisation d'office
INED : institut national d'études démographiques
MAJ : mesure d'accompagnement judiciaire
MASP : mesure d'accompagnement social personnalisé
MJPM : mandataire judiciaire à la protection des majeurs
TGI : tribunal de grande instance
TPS : tutelle aux prestations sociales
TPSA : tutelle aux prestations sociales adultes

Introduction

On compte aujourd'hui en France plus de 700 000 majeurs protégés.

Notre dispositif de protection des majeurs repose sur la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, inscrite dans le Code civil et qui organise des mesures civiles de protection. Ces dernières impliquent une incapacité d'exercice visant à protéger l'individu qui est alors assisté ou représenté pour agir. En principe, toute personne a des droits et des obligations qu'elle exerce seule¹ sauf si elle est dans l'incapacité de le faire pour des causes naturelles (jeune âge, maladie, handicap) ou pour des causes de pure convention et qui varient dans le temps (âge de la majorité : 18 ans aujourd'hui, 21 ans avant 1974 ; statut de femme mariée avant 1938...).

L'ouverture d'un régime de protection juridique se traduit donc par des privations de libertés et des restrictions de droits pour les individus concernés.

La structure du Code civil actuel, relative aux majeurs protégés, est complexe et oblige à des renvois vers les textes consacrés à la minorité. Le Doyen Carbonnier, inspirateur de la loi de 1968 sur les incapables majeurs, justifiait ces renvois en affirmant qu'entre ces derniers et les mineurs, malgré les apparences, il n'y avait pas plus de confusion possible qu'entre « *l'aurore et le crépuscule* ».

Aujourd'hui, cette construction « par renvois » est remise en cause par les évolutions successives des textes relatifs aux mineurs mais aussi par le changement des mentalités.

En effet, le concept de majeur incapable assimilable à un mineur fait progressivement place à celui de majeur protégé.

De plus, le système de protection des majeurs fait l'objet, depuis plusieurs années, de vives critiques liées à son inadaptation. Il n'a presque pas été modifié en quarante ans alors que le nombre et le profil des personnes à protéger ont beaucoup évolué. Vieillesse de la population, précarité et exclusion expliquent l'inflation du nombre de

¹ L'article 488 alinéa 1^{er} du Code civil dispose « *la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile.* »

mesures prononcées. Cependant, les mesures civiles de protection définies en 1968 ne visaient pas les cas de personnes vulnérables ou isolées mais bien celui de personnes incapables d'agir seule.

La loi n° 66-774 du 18 octobre 1966 et le décret n° 69-399 du 25 avril 1969 organisent la tutelle aux prestations sociales (TPS) qui permet de contrôler la gestion d'allocations versées par des organismes publics sans atteindre pour autant la capacité de la personne. Ces textes sont codifiés au code de la sécurité sociale aux articles L.167-1 et suivants et R.167-1 et suivants.

La tutelle aux prestations sociales est une mesure judiciaire par laquelle le juge compétent² décide du versement de prestations à un tuteur agréé lorsque celles-ci ne sont pas utilisées dans l'intérêt de leurs bénéficiaires³, ou lorsque la personne, en raison de son état mental ou d'une déficience physique, ou l'enfant, vivent dans des conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses.

Dans de nombreux cas, ce type de tutelle, moins lourd que les mesures civiles de protection, pourrait répondre aux besoins des majeurs. Il faut cependant que ces derniers soient bénéficiaires de prestations sociales. On exclura de notre étude le détail de cette mesure puisqu'elle ne touche pas à la capacité juridique de la personne. On verra néanmoins les apports de la loi de 2007 sur ce dispositif.

L'évolution du régime de protection des majeurs est aussi le résultat de la publication de rapports publics et de l'action d'associations qui ont dénoncé les dérives du système. Le contexte de la prise en charge des majeurs à protéger explique en partie le développement de certains abus. En effet, on compte à l'heure actuelle 80 juges des tutelles⁴ ce qui induit un engorgement des cabinets de ces magistrats et un manque de contrôle dans l'exécution des mesures. De plus, les gérants de tutelle n'ont ni statut ni rémunération clairement définis, les psychiatres et les gériatres chargés d'évaluer l'état mental des personnes sont en nombre insuffisant.

Enfin, les principes fondateurs du texte de 1968 (nécessité, subsidiarité, proportionnalité) ne sont plus respectés dans la mise en place des mesures civiles.

Une réforme du dispositif a donc été engagée.

Elle s'inscrit dans une tendance plus générale au niveau européen⁵.

² juge des enfants ou juge des tutelles

³ enfants ou adultes

⁴ en équivalent temps plein

⁵ Sénat français – Service des études juridiques. La protection juridique des majeurs. Étude de législation comparée n° 148, juin 2005

Depuis le début des années 1990, de nombreux pays européens ont pris la mesure du défi démographique, social et juridique posé par le droit des majeurs protégés. L'Allemagne, la première, a modifié en profondeur sa législation sur la protection des majeurs incapables par la loi du 12 septembre 1990 sur la réforme de la tutelle et la curatelle des majeurs. Les diverses mesures de protection existantes ont été unifiées au sein d'un système nouveau, reposant sur un mécanisme d'assistance.

Le Danemark a supprimé par une loi du 14 juin 1995 la corrélation entre mise sous protection juridique et privation d'une capacité juridique, qui existait depuis 1922.

La loi espagnole du 18 novembre 2003, portant protection du patrimoine des personnes incapables, a renforcé les droits des personnes protégées en leur permettant de choisir leur tuteur ou leur curateur et d'anticiper sur leur propre placement en tutelle ou curatelle.

Mis à part la loi espagnole qui a maintenu deux mesures, les législations des pays européens précédemment mentionnées ont toutes privilégié la personnalisation des mesures de protection juridique. De la même manière, ces réformes définissent des mesures limitées dans le temps et permettent aux majeurs d'anticiper leur future incapacité (sauf la loi danoise).

En France, dès le début des années 90, les ministres de la justice commencent à réfléchir à une refonte de la protection des majeurs. La complexité d'une telle réforme rend le processus long et délicat. De nombreux rapports publics sont publiés pendant cette période.

La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs fait l'objet d'un assez large consensus lors de sa publication. Elle vise à recentrer les mesures de tutelle et de curatelle sur les personnes réellement atteintes d'une altération de leurs facultés personnelles.

Elle protège autant les biens de la personne majeure que sa personne et réaffirme ses libertés civiles et civiques.

La loi du 5 mars 2007 modifie également la procédure de mise sous protection juridique en la rendant plus rigide.

Cette réforme va entraîner des bouleversements liés à l'individualisation croissante des mesures et à l'autonomisation laissée aux personnes protégées.

En effet, la loi du 5 mars 2007 permet aux majeurs protégés de prendre des décisions seuls dans certains "domaines réservés", et notamment dans celui de la santé.

Lorsqu'un patient protégé est hospitalisé, ce dernier pourra, à certaines conditions, répondre seul de sa prise en charge sanitaire.

Mais, l'ensemble des textes spécifiques du Code de la santé publique continue de s'appliquer dans des cas bien définis (stérilisation à visée contraceptive, don d'organe, de sang, recherche biomédicale...).

Dans le même temps, les droits des personnes hospitalisées, définis dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, sont affirmés avec force.

C'est ce paradoxe entre l'affirmation des droits des malades et l'inflation du nombre de personnes sous protection juridique et susceptibles d'être hospitalisées, qui m'a poussé à m'interroger sur cette problématique.

Comment l'hôpital public va-t-il mettre en œuvre les droits des patients protégés dans un nouveau cadre juridique complexe où différentes sources juridiques se superposent ?

Dans un premier temps, nous définirons le cadre juridique de la protection des majeurs et son évolution récente introduite par la loi du 5 mars 2007. Ainsi, nous verrons les progrès en termes d'exercice des droits et libertés de ces personnes (personnalisation, limitation de durée, mandat de protection future...)

Dans un second temps, nous analyserons le statut particulier du majeur protégé hospitalisé, patient placé au carrefour d'une pluralité de textes juridiques, dont la situation risque d'être particulièrement complexe à gérer pour les établissements de santé.

1 Le dispositif actuel de protection des majeurs est en mutation afin de mieux répondre aux nouvelles données démographiques, épidémiologiques et sociétales et de passer du statut d'incapable à celui de personne protégée

Depuis le droit romain, le système de protection des incapables existe. A l'origine, il s'agissait notamment de protéger les femmes et les malades mentaux. Un bref rappel historique de ces mesures situera ce régime juridique dans le temps et permettra de comprendre le dispositif actuel issu de la loi du 3 janvier 1968.

Ce dernier a été largement critiqué. Il est aujourd'hui révisé par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Cette loi vise à une plus grande autonomie des personnes protégées et tend à réduire le nombre de mesures prononcées.

1.1 Histoire des mesures de protection des majeurs

Il existe deux catégories d'incapable : ceux qui ne sont pas titulaires de droit (et qui ne peuvent par conséquent pas les exercer), et ceux qui sont titulaires de droit mais qui, en raison de leur âge ou de leur sexe, n'ont pas la capacité de les exercer. Seuls les individus appartenant à la seconde catégorie pourront être représentés.

Le besoin de protéger les biens est très ancien et, de tout temps, le problème des incapables majeurs fut posé au législateur.

Cette protection est donc un système qui permet aux personnes titulaires de droits mais ne pouvant les exercer d'agir grâce à leur représentant.

1.1.1 Les incapacités en droit romain⁶

À Rome, le patrimoine et le culte des ancêtres sont l'essence même de la famille. Par conséquent, la protection des biens de la famille est assurée en retirant la gestion de ceux-ci aux membres du clan incapables de les gérer.

⁶ D'après THIRION (D), Cours d'histoire du droit de la famille, Licence de droit privé, année universitaire 2002-2003, Université Paris 2 Panthéon Assas

Des régimes d'incapacité des majeurs existent donc et l'on peut distinguer l'incapacité du fait du sexe et l'incapacité du fait de l'état mental.

A) L'incapacité du fait du sexe

La femme jouit d'une capacité de droit mais pas d'exercice.

Cette situation se justifie par un partage des tâches. Seuls les hommes jouissent de droits politiques, leur fonction est de gérer la cité. Les femmes ne sont pas citoyennes, elles sont chargées de la *domus* (maison familiale).

Elles sont donc placées sous tutelle, dès lors qu'elles sont *sui juris* (émancipation, mort de leur père ou de leur époux).

L'ancien droit romain dispose qu'elles peuvent gérer leur patrimoine et n'ont besoin de l'*autoritas* de leur tuteur uniquement pour les actes graves.

Cependant, la tutelle des femmes est différente de celle des impubères car elle est perpétuelle.

Sous la République, seuls les tuteurs légitimes peuvent refuser de donner leur *autoritas*, les tuteurs testamentaires sont obligés de leur donner. Ceci réduit considérablement leurs pouvoirs.

Progressivement, les femmes vont se libérer de leur tutelle.

A l'époque impériale, l'évolution globale de la société amène ce changement. En effet, sous l'Empire, les hommes ont moins de pouvoir, les assemblées populaires ne se réunissent plus ; les hommes ont les mêmes rôles que les femmes. Le partage des tâches devient flou.

La justification de la tutelle des femmes est de plus en plus compromise.

Il existe toujours une liste d'actes interdits aux femmes mais ces dernières jouissent néanmoins d'une assez grande liberté contractuelle.

De plus, il existe des dispenses :

- Auguste accorde le *ius liberorum* aux femmes nées libres, mères de trois enfants ou aux femmes affranchies mères de quatre enfants.
- Claude abolit la tutelle légitime. Il ne reste plus que la tutelle testamentaire qui est très souple (pas de refus d'accorder son *autoritas*).

Au IV^e siècle, les empereurs accordent le *ius liberorum* à toutes les femmes de l'Empire.

C'est la fin de la tutelle. Désormais, les femmes ne sont protégées qu'en raison de leur âge.

B) L'incapacité du fait de l'état mental

La curatelle est destinée à protéger les personnes atteintes mentalement tel le fou ou le prodigue.

Le critère déterminant pour prononcer une telle mesure semble être la permanence ou non de l'état du majeur. L'existence d'intervalles de lucidité permet de faire cesser la protection.

La curatelle est confiée aux proches du fou, à un membre de la famille agnatique (c'est-à-dire à un membre du clan placé sous l'autorité du même paterfamilias).

Il s'agit alors de la *curatela legitima* décrite par la loi des XII Tables.

A côté de ce modèle de référence, d'autres types de curatelles vont voir le jour.

Au début du II^e siècle av. JC, le rôle croissant du magistrat et de son pouvoir créateur de droit prétorien va entraîner la mise en place de la curatelle dative et confirme la curatelle testamentaire (beaucoup plus rare).

Ainsi, le magistrat pourra déléguer la charge de la curatelle à une personne extérieure au clan agnatique, en considération de ses qualités. Il s'agit d'une évolution fondamentale allant dans le sens de la protection de la personne contre sa propre famille.

Ceci va mener à l'éviction de la curatelle légitime au Bas Empire, au profit de la curatelle dative.

Le curateur a des missions restreintes. Il ne peut agir qu'au moyen de la gestion d'affaires (*negotiorum gestio*). Il n'assiste pas le fou, puisque ce dernier est privé de raison et ne saurait agir valablement. Il agit pour l'incapable, ce qui peut présenter certains dangers.

En effet, tant que les membres de la famille se voyaient nommés curateurs, ils bénéficiaient d'une certaine latitude puisque l'on estimait qu'administrer ce patrimoine revenait à gérer ses propres intérêts successoraux.

Mais dans le cadre de la curatelle dative, les pouvoirs du curateur sont restreints. Ainsi, le curateur ne pourra pas faire de donations, aliéner les biens provinciaux et suburbains de son protégé, aliéner les esclaves attachés à l'exploitation d'un fonds.

Les actions en responsabilité contre le curateur datif sont possibles. Des sanctions morales en cas de violation du devoir de bonne foi et de loyauté, des sanctions pénales en cas de malversation peuvent être prononcées contre le curateur.

L'action *rationibus distrahendis* permettant « d'arracher » les comptes au curateur et d'obtenir le remboursement du double des sommes détournées est aussi envisageable.

Une peine d'infamie peut être prononcée si le caractère intentionnel des malversations est prouvé.

Ces actions seront renforcées en faveur de l'incapable à l'époque impériale puisque « *les curateurs, ayant les mêmes attributions que les tuteurs, sont désormais (à l'époque impériale) soumis aux mêmes responsabilités*⁷ ».

1.1.2 Les incapacités au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime⁸

Pendant les premiers siècles du Moyen Âge, dans les pays de droit coutumier, il n'existe plus de réglementation précise quant à la protection des incapables. Installée au cœur d'une société chrétienne, c'est la famille qui prend en charge le fou et veille à la gestion de ses biens.

Après la redécouverte du droit romain au XIII^e siècle, la garde du fou se transforme en curatelle et on voit réapparaître le principe de l'interdiction, autrefois réservé aux prodiges, qu'on applique dorénavant aux malades mentaux.

Le Parlement de Paris rend cette curatelle permanente en 1306. Par ailleurs, en 1329, « *un arrêt du Parlement de Paris rappelle qu'un aliéné dont la déficience mentale a été reconnue par une sentence d'interdiction et qui a été doté d'un curateur permanent ne peut contracter seul aucune obligation valable*⁹ ».

À la fin du Moyen Âge, commence à se poser la question de la protection et de la prise en charge des personnes réputées malades mentales. « *Un mouvement nouveau s'amorce dans la société du XIV^e siècle : la charité organisée sous l'égide de l'Église se déplace vers une certaine forme d'assistance publique. Le pouvoir royal s'organise et s'affermir. L'administration des hôpitaux passe, peu à peu, des mains de l'Église à celle des autorités laïques municipales*¹⁰ ».

Au XV^e siècle, un nouvel élément de protection apparaît : le conseil de famille. Cette institution permet de limiter, selon les cas, l'incapacité d'un aliéné.»

⁷ CHINO (H), novembre 2003, « Deux perspectives historiques du traitement du patrimoine de l'incapable majeur : du droit romain à la common law » [en ligne], Université Panthéon Assas, disponible sur Internet : <http://www.erie.asso.fr/erie%20Mesures%20de%20Protection.htm>

⁸ STAPINSKY (S), « Histoire de la protection des inaptes dans le monde, de l'Antiquité à nos jours », Encyclopédie thématique sur l'inaptitude et la protection des personnes inaptes [en ligne], 13/03/2006, disponible sur Internet : <http://agora.qc.ca>

⁹ QUEZEDE (E), 2003, *La protection des incapables majeurs. Son histoire et ses perspectives d'évolution*. Thèse pour le diplôme d'État en médecine (qualification en psychiatrie), Université d'Angers, 99 p.

¹⁰ ASSOCIATION AMBROISE CROIZAT, DONAS (Y), 1993, « Le droit des handicapés. De l'exclusion à l'insertion ! » in Guide des handicapés, VO Éditions, septembre 1993

Mais à partir du XVII^e siècle, les enfermements vont se multiplier. Deux méthodes sont utilisées pour parvenir à ce but : la voie judiciaire, « par ordre de justice », c'est-à-dire par arrêt et sentence des tribunaux et la voie administrative, « par ordre du roi » en utilisant la lettre de cachet. Ce dernier système est le plus courant car il a l'avantage d'être discret et de préserver l'honneur de la famille.

À la fin de l'Ancien Régime, la personne inapte (malade mentale ou prodigue) était presque sans aucune protection. Ainsi, les prodiges pouvaient être internés par simple lettre de cachet, à la demande de la famille. L'interdiction des fous s'accompagne de la nomination d'un curateur dont les pouvoirs sont calqués sur ceux d'un tuteur.

1.1.3 La Révolution française et ses suites

Avec le XVIII^e siècle, deux changements interviennent et affecteront à long terme la protection des incapables partout dans le monde.

Tout d'abord la préoccupation pour les droits de l'Homme et les libertés individuelles influencent la manière dont on considère la personne vulnérable dans la société. Ensuite, avec l'avènement de la psychiatrie moderne, le fou est perçu différemment. Celui-ci est dorénavant traité comme un malade mental susceptible d'être guéri, et non plus comme un incurable auquel seul l'enfermement pur et simple serait réservé.

De plus, il se produit un changement de mentalité. La conception de l'État et de la société subit une transformation profonde avec la reconnaissance de la protection sociale comme étant un droit du citoyen. On assiste donc à une réduction progressive des domaines dans lesquels s'exercent l'initiative privée et la responsabilité de la société civile. Désormais, l'État se doit d'assurer et de pourvoir à la satisfaction de tous les besoins du citoyen.

Ce sont notamment les communes qui se voient confier « *le soin d'obvier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par les insensés et les fous laissés en liberté*¹¹ ».

De cette époque date une approche beaucoup plus fine de la protection des personnes incapables, ou à tout le moins de leur patrimoine.

¹¹ Article 3 de la loi du 24 août 1790

En France, le Code Civil de 1804 abordera la question de « *l'incapacité du fait de l'altération des facultés intellectuelles* », et créera deux régimes de protection de l'aliéné : l'interdiction et la dation d'un conseil judiciaire.

L'interdiction visait les personnes qui se trouvaient dans un état habituel « *d'imbécillité, de démence ou de fureur* » (article 489 ancien du Code civil). Prononcée par le tribunal de première instance, l'interdiction entraînait l'ouverture de la tutelle, l'interdit étant assimilé au mineur, pour sa personne comme pour ses biens. Le tuteur était chargé de gérer les biens, de protéger la personne de l'interdit et d'agir à sa place. Le contrôle de la gestion était assuré par le subrogé tuteur. Quant au conseil de famille, il était appelé à donner au tuteur l'autorisation d'accomplir certains actes plus lourds. En cas d'amélioration ou de guérison, un jugement de mainlevée pouvait faire cesser l'interdiction.

La dation d'un conseil judiciaire, envisagée spécialement à l'égard des prodigues (article 513 ancien du Code Civil), déclenchait un simple régime d'assistance, qui pouvait également être mis en place lorsque le tribunal rejetait la demande en interdiction (article 499). Le sujet était ainsi protégé dans ses biens, mais libre de sa personne.

Mais, selon Quezede, « *le Code Civil de 1804 s'est soucié bien plus de la protection du patrimoine que de celle des personnes. Aucun texte ne réglementait l'internement des aliénés.*¹² »

Par la suite, la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, « *qui a régi pendant 130 ans à la fois l'hospitalisation des malades mentaux et leur statut juridique, a défini le régime particulier et provisoire des "aliénés non interdits" placés dans un établissement psychiatrique. Il s'agissait à la fois d'une loi de police et d'assistance. Elle concernait aussi bien la dangerosité sociale des patients que la protection du malade contre lui-même et l'assistance*¹³. »

La loi liait la protection des intérêts civils du sujet à son internement. Ainsi, seuls les malades pris en charge dans des hôpitaux psychiatriques publics bénéficiaient d'un régime de protection et de gestion de leurs biens, par le biais de l'administration provisoire des biens¹⁴. Dès son internement dans un établissement public, l'aliéné était pourvu d'un administrateur provisoire légal désigné par les commissions administratives ou de surveillance. Cet administrateur, dont la fonction était gratuite, assurait la gestion des biens de tous les malades, mais prenait uniquement des mesures de conservation et d'entretien.

¹² op. cit. note de bas de page n°9 page 4

¹³ *ibid.*

¹⁴ articles 31 à 39 de la loi du 30 juin 1838

Des réformes législatives similaires auront lieu dans d'autres pays du monde. L'année 1845 voit ainsi l'adoption, en Angleterre, du Lunatics Act, qui oblige les comtés et les principales villes du pays à veiller au soin des malades mentaux.

À la fin du XIX^e siècle, certains intellectuels influencés par la théorie de Darwin, comme l'anglais Francis Galton, développèrent des thèses eugénistes. Ainsi, pour Galton, *« l'hérédité suffit à rendre compte du caractère et des talents humains et l'homme doit prendre en charge sa propre évolution puisque, par le jeu des pratiques sociales (médecine, organisations charitables, etc.), la sélection naturelle ne peut plus exercer son rôle d'élimination des inaptes¹⁵ »*.

Ces idées connurent une diffusion certaine à travers le monde. Au début du XX^e siècle, on verra apparaître des sociétés prônant l'eugénisme dans de nombreux pays : Allemagne, États-Unis, Canada, Royaume-Uni, Suisse, Scandinavie, Tchécoslovaquie, URSS, etc. Un premier congrès international eugéniste aura lieu à Londres, en 1912.

Les idées eugénistes connurent des applications dans plusieurs pays.

Aux États-Unis, de 1907 à 1931, trente états adoptent des lois sur la stérilisation des personnes présentant différents défauts mentaux ("déviants sociaux" par exemple).

Au Canada, entre 1928 et 1972, on pratiqua sur des malades mentaux, déficients, handicapés, des milliers de stérilisations non demandées ou forcées.

Encore aujourd'hui, la Chine est accusée d'avoir une politique inspirée, à certains égards, par l'eugénisme¹⁶.

Dans les pays gouvernés par l'idéologie des droits de l'Homme, les progrès de la médecine et de la génétique permettent d'intervenir avant la naissance, ce qui peut être considéré comme une nouvelle forme d'eugénisme.

1.1.4 De l'État providence à aujourd'hui

Né vers 1880 dans l'Allemagne de Bismarck, l'État social qui deviendra, après la Dépression et la Seconde Guerre mondiale, l'État providence crée un contexte favorable à une protection accrue des personnes vulnérables, parmi lesquelles les incapables. Il s'agit alors de protéger les personnes « du berceau à la tombe » comme se plaisait à le dire Lord Beveridge.

¹⁵ CARLIER (M), « L'eugénisme », Université de Provence, 2003

¹⁶ DIKÖTTER (F), RENZONG (Q), 1999, « La loi chinoise est-elle eugénique ? », *Le Courrier de l'Unesco*, [en ligne], disponible sur Internet : http://www.unesco.org/courier/1999_09/fr/dossier/intro07.htm

À la suite de la catastrophe humaine que fut la Deuxième Guerre mondiale, les préoccupations éthiques et bioéthiques passèrent au premier plan. Après l'adoption, en 1948, de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, un grand nombre d'outils juridiques internationaux et nationaux viendront baliser dans les moindres détails le champ de la protection des personnes. Jusqu'alors, c'est essentiellement le patrimoine de l'incapable que l'on protégeait, et non sa personne, même s'il était entendu qu'on devait prendre soin d'elle. Dans ce nouveau contexte, un changement de perspective a fini par s'imposer. Ainsi, le juriste Philippe Malaurie affirme : « *On protégeait naguère les personnes diminuées, surtout pour conserver leur patrimoine. A toujours existé aussi l'idée de la solidarité familiale : c'est à la famille qu'il appartient de défendre celui des siens qui doit être protégé à cause de l'altération de ses facultés. Aujourd'hui, l'idée dominante, c'est d'assurer le respect de la dignité des majeurs incapables*¹⁷ ».

La loi de 1838 se limitait aux seuls « *aliénés internés* », laissant hors de son champ d'application les malades soignés à domicile ou hospitalisés dans des cliniques, hôpitaux privés et dans les services libres des hôpitaux psychiatriques.

De plus, le fonctionnement même de l'administration provisoire laissait apparaître de graves imperfections : ce régime, conçu pour une courte durée, devait, dans l'esprit des auteurs de la loi, être le préalable de l'interdiction. Or, l'expérience a montré qu'il se perpétuait sans que l'on fasse procéder à une interdiction ou à la dation d'un conseil judiciaire.

Une réforme interviendra donc en 1968, alors même que la psychiatrie a fait des progrès considérable. Elle modifiera considérablement la protection des majeurs en instituant un système graduel lié à l'état de la personne et non à son type « d'internement ». La loi du 3 janvier 1968 protège avant tout le patrimoine des majeurs et s'appuie sur des principes fondateurs.

Aujourd'hui, dans la plupart des pays, les législations sur les incapables tiennent compte de la protection de la personne. Des réformes voient le jour à partir des années 1980-1990. Le Canada, l'Allemagne, ou encore le Danemark mettent en place des mesures de protection individualisées et limitées dans le temps. La possibilité d'anticiper l'organisation de sa propre protection est désormais inscrite dans la loi¹⁸. La France adopte le 5 mars 2007 une loi allant dans ce sens.

¹⁷ MALAURIE (P), « La démence et le droit », Université Paris 2 Panthéon Assas

¹⁸ Sénat français – Service des études juridiques. La protection juridique des majeurs. Étude de législation comparée n° 148, juin 2005

1.2 La cohérence de la protection juridique des majeurs fondée sur des principes fondateurs est issue de la loi du 3 janvier 1968 mais est rendue complexe par son mode de financement

Actuellement, près de 700 000 personnes se trouvent sous un régime de protection juridique. Ce dispositif est régi par les articles 488 à 514 du Code civil qui sont issus d'une loi du 3 janvier 1968.

Le dispositif actuel repose sur des principes fondateurs définis lors de la discussion du texte en 1968 qui ont pour objectif de limiter le recours à ces mesures de protection.

Ces dernières sont au nombre de trois et répondent, de manière graduelle, aux incapacités constatées des majeurs.

Le financement de ce régime a par contre été construit par strates successives, ce qui le rend aujourd'hui incohérent et inégalitaire.

1.2.1 Les principes fondateurs de la loi du 3 janvier 1968

Le régime défini en 1968 a pour but de protéger les majeurs qui voient leurs facultés mentales altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge (article 490 du Code civil).

Il intervient aussi en cas d'altération des facultés corporelles, si elle empêche l'expression de la volonté.

Ces altérations des facultés mentales ou corporelles doivent être médicalement établies.

Le Code civil, dans son article 488, dispose que « *Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales* ».

Cette protection est placée sous la responsabilité du juge des tutelles.

Trois grands principes ont été dégagés lors de la rédaction de la loi du 3 janvier 1968. La mesure de protection du majeur devait être :

- nécessaire ;
- subsidiaire ;
- proportionnelle.

Ces trois principes tendent à restreindre le recours aux mesures de protection juridique des majeurs. Ces dernières sont restrictives voire privatives de liberté. Elles

doivent donc être mises en œuvre dans le respect de ces principes, c'est-à-dire de façon prudente et strictement proportionnée. Le fait qu'elles soient prononcées par un juge constitue une garantie des libertés individuelles de chaque majeur¹⁹.

Cependant, malgré la définition de ces principes régulateurs, le taux de croissance de ces mesures n'a cessé d'augmenter (de 30 000 nouvelles mesures en 1983 à 50 000 prononcées en 2006). Aujourd'hui, les majeurs protégés ne sont plus seulement des adultes présentant des altérations dans leurs facultés physiques ou mentales. Dans de nombreux cas, les situations de précarité et d'exclusion sociale entraînent la mise sous protection juridique des personnes en difficulté²⁰.

Le respect des trois principes édictés par la loi de 1968 a donc laissé la place à une application approximative des mesures de protection ce qui a conduit à une explosion du nombre de majeurs protégés et à un questionnement sur le maintien de la loi de 1968. Plusieurs rapports publics ont dénoncé des pratiques abusives et ont proposé de modifier certains aspects de la loi tout en réaffirmant les trois principes fondateurs de la loi du 3 janvier 1968.

Ces principes restent donc particulièrement indispensables à toute mise en place de mesures de protection.

Ces dernières répondent à l'état d'incapacité du majeur, constaté par le juge des tutelles, et sont au nombre de trois.

1.2.2 Les mesures de protection sont mises en œuvre de façon graduée en fonction de l'état du majeur²¹

Le système actuel de protection des majeurs prend en considération l'état de la personne à protéger. Chaque situation est analysée par le juge des tutelles qui décidera d'un régime particulier à appliquer au majeur en cas de nécessité. Les différentes options dont le juge dispose lui permettent de graduer l'atteinte aux libertés du majeur.

¹⁹ On rappelle que l'article 66 alinéa 2 de la Constitution dispose que « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

²⁰ On verra d'ailleurs que cette dérive est en partie liée à la complexité du système de financement des mesures

²¹ d'après le site Internet : <http://vosdroits.service-public.fr>

A) Le placement sous sauvegarde de justice (article 491 à 491-6 du Code civil)

La mise sous sauvegarde de justice est **une mesure temporaire destinée à protéger immédiatement le patrimoine de la personne** concernée par un risque de dilapidation ou la conclusion d'actes qui seraient contraires à son intérêt.

Le majeur placé sous sauvegarde de justice conserve sa capacité et donc l'exercice de ses droits.

a) *Personnes concernées et procédure de mise en place*

Les personnes pouvant bénéficier de la mise sous sauvegarde de justice sont :

- ❖ les majeurs qui ont besoin d'être protégés temporairement dans les actes de la vie civile en raison :
 - d'une altération de leurs facultés mentales par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge,
 - d'une altération de leurs facultés physiques empêchant l'expression de leur volonté.

Dans ces cas, l'altération doit être médicalement établie (article 490 du Code civil).

- ❖ les majeurs dont les facultés sont plus gravement atteintes et qui sont placées sous sauvegarde de justice dans l'attente de la mise en place d'un régime plus protecteur : tutelle ou curatelle.

La sauvegarde de justice peut être demandée par toute personne portant un intérêt à la personne déficiente, même ne faisant pas partie de sa famille. Il peut s'agir de parents, de proches, d'amis, voire de la personne elle-même si elle est en état de le faire.

On distingue deux modalités de mise en sauvegarde : la voie judiciaire et la voie médicale.

- *Mise en sauvegarde judiciaire*

Elle est décidée par le juge des tutelles du tribunal d'instance du lieu de résidence de la personne déficiente, en particulier s'il est saisi d'une demande de mise en tutelle ou curatelle nécessitant préalablement une mise immédiate sous sauvegarde de justice.

La demande doit être déposée au secrétariat-greffe du tribunal d'instance, sur un formulaire imprimé, accompagné d'un certificat médical et d'un extrait d'acte de naissance.

- *Mise en sauvegarde médicale (article L. 3211-6 du Code de la santé publique)*

Elle est demandée par le médecin traitant de la personne déficiente. Celui-ci effectue une déclaration auprès du procureur de la République (tribunal de grande instance) du lieu où elle est traitée. Cette déclaration doit être confirmée par un psychiatre.

Le procureur ne peut refuser la demande, si les conditions sont respectées.

Le médecin traitant peut mettre fin à la sauvegarde par simple déclaration, et le procureur de la République peut ordonner sa radiation s'il estime qu'elle n'est plus justifiée.

La durée d'une mise sous sauvegarde de justice est par principe courte :

- Dans le cas d'une sauvegarde judiciaire, elle cesse lors du prononcé de la mise sous tutelle ou curatelle.
- Dans le cas d'une sauvegarde médicale, elle a une durée initiale de deux mois, reconductibles pour six mois sur demande médicale de prolongation, et prend fin lorsqu'il n'y a pas de demande de renouvellement, ou par sa radiation sur décision du procureur de la République.

Aucun recours n'est possible dans le cas d'une mise sous sauvegarde judiciaire.

En cas de mise sous sauvegarde médicale, la personne protégée peut introduire un recours gracieux auprès du procureur de la République, pour qu'il mette fin à cette mesure.

b) Effet et fin de la mesure

La sauvegarde de justice (judiciaire ou médicale) n'emporte pas d'incapacité d'agir pour l'intéressé.

La personne conserve le droit d'accomplir tous les actes de la vie civile (article 491-2 du Code civil).

Le contrôle des actes ne s'effectue qu'a posteriori. En effet, des actions (rescission pour lésion, réduction en cas d'excès) peuvent être exercées pendant cinq ans si la preuve peut être apportée que des actes ou des contrats ont été passés sous l'empire d'un trouble mental.

De plus, il est fait obligation à certains proches (membres de la famille, directeur d'établissement) d'assumer une gestion au moins conservatoire du patrimoine du majeur, selon les règles de la gestion d'affaires (article 491-4 du Code civil).

Si la situation du majeur requiert la mise en œuvre d'actes plus importants, le juge, informé par tout intéressé, pourra soit désigner un mandataire spécial chargé d'effectuer un acte déterminé ou une série d'actes de même nature (dans la limite de ce qu'un tuteur peut effectuer sans l'autorisation du conseil de famille), soit décider d'office d'ouvrir une tutelle ou une curatelle, soit renvoyer l'intéressé à en provoquer une (s'il est de ceux qui

ont qualité à la demander) (article 491-5 du Code civil).

La sauvegarde de justice prend fin :

- par une nouvelle déclaration du médecin attestant que la situation antérieure a cessé ;
- par la péremption de la déclaration ou par sa radiation sur décision du procureur de la République. ;
- par l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle.

B) La curatelle (articles 508 à 514 du Code civil)

La curatelle est une mesure de protection juridique permettant à une personne d'être **conseillée ou contrôlée dans les actes de la vie civile** par un curateur désigné par le juge des tutelles (article 508 du Code civil).

La curatelle peut être, selon l'état de la personne, allégée ou renforcée, et dans ce cas elle se rapproche d'une tutelle (article 511 du Code civil).

a) *Personnes concernées et procédure de mise en place*

Les personnes pouvant être placées sous curatelle sont celles :

- ❖ dont les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge ou dont l'altération des facultés corporelles empêche l'expression de la volonté.
Dans ces cas, l'altération doit être médicalement établie (article 490 du Code civil).
- ❖ qui dilapident leur patrimoine en s'exposant à des conséquences mettant en cause leurs moyens de subsistance ou qui compromettent l'exécution de leurs obligations familiales (article 488 alinéa 3 du Code civil).

La mise sous curatelle peut être demandée :

- par l'intéressé lui-même ;
- par son conjoint à moins que la communauté de vie ait cessé entre eux ;
- par ses ascendants, descendants, frères ou sœurs ;
- par le ministère public (du tribunal de grande instance du lieu de résidence de l'intéressé).

Le juge des tutelles peut également se saisir d'office, notamment si des proches lui signalent une personne déficiente susceptible d'être mise sous curatelle.

Le demandeur doit saisir, par requête, le juge des tutelles du tribunal d'instance dont dépend le domicile de la personne à protéger.

La requête doit être écrite, adressée au secrétariat-greffe du tribunal, et mentionner notamment :

- l'état civil de la personne à protéger ;

- les raisons de la demande ;
- les coordonnées de la famille proche.

Elle doit être accompagnée d'un certificat médical établi par un médecin spécialiste inscrit sur la liste établie par le procureur de la République.

Le juge dispose alors d'un délai d'un an pour rendre sa décision.

Il auditionne la personne à protéger (sauf si son état ne le permet pas), et éventuellement ses proches et son médecin traitant. Il peut consulter des experts.

Provisoirement, il peut placer la personne sous sauvegarde de justice dans l'attente du jugement.

Une fois l'instruction du dossier terminée, le juge le transmet, pour avis, au procureur de la République, au moins un mois avant la date fixée pour l'audience.

La personne à protéger, celle qui a fait la demande, et leurs éventuels avocats sont prévenus de la date de l'audience, qui n'est pas publique.

Le jugement est rendu en fonction des éléments du dossier. Les incapacités peuvent être plus ou moins étendues selon l'état de la personne à protéger.

Le juge nomme le curateur. Il s'agit le plus souvent du conjoint ou d'un membre de la famille, parfois d'une personne morale (associations familiales notamment).

Recours en cas de refus de mise en curatelle

Seule la personne qui a déposé la demande de mise sous curatelle peut contester le jugement. Elle doit introduire un recours dans les quinze jours suivant la notification du jugement, au secrétariat-greffe du tribunal d'instance. La demande doit être effectuée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Recours en cas d'ouverture ou de refus de mettre fin à une curatelle

Les parents, alliés et proches de la personne protégée peuvent introduire un recours dans un délai de quinze jours à compter de la notification du jugement. Cette demande doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au secrétariat-greffe du tribunal d'instance.

b) Effet et fin de la mesure

Le majeur placé sous curatelle peut agir seul pour les actes de gestion courante ne portant pas atteinte à son patrimoine (acceptation d'un legs, perception de revenus, signature de certains baux, etc.), mais il doit obtenir le consentement de son curateur pour les actes de disposition ou pour ceux qui affectent son patrimoine (mariage, ventes

d'immeubles, etc.).

Le curateur n'administre pas le patrimoine du majeur protégé et n'a donc pas de comptes à rendre (sauf en cas de curatelle renforcée).

En cas d'évolution de l'état de la personne protégée, si le maintien sous curatelle ne semble plus nécessaire, il est possible de demander sa mainlevée.

La demande peut être faite par la personne elle-même, sa famille, ses proches. Le juge des tutelles peut également se saisir d'office. La procédure est la même que pour une mise sous curatelle.

Au terme de l'instruction, le juge prononce la mainlevée ou maintient la curatelle.

Il existe trois cas de cessation de curatelle :

- décès du majeur protégé ;
- transformation de la curatelle en tutelle si l'état du majeur protégé s'aggrave ;
- levée pure et simple de la curatelle si l'état mental ou le comportement du majeur protégé s'est amélioré.

C) La tutelle (articles 492 à 507 du Code civil)

La tutelle est un régime de protection sous lequel peut être placée une personne majeure qui, en raison d'une altération de ses facultés personnelles, a besoin d'être **représentée de façon continue dans tous les actes de la vie civile** (article 492 du Code civil).

Toutes les décisions concernant l'administration et la conservation de son patrimoine, sont prises par une autorité de tutelle, choisie par décision de justice.

a) *Personnes concernées et procédure de mise en place*

Il peut s'agir :

- ❖ de personnes dont les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge ou dont l'altération des facultés corporelles empêche l'expression de la volonté.
Dans ces cas, l'altération doit être médicalement établie (article 490 du Code civil).
- ❖ de personnes qui dilapident leur patrimoine en s'exposant à des conséquences mettant en cause leurs moyens de subsistances ou qui compromettent l'exécution de leurs obligations familiales (article 488 alinéa 3 du Code civil).

La mise sous tutelle peut être demandée :

- par la personne elle-même ;
- par son conjoint, à moins que la communauté de vie n'ait cessé entre eux ;
- par ses descendants, ascendants, frères ou sœurs ;

- par le curateur, si une curatelle a été précédemment ouverte ;
- par le ministère public.

Certaines personnes (autres parents, alliés, amis) peuvent formuler un avis au juge dans le but d'ouvrir une mesure de tutelles.

Par ailleurs, le juge des tutelles peut se saisir d'office.

Le demandeur doit saisir, par requête, le juge des tutelles du tribunal d'instance dont dépend le domicile de la personne à protéger.

La requête doit être écrite, adressée au secrétariat-greffe du tribunal, et mentionner notamment :

- l'état civil de la personne à protéger ;
- les raisons de la demande ;
- les coordonnées de la famille proche.

Elle doit être accompagnée d'un certificat médical établi par un médecin spécialiste inscrit sur la liste établie par le procureur de la République.

Le juge dispose d'un délai d'un an pour rendre sa décision. Il auditionne la personne à protéger (si son état le permet) et éventuellement son médecin traitant et ses proches. Il peut consulter des experts, procéder à une enquête sociale, auditionner ses parents ou ses amis.

Lorsque l'instruction du dossier est terminée, le juge le transmet pour avis au procureur de la République, au moins un mois avant la date fixée pour l'audience. Celui-ci doit lui retourner le dossier quinze jours avant l'audience.

La personne à protéger, le requérant et leurs éventuels avocats sont prévenus de la date de l'audience.

Le juge des tutelles peut encore y entendre les différentes parties et leurs avocats. L'audience n'est pas publique.

La décision rendue par le juge peut prévoir le placement de la personne sous tutelle, ou, si son état le permet, seulement sous curatelle.

Si le jugement prévoit la mise sous tutelle de l'intéressé, il est alors procédé à la mise en place des organes de la tutelle.

Recours en cas de refus de mise sous tutelle

Dans ce cas, seule la personne qui en a fait la demande peut contester le jugement.

Elle doit introduire un recours dans les quinze jours suivant la notification du jugement, au secrétariat-greffe du tribunal d'instance.

La demande doit être effectuée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Recours en cas d'ouverture ou de maintien de la tutelle

En cas d'ouverture ou de refus de mettre fin à une tutelle, les parents et proches de la personne protégée peuvent introduire un recours dans un délai de quinze jours à compter de la notification du jugement, au secrétariat-greffe du tribunal d'instance.

La demande doit être effectuée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

b) Les organes de la tutelle

Il existe deux grands types de tutelle²² :

- la tutelle familiale qui prend la forme soit d'une administration légale sous contrôle judiciaire, soit d'une tutelle complète confiée au conseil de famille qui choisit un tuteur, soit d'une tutelle confiée à l'époux du majeur protégé ;
- la tutelle externe, qui se décompose en tutelle d'État ou tutelle en gérance.

Plus de la moitié des tutelles sont confiées par le juge à la famille (55,7% en 2004) et 75% des mesures exercées par des tiers sont déferées à l'État²³.

Le tuteur est désigné soit par le conseil de famille (si le juge en a constitué un), soit par le juge.

Le conseil de famille peut également nommer un subrogé tuteur, chargé de surveiller le tuteur.

c) Effet et fin de la mesure

La tutelle crée une incapacité totale. Le majeur en tutelle perd sa capacité d'effectuer tout acte de la vie civile. Concernant son droit de vote, la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a modifié l'article L. 5 du Code électoral et prévoit 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.* »

²² Voir annexe n°1

²³ Chiffres extraits de CARREZ (G), *Rapport de la Cour des comptes sur les tutelles et les curatelles*, annexé au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan

Le tuteur agit en qualité de représentant du majeur incapable. Sa liberté d'action dépend de la nature de l'acte qu'il accomplit. Certaines décisions sont soumises à avis et contrôle du conseil de famille ou du juge selon la forme de la tutelle.

La loi interdit au tuteur d'accomplir certains actes lui permettant de tirer avantage de sa situation, notamment :

- exercice d'un commerce au nom de la personne incapable ;
- acquisition des biens du majeur qu'il représente ;
- établissement d'un lien de subordination entre lui et l'incapable majeur (par un contrat de travail, par exemple).

Le tuteur doit rendre compte au juge des tutelles des actes de gestion qu'il passe au nom du majeur protégé. S'il constate une anomalie, le juge a la possibilité de réunir le conseil de famille pour déterminer si cette gestion est conforme aux intérêts de l'intéressé. Dès lors qu'une faute a été commise, qu'elle soit intentionnelle ou non, le tuteur engage sa responsabilité.

La personne protégée ne peut plus passer d'actes à compter du jugement.

Les actes passés antérieurement par elle depuis moins de cinq ans peuvent être annulés sous certaines conditions (article 503 du Code civil).

En cas d'évolution de l'état de la personne protégée, si le maintien sous tutelle ne semble plus nécessaire, il est possible de demander sa mainlevée. Elle peut être demandée par la personne elle-même, sa famille, ses proches. Le juge des tutelles peut également se saisir d'office. La procédure est la même que pour la demande de mise sous tutelle. Au terme de l'instruction, le juge prononce la mainlevée, maintient la tutelle ou éventuellement la transforme en curatelle, moins contraignante.

La tutelle s'achève :

- par le décès de l'incapable majeur ;
- par la levée pure et simple de la tutelle suite à la guérison ou à l'amélioration de l'état de la personne protégée ;
- par le placement du majeur sous curatelle si son état s'est amélioré.

La protection juridique est proportionnée à l'état de la personne. Elle répond en principe de façon graduée aux difficultés qu'ont certains majeurs dans la gestion de leur patrimoine. Il s'agit donc d'un système cohérent et unique.

Le mode de financement de ces mesures a lui été élaboré par strates successives selon la nature et la prise en charge de la mesure.

1.2.3 Le mode de financement des mesures de protection des majeurs varie selon leur nature

Les mesures de protection des majeurs ont un coût.

Lorsqu'elles sont exercées par les familles des majeurs, ces dernières le font gracieusement sauf décision contraire du conseil de famille.

Mais, dès lors que la mesure de protection juridique est extra-familiale, elle doit être financée.

Les modalités de financement des dispositifs de protection juridique des majeurs en vigueur actuellement varient en fonction de la nature de la mesure prononcée. Elles reposent soit uniquement sur les prélèvements pris sur les ressources des majeurs, soit uniquement sur les financements publics, soit elles combinent les deux.

A) La gérance de tutelle

La rémunération des gérants de tutelle, au titre des mesures de sauvegarde de justice, de curatelle ou de tutelle qui leur sont confiées, est prévue par le décret n° 69-195 du 15 février 1969. Le principe de financement s'applique à la fois aux gérants de tutelle et aux préposés des établissements publics et privés.

Le financement de la mesure **repose intégralement sur le majeur protégé**. Le pourcentage du prélèvement est fonction décroissante des revenus de celui-ci.

Les taux de prélèvement sont prévus par l'arrêté du 14 février 1983 et sont les suivants :

- pour les actes de gestion des revenus de la personne protégée : 3% pour la tranche des revenus annuels inférieurs à 2287 €, puis 2% de 2287 € à 6860 € et 1% au-dessus de 6860 €.
- pour les autres actes confiés par le juge des tutelles, le second alinéa du décret de 1969 prévoit que celui-ci peut allouer, à titre exceptionnel, une rémunération supplémentaire. L'article 3 de l'arrêté du 4 mars 1970 prévoit que cette rémunération est fixée, dans chaque cas d'espèce, par le juge des tutelles et définit certains plafonds. Ainsi, lorsque le gérant procède à une vente d'immeuble, la rémunération complémentaire ne peut excéder 1 % du produit de la vente. En pratique, de nombreuses disparités dans la fixation et la taxation des émoluments complémentaires accordés par les juges des tutelles existent.

Pour les émoluments des gérants de tutelle préposés des établissements publics et privés, les mêmes prélèvements sont versés :

- soit à la caisse de l'établissement lorsque les fonctions de gérant de tutelle sont assurées par un préposé de l'établissement dans lequel est soigné le majeur incapable ;
- soit au budget de l'administration ou de la collectivité locale concernée lorsque ces fonctions sont assurées par un administrateur spécial choisi parmi les fonctionnaires de l'État ou les agents de collectivités locales en activité.

B) Les tutelles et curatelles d'État

Le financement des tutelles et curatelles déferées à l'État en vertu de l'article 433 du Code civil est prévu par le décret n°85-193 du 7 février 1985 modifiant ainsi l'article 12-3 du décret du 6 novembre 1974.

Le système de rémunération mis en place repose, d'une part, sur la **participation des majeurs** qui contribuent de manière croissante à leur financement en fonction de leurs capacités contributives, d'autre part, sur **l'État**, qui verse la différence entre le prix plafond fixé au niveau national et le prélèvement sur les ressources des majeurs.

Les taux de prélèvement sont établis, quant à eux, par arrêté interministériel dont le dernier en date est celui du 22 décembre 2006.

Ainsi, à compter du 1er janvier 2007, la rémunération mensuelle maximale allouée par l'État aux organismes exerçant des tutelles ou curatelles d'État est fixée à 129,14 euros.

La rémunération des mesures concernant les majeurs protégés accueillis de manière permanente dans un établissement social ou médico-social ou dans un établissement de santé, à l'exception des majeurs protégés qui étaient accueillis dans l'un de ces établissements à la date de publication de l'arrêté du 15 janvier 1990 et qui faisaient l'objet, à cette même date, d'une prise en charge effective des frais d'exercice de la tutelle par l'État, est fixée à 51,65 euros.

L'arrêté du 27 juillet 1999 a, par ailleurs, supprimé les prélèvements sur les personnes disposant de ressources inférieures au minimum vieillesse.

Les taux de participation des majeurs sont progressifs et applicables sur trois tranches de revenus au-dessous d'un niveau fixé au montant brut du SMIC majoré de 75%.

Au-dessus de ce montant, l'État n'assure aucun financement, mais le juge des tutelles peut autoriser des prélèvements supplémentaires si l'importance des biens à gérer le justifie ou lorsque les ressources mensuelles du majeur protégé sont supérieures au montant annuel du minimum vieillesse.

Il convient de souligner que les crédits de tutelle et curatelle d'État rémunèrent l'activité tutélaire évaluée en nombre de "mois mesure" et dans la limite de prix plafonds. En conséquence, le mode de financement en vigueur ne permet pas de prendre en compte l'ensemble des dépenses de fonctionnement des services tutélaires, ni même le coût réel de gestion des mesures.

De plus, il a un caractère inflationniste puisqu'il conduit à allouer des ressources en fonction du seul volume de mesures gérées, et non de l'activité réelle du service. Il ne prend en compte ni la nature de la mesure, ni sa durée, ni le public concerné. Or, la prise en charge des majeurs protégés demande davantage de temps en début et en fin de mesure qu'en période intermédiaire.

Enfin, l'arrêté du 22 août 1988 prévoit que lorsque le majeur protégé est accueilli de manière permanente dans un établissement social ou médico-social ou dans un établissement hospitalier, le taux mensuel de prélèvement est divisé par 2,5 à compter du premier jour du mois qui suit une première période de trente jours de séjour continu dans l'établissement.

Taux de prélèvements applicables selon les tranches de revenus :

Tranche de revenus annuels	Taux de prélèvements
Égale ou inférieure au minimum vieillesse	3 %
Entre le minimum vieillesse et le SMIC brut	7 %
Supérieure au SMIC brut jusqu'au montant du SMIC brut majoré de 75%	14 %

L'assiette du prélèvement sur ressources est très large : elle comprend les ressources de toute nature, y compris les prestations sociales et les intérêts des capitaux placés avec des aménagements précisés par la circulaire n°377 du 18 juin 1990 et celle n° DGAS / 2A / 2004 / 387 du 6 août 2004²⁴.

²⁴ les prélèvements sont effectués sur les ressources de toute nature (y compris les intérêts des capitaux placés et les prestations sociales), à l'exception des prestations familiales, de l'allocation de logement social, de l'aide personnalisée au logement, de l'allocation compensatrice de tierce personne, de l'allocation représentative de services ménagers, des allocations de secours temporaires et produits exceptionnels, de la prime pour l'emploi et de l'allocation personnalisée d'autonomie.

Il est à noter que les rentes viagères et l'allocation aux adultes handicapés sont intégrées dans les revenus à prendre en compte pour le calcul des prélèvements.

Pour information, les montants mensuels du minimum vieillesse et du SMIC sont les suivants :

Exercice	Montant mensuel du minimum vieillesse	Montant mensuel du SMIC brut GMR 5	Montant mensuel du SMIC brut GMR 5 majoré de 75%
2006	610,28 €	1 254,28 €	2195 €
2007	621,27 €	1 280,07 €	2240 €

C) La rémunération des mandats spéciaux

Pendant la période transitoire s'écoulant entre la demande de mise sous protection et sa mise en œuvre effective, la gestion du patrimoine du majeur sous sauvegarde de justice doit pouvoir se poursuivre.

En l'absence de mandat constitué précédemment à l'altération de ses facultés, un parent ou un proche peut spontanément gérer les affaires du majeur sous sauvegarde, c'est-à-dire accomplir valablement tous les actes d'administration urgents (paiement du loyer) jusqu'à ce que la mesure de tutelle ou curatelle soit effective.

A défaut de mandataire désigné par le majeur ou le gérant d'affaires, le juge des tutelles peut désigner un mandataire spécial lorsque des actes urgents doivent être accomplis. Sa mission est alors impérativement délimitée (encaisser les revenus, régler les dépenses courantes, faire un inventaire du patrimoine ou des dettes, résilier un bail, ou encore tout acte d'administration expressément prévu et justifié par la situation d'espèce).

Pour assurer son efficacité, le mandataire spécial, nommé par le juge, révoque les mandats antérieurs et prive le majeur sous sauvegarde du pouvoir de réaliser les actes visés dans la décision. Ainsi, il porte atteinte à la capacité du majeur sous sauvegarde, en ce qu'il limite l'exercice de ses droits.

Ce mandataire spécial peut être l'un des proches du majeur ou une association tutélaire. Dans ce cas, les diligences et actes accomplis par le mandataire justifient une rémunération fixée par le juge. Au terme de la période de sauvegarde, le mandataire devra rendre compte de sa gestion, sous contrôle du juge des tutelles, au futur tuteur ou curateur.

1.3 Le constat d'insuffisance du dispositif actuel de protection des majeurs a été dénoncé par plusieurs rapports publics qui ont enclenché la réforme de la loi du 3 janvier 1968

La loi du 3 janvier 1968 est critiquée depuis une vingtaine d'années et les prémices de sa refonte datent du début des années 90 lorsque Monsieur Pierre Méhaignerie était alors Garde des Sceaux.

Différents rapports publics ont par la suite dénoncé solennellement les critiques répétées des associations et des familles : principes fondateurs de 1968 non respectés, explosion du nombre de personnes placées sous protection juridique, garanties procédurales insuffisantes...

Ainsi, les différents rapports publics ont mis l'accent sur les dysfonctionnements des mesures de protection définies par la loi du 3 janvier 1968, sur l'inflation du nombre de majeurs protégés et sur l'impact social et financier d'un tel constat.

1.3.1 Les dysfonctionnements des mesures de protection des majeurs

L'urgence d'une réforme des dispositifs de protection des majeurs est apparue en juillet 1998 après la parution du rapport d'enquête de trois inspections générales (inspections générales des affaires sociales, des services judiciaires et des finances)²⁵.

Tout d'abord, les auteurs du rapport révèlent le coût croissant des mesures de protection. Ce phénomène est dû à l'augmentation du nombre de personnes placées sous un régime de protection et à la complexité de son mode de financement qui est détourné.

Le rapport dénonce aussi les mesures de protection prises par des juges débordés et seuls conduisant à des placements abusifs.

De plus, l'absence de contrôle régulier des mesures prononcées figent des situations qui ont tendance à évoluer.

Le rapport relève l'absence d'évaluation des pratiques des gestionnaires de ces mesures, responsables de comportements hétérogènes voire malhonnêtes (fonds détournés, commission d'arbitrage prélevée après passation d'un contrat d'assurance vie...).

Puis c'est un rapport du groupe interministériel de travail présidé par Monsieur Favard qui a été rendu en mai 2000 aux ministres de l'emploi et de la solidarité, de la

²⁵ de FOUCAULD (J-B), TREMOIS (M), *Rapport d'enquête sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs*, Inspection générale des finances, Inspection générale des services judiciaires, Inspection générale des affaires sociales, 1998

justice et de l'économie, des finances et de l'industrie²⁶.

Ce rapport reprend les acquis du précédent et émet des propositions et des recommandations afin de rendre leur pleine effectivité aux principes directeurs de la loi du 3 janvier 1968 et de redonner à la protection juridique des majeurs toute sa souplesse et toute son efficacité.

Le rapport Favard conclut sur la nécessité de consacrer le principe de protection des personnes tout autant que la sauvegarde de leurs biens.

Même si l'économie générale de la loi du 3 janvier 1968 n'est pas remise en question, une réforme législative est incontournable.

Un premier projet de loi voit le jour sous le gouvernement de Monsieur Jospin mais il n'aboutira pas.

L'engagement dans la réforme implique l'ouverture de trois chantiers. Le ministère de la Justice se voit confier la présidence du groupe chargé d'examiner les modifications à apporter au Code civil. Le ministère des Affaires sociales préside deux groupes de travail dont les thèmes sont la réforme du financement et le volet de l'évaluation médico-sociale des mesures de protection.

Les deux groupes de travail constitués sous l'égide du ministère des Affaires sociales ont remis leurs rapports en juin 2003 :

- le rapport du groupe de travail sur l'évaluation médico-sociale²⁷ préconise un certain nombre de dispositions destinées à mieux garantir, dans le cadre d'un dispositif cohérent, le respect des trois principes directeurs : nécessité, subsidiarité et proportionnalité des mesures de protection.
- le rapport du groupe de travail sur le financement²⁸ présente les enjeux de la réforme du financement de la protection juridique des majeurs et en pose les grands principes. Il étudie ensuite les conséquences financières et détaille l'économie générale du futur dispositif.

Enfin, le Conseil économique et social a rendu en septembre 2006 un rapport²⁹ allant dans le sens des propositions apportées par les précédents groupes de travail.

Les auteurs affirment que « *L'efficience de la protection des majeurs vulnérables implique*

²⁶ FAVARD (J), *Rapport du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs*, mai 2000

²⁷ VOISIN (J), ANGHELOU (D), *La réforme de la protection juridique des majeurs, Groupe de travail sur l'évaluation médico-sociale*, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées, 2003

²⁸ BLONDEL (J), HARDY (J-P), *La réforme du dispositif de protection juridique des majeurs, Groupe de travail sur le financement*, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées, 2003

²⁹ BOUTARIC (R), *Réformer les tutelles*, Conseil économique et social, 2006

une véritable synergie entre le dispositif civil et l'accompagnement social. Cela suppose également qu'un nouveau regard, empreint de respect, de solidarité et d'humanisme, soit désormais porté sur ceux qui ne peuvent pourvoir par eux-mêmes à leurs intérêts en raison de l'altération de leurs facultés personnelles, afin d'affronter dignement le défi majeur que pose le vieillissement de la population ».

La réforme est « *nécessaire* » conclut ledit rapport.

1.3.2 L'inflation du nombre des mesures de protection juridique des majeurs et leur impact social et financier

Depuis une dizaine d'années, l'augmentation croissante du nombre de mesures de protection juridique est constatée. Ce phénomène s'explique par des données démographiques mais aussi sociologiques. Le financement de ces mesures pose aujourd'hui problème puisque des détournements de dispositifs sont utilisés pour répondre aux besoins des majeurs protégés.

A) L'inflation du nombre de mesures de protection prononcées

La population des majeurs protégés s'élève aujourd'hui à 1,3 % de la population française âgée de 18 ans et plus. Elle s'est accrue de 43 % en dix ans, passant de 445 378 à 636 877 entre 1995 et 2004 (hors tutelles aux prestations sociales adultes)³⁰.

Le taux de croissance de ces mesures est d'environ 8 % par an.

Années	1995	1999	2002	2004
Population protégée	445 378	539 043	601 481	636 877

La direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice a établi des projections à l'horizon 2010, à partir des données de l'INED³¹.

Sous réserve de la fiabilité des modèles utilisés, elle avance un effectif de 1 126 000 majeurs sous protection si les placements continuent à augmenter au même rythme qu'au cours des cinq dernières années et si la mortalité continue à baisser selon la même tendance qu'au cours des quinze dernières années.

Malgré ces chiffres considérables et ces probables évolutions, la France ne compte

³⁰ *ibid.*

³¹ Institut National Etudes Démographiques

aujourd'hui que 80 juges des tutelles³².

En revanche, la nature des mesures prises par les juges a évolué différemment sur la période récente : les mesures de tutelle avaient connu, de 1990 à 1996, une croissance de l'ordre de 15 % alors que les curatelles faisaient plus que doubler. De 2002 à 2004, la croissance des mesures de curatelle s'est limitée à 12,6 %, celle des mesures de curatelle aggravée étant de 15,6 % tandis que l'évolution des mesures de tutelle reste constante, avec une augmentation de 8,7 % sur trois ans, augmentation équivalente à celle de 15 % constatée en six ans, auparavant.

Au total, tutelles et curatelles se partagent aujourd'hui, à parts égales, les mesures de protection civile.

Degré du régime de protection	1990		2002		2003		2004	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
Ensemble	41 714	100,0	59 098	100,0	61 541	100,0	65 418	100,0
Placement sous tutelle	27 739	66,5	29 798	50,4	30 928	50,4	32 408	49,5
<i>Tutelle</i>	27 161	65,1	29 639	50,2	30 799	50,2	32 280	49,3
<i>Tutelle allégée</i>	578	1,4	159	0,3	129	0,2	129	0,2
Placement sous curatelle	13 975	33,5	29 300	49,6	30 614	49,9	33 009	50,5
<i>Curatelle aggravée</i>	11 161	26,8	25 397	43,0	26 692	43,5	29 367	44,9
<i>Curatelle simple</i>	2 434	5,8	2 943	5,0	2 906	4,7	2 714	4,1
<i>Curatelle allégée</i>	380	0,9	961	1,6	1 015	1,7	928	1,4

Nombre et nature des mesures de protection des majeurs ouvertes dans l'année (1990-2004)

Figure 1

- B) Le nouveau profil des majeurs protégés englobe des individus connaissant de grandes difficultés sociales

Aujourd'hui, le placement d'un majeur sous protection juridique ne répond plus aux

³² en équivalent temps plein, *ibid.*

trois principes fondateurs de la loi de 1968. Lorsqu'un individu rencontre des problèmes sociaux importants (chômage, surendettement, exclusion), une mesure de protection juridique est souvent ouverte. Dans la plupart des situations, un accompagnement social suffirait à sortir l'individu de son isolement et de ses difficultés.

Un nouveau public est donc apparu ces dernières années, la pathologie mentale ayant fortement diminué au profit de causes liées à la situation sociale et financière des personnes.

D'après l'enquête de la DGAS publiée en 2002, 51,4 % des mesures de tutelle et 84 % des curatelles concernent des personnes à faibles revenus (87 % d'entre elles ont des ressources comprises entre le minimum vieillesse et le SMIC) et vivent à leur domicile.

a) *Le profil des majeurs sous protection juridique*³³

Le vieillissement de cette population est notable : de 1990 à 2004, la part des moins de cinquante ans a décru de 48,3 % à 38,7 %, celle des plus de 70 ans est passée de 25,5 % à 31,9 %.

Années	Nombre	Moins de 50 ans	De 50 ans à 69 ans	Plus de 70 ans
1990	348 271	48,3 %	26,2 %	25,5 %
1994	427 483	47,4 %	25,2 %	27,4 %
1998	512 814	44,5 %	26,3 %	29,2 %
2002	601 481	40,4 %	28,1 %	31,5 %
2004	636 877	38,7 %	29,4 %	31,9 %
Evolution 2004/1990	+ 82,9 %	- 19,9 %	+ 12,2 %	+ 25,1 %

Figure 2 : Evolution de la moyenne d'âge des majeurs protégés entre 1990 et 2004

Il existe un relatif équilibre dans la proportion d'hommes et de femmes sous protection juridique mais on note une croissance régulière et marquée des moins de 35 ans, ayant une très faible qualification professionnelle, des ressources se situant entre le RMI et le SMIC pour 74 % des mesures, et donc un patrimoine le plus souvent très faible.

³³ d'après PLANTET (J), « Les "majeurs protégés" sont-ils bien... protégés ? », in *Lien social*, n°515, 20 janvier 2000

b) Le cas des majeurs sous tutelle

62 % des personnes mises sous tutelle sont des femmes (contre 55 % en 1990) et l'âge moyen des entrants est de 66 ans (73 ans pour les femmes, 57 ans pour les hommes). Les mises sous tutelle sont concentrées au début de la majorité et à la fin de la vie. Autrement dit, elles concernent plus particulièrement les jeunes handicapés et les femmes âgées, ayant perdu leur faculté d'autonomie et de discernement.

c) Le cas des majeurs sous curatelle

Le profil des majeurs placés sous curatelle est très différent de celui des tutelles. Ils ont en moyenne 53 ans, et les hommes sont plus nombreux et plus jeunes que les femmes (48 ans contre 59 ans). Entre 1990 et 1996, le nombre de curatelles a doublé, faisant apparaître un nouveau profil : il pourrait s'agir de personnes en situation de grande détresse, liée à des raisons professionnelles, psychologiques ou familiales, qui ne sont plus en mesure de gérer leurs ressources. La curatelle, même au prix d'une privation importante de droits, peut leur permettre de sortir d'une situation de crise (chômage, surendettement, exclusion). Elle s'accompagne souvent d'une tutelle aux prestations sociales afin que le curateur puisse aider la personne à gérer l'ensemble de ses ressources.

C) Le coût des mesures de protection des majeurs ne cesse de croître malgré la participation financière des majeurs protégés

On a vu que le système de financement des mesures de protection juridique variait selon son mode de dévolution.

Ce mode de financement connaît depuis plusieurs années des dérives qui se traduisent notamment par l'inflation des mesures déferées à l'État. De 1992 à 2006, le nombre de ces mesures est passé de 40 000 à plus de 200 000, soit une croissance de 310 % sur la totalité de la période et une augmentation annuelle moyenne de 13,7 %. Ainsi, depuis 1997, le nombre de mesures s'accroît de plus de 10 000 par an.

Cette progression du nombre de mesures déferées à l'État a entraîné une inflation des crédits ouverts sur le chapitre 46-34 article 40. L'État a dû mettre en œuvre les moyens financiers permettant de faire face à cette augmentation forte et régulière.

Depuis 1992, les crédits d'État ont crû de 700% passant de 32,4 millions d'euros en 1992 à 247 millions d'euros en 2006.

Mais l'augmentation du nombre de ces dispositifs n'a pas toujours été suivie d'un accroissement corrélatif des crédits ouverts au budget de l'État. Ainsi, en 2005, les crédits alloués, soit 170 millions d'euros, n'ont pas permis de financer l'intégralité des besoins, et ceux-ci n'ont couvert, pour les départements en dehors du champ de l'expérimentation, que 60 % des budgets attendus. La Cour de cassation a considéré qu'une structure tutélaire pouvait refuser de prendre en charge une mesure confiée par un juge, faute de pouvoir faire face aux frais de cette mesure de protection³⁴.

C'est pourquoi, en 2006, aux 198 millions d'euros ouverts par la loi de finances initiale, se sont ajoutés 49 millions d'euros, financés par redéploiement, pour apurer l'ensemble des dettes cumulées de l'État auprès des services tutélares.

Une enveloppe de 203 millions d'euros a été ouverte pour le financement des mesures de tutelle et de curatelle en 2007³⁵, ce qui représente une hausse de 2,5 % par rapport à 2006.

Le coût total du dispositif de protection est estimé à 517 millions d'euros.

Ainsi, la protection juridique des majeurs coûte de plus en plus cher à la collectivité, et notamment à l'État, sans réelle amélioration de la qualité du service rendu.

Plus grave encore, certains majeurs sont placés sous **double protection** (protection juridique et mise sous tutelle aux prestations familiales) pour que le financement de la mesure soit assuré.

En effet, les prix plafond des tutelles aux prestations sociales sont fixés par la commission départementale des tutelles aux prestations sociales au vu des prix de revient enregistrés par les associations. Les mesures de tutelle aux prestations sociales ne font l'objet d'aucun prélèvement sur les ressources des majeurs, ce qui explique leur caractère attractif.

Ainsi, ce mode de financement conduit à faire jouer à la tutelle aux prestations sociales le rôle de **variable d'ajustement** des budgets des associations. Ceci explique la forte progression des mesures doublées, mais aussi l'importante dispersion des coûts des mesures de TPSA entre les associations.

³⁴ Arrêt du 5 mars 1991

³⁵ Projet de loi de finances pour 2007

Depuis la loi n° 2004-1 du 3 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, une réforme du financement du dispositif a été expérimentée en introduisant, dans 27 départements, la dotation globale de fonctionnement (DGF) versée aux services tutélaires, remplaçant le financement sous forme de « mois-mesure ». Un rapport d'évaluation vient d'être publié. Il semble que ce mode de financement soit plus approprié. Néanmoins, les auteurs du rapport préconisent de ne pas généraliser la DGF à l'ensemble du territoire avant une année d'expérimentation nécessaire pour tester certains indicateurs utilisés à terme pour calculer le montant du financement public.

Enfin, il faut rappeler que la protection juridique n'est pas seulement un processus dépensier. En effet, les associations permettent aux majeurs protégés de faire face à leurs obligations économiques (paiement des impôts et remboursement des dettes par exemple) et reconstruisent ainsi une citoyenneté économique.

1.4 La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs vise à une plus grande autonomie des personnes protégées

La réforme vise à recentrer les mesures de tutelle et de curatelle sur les personnes réellement atteintes d'une altération médicale de leurs facultés personnelles. Elle tend aussi à protéger la personne des majeurs ainsi que leur patrimoine tout en affirmant leurs libertés civiles et civiques.

La loi du 5 mars 2007 modifie également la procédure de mise sous protection juridique et la rend plus rigide.

Enfin, une refonte de l'encadrement du système de protection juridique est adoptée tant en ce qui concerne ses acteurs que son financement.

La loi du 5 mars 2007 précise, dans son article 45, qu'elle entrera en vigueur, pour l'essentiel de ses dispositions, le 1^{er} janvier 2009.

Les articles cités dans les sections qui suivent sont de futurs articles du Code Civil.

1.4.1 Le premier objectif de la réforme est de délimiter strictement les personnes concernées par une mesure de protection en réaffirmant les principes de 1968 et en créant de nouvelles mesures d'accompagnement

Le dispositif de protection des majeurs n'est pas une réponse à toutes les difficultés que peuvent rencontrer certaines personnes en situation de précarité. La loi du 5 mars 2007 cherche à recentrer les mesures de protection sur les majeurs dont les capacités sont médicalement altérées et aménage des mesures d'accompagnement pour les individus en grande difficulté sociale.

A) La réaffirmation des principes fondateurs de la loi du 3 janvier 1968

Les principes de nécessité, de subsidiarité (article 428 alinéa 1^{er}) et de proportionnalité (article 428 alinéa 2) de la protection juridique, déjà présents dans l'esprit de la loi de 1968, acquièrent une portée normative générale, qui leur permet de retrouver toute leur efficience.

Nous avons déjà vu qu'une part importante des personnes placées sous curatelle ou sous tutelle ne présente pas aujourd'hui de déficience mais est en situation de détresse sociale et économique.

La loi du 5 mars 2007 conditionne le placement sous un régime de protection juridique, parce qu'il porte atteinte aux libertés et restreint les droits, à un double examen :

- d'une part, l'altération des facultés personnelles de l'intéressé aura été médicalement constatée de façon précise et circonstanciée par un médecin expert,
- d'autre part, le juge devra vérifier qu'il n'existe aucun autre mécanisme plus léger et moins attentatoire pour assurer un accompagnement suffisant.

Cette protection juridique ne s'appliquera donc plus aux personnes qui se mettent en difficulté par leur inaptitude à gérer seules leur budget ou qui se trouvent en situation de grande précarité.

De plus, le juge devra définir une mesure de protection strictement proportionnée à la vulnérabilité et aux besoins de la personne, et pleinement adaptée à sa situation. Il s'agit de rendre possible une protection individualisée pour chacun et d'éviter un dispositif uniforme pour tous.

Ainsi, l'article 428 du Code civil dispose que *« la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles*

des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé ».

Ainsi, la protection juridique est recentrée sur les personnes atteintes de troubles ou de handicaps mentaux. Il devient donc nécessaire de compléter le champ de l'action sociale.

B) De nouvelles mesures d'accompagnement comme réponse aux difficultés des majeurs en situation de grande précarité

Les personnes connaissant des difficultés sociales et financières doivent pouvoir bénéficier d'une aide spécifique sans que leur capacité à effectuer les actes de la vie civile ne soit affectée. Pour ces personnes, une nouvelle mesure sociale est créée et mise en œuvre principalement dans un cadre administratif par le département (articles L. 271-1 à L. 271-8 du Code de l'action sociale et des familles). Dans le même temps, la disposition de l'article 488 du Code civil qui permet l'ouverture d'une mesure de protection du majeur « *qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales* » disparaît.

Ainsi, ce dispositif social, graduel et progressif, comporte deux volets :

- le volet administratif relevant des conseils généraux, mis en œuvre en collaboration avec la personne intéressée ;
- le volet judiciaire, plus contraignant, intervenant subsidiairement, si l'action préalable du département n'a pu aboutir.

La tutelle aux prestations sociales disparaît donc.

Ces mesures d'accompagnement ne s'adressent qu'à des personnes touchant des prestations sociales. Elles ne peuvent pas être mises en œuvre pour des salariés ou des retraités, ce qui a été dénoncé par les députés. Le but était d'exclure du dispositif les personnes surendettées qui auraient été nombreuses à vouloir bénéficier d'un tel accompagnement, ce qui aurait entraîné un coût trop élevé de ce dispositif. Certains auteurs regrettent que la mise en place de ces mesures d'accompagnement soit liée à la nature des ressources que touchent les personnes et non à leurs besoins particuliers³⁶.

³⁶ d'après FOSSIER (T), PECAULT-RIVOLIER (L), VERHEYDE (T), « La mesure d'accompagnement judiciaire et les mesures administratives d'accompagnement social personnalisé », in *Actualité juridique famille*, n°4/2007, pp. 175 à 177

a) La mesure d'accompagnement social personnalisé (articles L. 271-1 à L. 271-8 du CASF)

Le département pourra, dans un premier temps, conclure un contrat avec la personne concernée afin de lui apporter une aide à la gestion de ses revenus et un accompagnement social personnalisé. Le département pourra ainsi proposer des actions permettant l'accès au logement ou l'amélioration de l'habitat ou des actions facilitant l'accès aux soins. Ce contrat sera conclu pour une durée de six mois à deux ans, renouvelable pour une durée maximale de quatre ans.

Ce dispositif social a principalement une vocation éducative : il ne s'agit nullement d'enfermer les personnes concernées dans un dispositif pérenne et déresponsabilisant, mais de permettre à chacun de retrouver son autonomie.

Ce contrat, conclu entre la personne et le département, sera établi en tenant compte de la situation sociale, familiale, médicale, financière de l'intéressé et de ses conditions d'habitat. Il contiendra des engagements réciproques en fonction de la nature du parcours d'insertion dans lequel la personne s'engage.

Le bénéficiaire pourra autoriser le président du conseil général à percevoir et à gérer, pour son compte, tout ou partie des prestations sociales devant lui revenir, en les affectant en priorité au paiement du loyer et des charges locatives en cours.

En cas de refus ou d'échec, le président du conseil général aura la faculté de solliciter du juge d'instance l'autorisation de percevoir certaines prestations sociales, afin d'assurer le paiement du loyer et de garantir le maintien dans les lieux de la personne concernée.

Si ces mesures d'action sociale s'avèrent insuffisantes, les services sociaux compétents adresseront un rapport circonstancié au procureur de la République. Celui-ci appréciera, en fonction des circonstances, s'il y a lieu de saisir le juge des tutelles pour qu'il ordonne une mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ).

b) La mesure d'accompagnement judiciaire (articles 495 à 495-9 du Code civil)

La MAJ doit permettre à l'intéressé de revenir à l'autonomie budgétaire et de reprendre l'organisation de sa vie en main.

C'est une mesure qui n'intervient que si celles mises en œuvre au titre de la MASP n'ont pas permis une gestion satisfaisante des prestations sociales de la personne intéressée et que la santé ou la sécurité de celle-ci en est compromise (article 495 du Code civil).

Le juge devra être saisi par le procureur de la République et entendre le majeur.

C'est une mesure provisoire d'une durée maximale de deux ans renouvelable une fois. Les débats parlementaires ont relevé que ce délai pouvait être insuffisant pour régler certaines situations particulièrement lourdes et ont mentionné le risque de passer alors à une mesure de protection juridique "classique". Ceci irait à l'encontre de l'esprit même de la loi qui tend à distinguer « *les situations relevant d'un traitement social de celles relevant d'une véritable protection juridique*³⁷ ».

En effet, la mesure d'accompagnement judiciaire est exclusive de toute mesure de protection juridique aux termes de l'article 495-1 du Code civil. Si le majeur est déjà sous mesure de protection juridique, il ne pourra bénéficier d'une MAJ ; de même, le prononcé d'une mesure de protection juridique met fin de plein droit à la MAJ. Il s'agit de bien distinguer entre les personnes ayant seulement besoin d'un accompagnement social de celles atteintes dans leurs facultés et devant être assistées ou représentées.

Il y aura donc un délai de quatre ans durant lequel le majeur pourra être accompagné, délai au-delà duquel sa situation sera soit assainie, soit reprise par une mesure de protection juridique.

La personne sous MAJ reste capable d'accomplir seul tous les actes de la vie civile sauf ceux liés à la gestion des prestations sociales entrant dans le cadre de la mesure.

Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs gère les prestations de la personne accompagnée dans son intérêt et « *en tenant compte de son avis et de sa situation familiale* » (article 495-7 alinéa 2). Ce dernier « *exerce auprès de celle-ci une mesure éducative tendant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations sociales* » (article 495-7 alinéa 3).

Le mandataire judiciaire agissant dans le cadre d'une MAJ a les mêmes obligations, en termes d'établissement, de vérification et d'approbation des comptes, que n'importe quel mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

1.4.2 Le deuxième objectif de la loi est de protéger, aujourd'hui et dans l'avenir, la personne et ses biens, dans le respect des droits et des libertés du majeur

La loi du 3 janvier 1968 était silencieuse quant à la protection à accorder à la personne du majeur. La loi du 5 mars 2007 introduit de façon nette une double protection : les

personnes majeures reçoivent **la protection de leur personne et de leurs biens** aux termes de l'article 415 du Code civil.

Mais cette protection clairement élargie n'a pas pour objectif de limiter les droits et libertés des majeurs protégés et sont au contraire réaffirmés.

- A) La mesure prononcée par le juge inclut autant la protection de la personne que de ses biens

Il faut rappeler que la loi de 1968 avait pour objectif de protéger avant tout les biens de l'incapable.

Peu d'articles du Code civil faisaient alors référence à la protection de la personne du majeur. On peut néanmoins citer l'article 417 qui prévoyait la division de la tutelle « *entre un tuteur à la personne et un tuteur aux biens* », ce qui suppose que le tuteur est normalement responsable de ces deux charges. L'article 450 dispose que « *le tuteur prendra soin de la personne du mineur* » et l'article 495 applicable aux majeurs y fait référence.

L'article 490 fait référence « *aux intérêts de la personne* » qui doivent être pourvus.

Ces dispositions sont diffuses dans le Code civil. La question de la protection des personnes a donc longtemps été floue, certains considérant qu'elle relevait de la législation sur les hospitalisations psychiatriques, d'autres affirmant que les familles ou l'autorité médicale étaient compétentes en la matière.

Mais, le recours de plus en plus fréquent à des intervenants extra familiaux a créé une nouvelle problématique.

Un arrêt de la 1^{ère} chambre de la Cour de cassation en date du 18 avril 1989³⁸ est intervenu et a posé le principe selon lequel « *les régimes civils d'incapacité ont pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable* ».

Cette jurisprudence a été reprise dans les années suivantes.

Ainsi, un jugement du Tribunal de Paris du 15 mars 1996 affirme que « *s'il incombe à l'administrateur légal, dont le rôle n'est pas cantonné à la gestion du patrimoine, de prendre soin de la personne de son protégé, il intervient à cet égard sous la direction du*

³⁷ FOSSIER (T), PECAULT-RIVOLIER (L), VERHEYDE (T), « La mesure d'accompagnement judiciaire et les mesures administratives d'accompagnement social personnalisé », in *Actualité juridique famille*, n°4/2007, pp. 175 à 177

³⁸ Civ. 1^{ère}, 18 avril 1989, JCP 1989. II. 21467, note Thierry Fossier

juge des tutelles à qui reviennent les décisions importantes affectant la personne du majeur, qui sont de la compétence du conseil de famille dans la tutelle complète³⁹ ».

On voit donc que la mesure de protection s'élargit aux aspects personnels mais que cette gestion par le représentant légal n'est pas déterminée de façon claire.

L'article 415 du Code civil affirme que *« 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. »* L'article 425 du même code dispose également que *« la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée à l'une de ces deux missions »*.

La loi du 5 mars 2007 met en place une protection globale du majeur. La future sous-section 4 de la section 4 du chapitre 2 du titre XI du Code civil est entièrement consacrée à ces questions et s'intitule *« Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne »*.

Ceci montre l'évolution du législateur dans ce domaine ; désormais la personne protégée est prise en charge de façon cohérente et dans le respect de ses capacités.

B) Les droits et libertés des majeurs protégés sont redéfinis

L'article 415 dispose que *« cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible l'autonomie de celle-ci »*.

On a vu que toute mesure de protection juridique est privative de droits et de libertés. C'est pourquoi, le législateur rappelle dans quel cadre elle doit être mise en œuvre et quelles sont les droits et libertés qui ne sont pas affectés par sa mise en place.

On peut citer plusieurs droits et libertés ainsi protégés.

Tout d'abord, chaque personne protégée doit recevoir des informations concernant sa situation, de la part de son mandataire. L'article 457-1 dispose en effet que *« la personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes*

³⁹ Paris, JCP 1996. II. 22733, note Fossier

concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part ».

Le premier droit du majeur est donc d'être informé de sa situation, de façon adaptée à son état et faisant apparaître les conséquences des décisions. Cet article est complet et la pratique devra mettre en place des dispositifs personnalisés en vue d'appliquer ce texte.

Le principe de la protection du logement et des objets personnels ou indispensables est réaffirmé à l'article 426 du Code civil. Le logement doit être conservé à la disposition de la personne protégée, et s'il est nécessaire de l'aliéner ou de résilier le bail, l'intervention du juge sera nécessaire. L'avis d'un médecin spécialiste sera requis si l'acte a pour finalité l'entrée du majeur protégé en institution. Il faudra toujours conserver les souvenirs et objets à caractère personnel ou indispensable.

Concernant ses relations personnelles, le majeur est libre de fréquenter « *tout tiers, parent ou non* », d'être visité et d'être hébergé par eux (article 459-2 du Code civil). Le majeur est donc libre d'entretenir des relations sociales.

De plus, il a le choix de sa résidence (article 459-2 du Code civil). Auparavant, cette disposition n'était pas clairement définie ; une jurisprudence de la 1^{ère} chambre civile de la cour de Cassation en date 25 mars 1997 précisait que « *s'il est constaté que la personne sous tutelle n'est pas dépourvue de volonté propre et qu'elle émet des souhaits quant à la fixation de sa résidence chez l'un de ses parents, il convient de respecter ce choix* ». Ainsi, il fallait examiner l'état de la personne protégée. Aujourd'hui, le libre choix est le principe, l'intervention du juge, le tempérament en cas de difficulté.

En effet, si l'exercice de ces libertés pose problème, le juge pourra être saisi et prendra une décision, après audition de la personne concernée, et exclusivement en considération de son intérêt (article 459-2 alinéa 3).

La réforme de 2007 prévoit aussi le droit au maintien des comptes et livrets ouverts au nom du protégé (article 427 du Code civil). Le mandataire judiciaire ne peut pas clôturer un compte ouvert par un majeur avant sa mise sous protection ou en ouvrir d'autres, sauf autorisation particulière du juge ou du conseil de famille. La pratique du "compte-pivot" devient illégale. En effet, ce compte recevait l'ensemble des rémunérations perçues par les adultes sous tutelle, les dépenses de chacun y étant imputées au fur et à mesure. La méthode a servi à des gérants de tutelle pour se faire de la trésorerie, voire pour détourner de l'argent en jouant sur la complexité de tenue de tels comptes. Ainsi, si la personne protégée n'a aucun compte, l'article 427 alinéa 4 du Code civil oblige la personne chargée de la mesure d'en ouvrir un.

L'autonomie de la personne est aussi garantie par l'introduction de la notion d' « *actes dont la nature implique un consentement strictement personnel* » (article 458).

De tels actes ne peuvent jamais donner lieu à assistance ou à représentation. De plus, l'article 459 du Code civil précise que « *la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet.* »

Il en est ainsi en matière de santé⁴⁰, de logement ou de relations avec ses proches. Ces dispositions seront particulièrement développées dans la deuxième partie.

Enfin, la nouvelle loi modifie le Code électoral. Le droit de vote n'est plus exclu en principe dès l'ouverture d'une mesure de tutelle comme le prévoyait la loi du 11 février 2005, avec néanmoins l'autorisation exceptionnelle de son exercice par le juge.

Désormais, l'article L. 5 du même code dispose que « *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.* »

L'exercice du droit de vote est ainsi examiné systématiquement. Cette disposition est positive puisqu'elle tend à ne pas exclure le majeur protégé de la vie de la cité et lui reconnaît des capacités de participation civique.

Par contre, les majeurs sous curatelle ou sous tutelle restent inéligibles aux termes des articles LO 130, L 200, L 230 et LO 296 du Code électoral.

Le majeur protégé dans ses biens comme dans sa personne bénéficie d'un ensemble de droits et de libertés réaffirmés⁴¹. La loi du 5 mars 2007 permet aussi à tout majeur d'anticiper une incapacité.

C) La rédaction du mandat de protection future permet à tout majeur d'anticiper une incapacité

La loi du 5 mars 2007 prévoit un dispositif civil simple, librement choisi et circonscrit, et donc personnalisé. Ce dernier répond aux attentes de notre société moderne en prévoyant une véritable contractualisation de la protection future, telle qu'elle

⁴⁰ voir la deuxième partie

⁴¹ D'autres droits et libertés des majeurs sont redéfinis en particulier dans les domaines du mariage, du PACS, des successions. Il s'agit de modifications à la marge, apportées à des dispositions existantes, et qui ne seront pas développées.

existe en Allemagne, en Angleterre et au Québec⁴². C'est ce qui est introduit dans le Code civil sous le nom de mandat de protection future (articles 477 à 494 du Code civil). Il existe deux types de mandat de protection future : le mandat pour soi et le mandat pour autrui.

a) *Le mandat de protection future pour sa propre personne*

Ce mandat de protection future doit permettre à chacun d'organiser à l'avance sa propre protection en désignant un ou plusieurs tiers de son choix pour veiller sur sa personne et ses intérêts, le jour où il ne le pourra plus lui-même (article 477 du Code civil).

Pour que le mandat soit valable, il doit être rédigé avant l'altération des facultés de la personne : ainsi, une personne sous tutelle ne pourra rédiger un tel acte, un majeur sous curatelle devra être assisté de son curateur.

Le mandataire peut être une personne physique ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (article 480 du Code civil).

Le mandat fixe la mission, l'éventuelle rémunération du mandataire (article 419 alinéa 5) et définit l'étendue de ses pouvoirs. Lorsque le mandat porte sur la protection de la personne, les droits définis aux articles 457-1 à 459-2 doivent être respectés.

Le mandat doit être accepté expressément par le mandataire (article 489 alinéa 1^{er} et article 492 alinéa 2). Dès lors, la volonté de la personne s'imposera à tous, y compris au juge éventuellement saisi, qui devra en tenir compte.

Ce mandat de protection future pourra être établi par acte sous-seing privé ou par acte notarié (article 477 alinéa 4), et n'aura, selon la forme choisie, pas les mêmes effets en matière patrimoniale :

- le mandat notarié permettra une protection juridique très étendue et pourra couvrir les « *actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation* », sous le contrôle du notaire ;
- le mandat sous seing privé donnera au mandataire les pouvoirs qu'un « *tuteur peut faire sans autorisation* ».

Le mandat de protection future sera mis en œuvre lorsque l'altération des facultés aura été constatée : pour cela, le mandataire produira au greffe du tribunal d'instance le mandat et le certificat médical constatant l'altération des facultés du mandant (article 481

⁴² Au Québec, le mandat de protection future existe depuis 1990 sur le modèle du « Curateur Public »

alinéa 2). À l'issue de cette formalité, le mandataire pourra représenter le mandant dans tous les actes prévus par le mandat. Ainsi, aucune intervention du juge ne sera nécessaire pour établir ou mettre en œuvre ce mandat.

S'il ne permet pas de protéger suffisamment le majeur, le juge pourra ouvrir une mesure de protection complémentaire. Il pourra dès lors y avoir plusieurs mandataires judiciaires auprès de la même personne. Ces derniers devront s'informer mutuellement de leurs décisions.

Il n'y aura pas lieu à publicité du mandat. En effet, il crée un régime de représentation, sans entraîner l'incapacité de celui qui est représenté. Il fonctionne comme une procuration générale donnée par une personne à une autre, sans que la première soit privée de l'ensemble de ses droits. Les tiers seront avisés individuellement de l'existence du mandat, sur présentation du document par le mandataire, dès qu'ils seront concernés.

Afin de garantir la sécurité juridique du mandat, la loi prévoit que toute personne pourra, si elle l'estime utile, saisir le juge des tutelles pour contester non seulement sa mise en œuvre mais également les conditions et modalités de son exécution (article 484). Le juge disposera ainsi d'un très large pouvoir pour mettre fin au mandat, s'il estime que son exécution n'est pas utile ou ne protège pas correctement le mandant. Le mandataire judiciaire procédera à un inventaire des biens de la personne lors de la mise en œuvre du mandat et le réactualisera. De plus, il devra tenir un compte de sa gestion et le mettre à la disposition du juge et de tout intéressé.

b) Le mandat de protection future pour autrui

La réforme prévoit que les parents d'un enfant sur lequel ils exercent leur autorité parentale ou dont ils ont la charge matérielle et affective pourront passer un tel mandat afin d'organiser sa protection pour le jour où ils ne seront plus en état de l'assumer eux-mêmes (article 477 alinéa 3).

Un seul parent peut aussi agir dans le cas où l'autre est décédé.

Le mandataire ne doit pas être sous tutelle ou sous curatelle lors de la rédaction de l'acte.

Les dispositions relatives aux obligations du mandataire sont les mêmes que celles décrites pour le précédent mandat.

La forme d'un tel mandat est obligatoirement celle d'un acte notarié. Ceci s'explique par le fait que l'acte est passé pour autrui. L'intervention d'un notaire est donc la garantie contre toute décision malvenue ou irréaliste prise par des parents inquiets et soucieux pour l'avenir de leur enfant.

Le mandat prend effet au jour où le mandataire décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.

Grâce à ce nouvel instrument juridique fondé sur la volonté individuelle des parents, l'ouverture d'une tutelle judiciaire privative de droits sera écartée et la famille demeurera le lieu naturel de la protection et de l'accompagnement de la personne malade ou handicapée.

1.4.3 Le troisième objectif de cette réforme est de mieux adapter la procédure à la spécificité des besoins des personnes les plus fragiles

La loi du 5 mars 2007 renforce l'encadrement procédural de la mise en œuvre des mesures de protection juridique. Tout d'abord, la loi systématise l'audition du majeur à protéger qui peut être assisté d'un avocat.

Elle supprime aussi la saisine d'office du juge des tutelles et affirme la place privilégiée de la famille du majeur à protéger.

Enfin, les mesures sont contrôlées par le juge des tutelles et par le procureur de la République et les sanctions à l'égard des mandataires judiciaires sont clairement définies.

- A) L'ouverture d'une mesure de protection du majeur implique nécessairement une procédure contradictoire

La mesure de protection juridique ne pourra être ordonnée par le juge qu'après l'audition de la personne concernée. Le juge pourra cependant décider de ne pas procéder à l'audition du majeur. Dans ce cas, il devra motiver spécialement sa décision et s'appuyer sur le certificat du médecin qui accompagne la demande de mise sous protection. Ce cas est donc exceptionnel et intervient quand l'audition est de nature à porter atteinte à la santé de l'intéressé ou si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté (article 432 alinéa 2).

L'audition du majeur, quand elle sera possible, permettra au juge de se rendre compte de l'altération des facultés du majeur et de décider de la meilleure mesure à prendre.

Le majeur est ainsi reconnu comme acteur de la procédure.

Il pourra être assisté d'un avocat (article 432 alinéa 1^{er}). Il s'agit d'une possibilité pour le majeur et non d'une obligation qui aurait alourdi la procédure. À l'origine, l'assistance de l'avocat avait été prévue de façon obligatoire dans les cas où le juge n'auditionnait pas le majeur. Mais cette disposition n'a pas été retenue. Le majeur pourra être « *accompagné par un avocat ou, sous réserve de l'accord du juge, par toute personne de son choix* ». L'assistance du tiers à l'audition pose la question de son rôle. Va-t-il s'exprimer à la place de l'intéressé ? De plus, on peut s'interroger sur les critères que le juge pourra invoquer pour refuser cette assistance. La pratique devra donc répondre à ces difficultés.

B) La suppression de la possibilité pour le juge des tutelles de se saisir d'office et l'affirmation de la place de la famille

Cette pratique, qui concernait plus de la moitié des mesures de protection ordonnées, était à l'origine de certaines dérives. Elle permettait à des majeurs isolés de bénéficier d'une mesure de protection et le recours à l'auto-saisine du juge convenait à tous : juge, famille et services sociaux. De plus, des questions de coût des certificats médicaux entraient en jeu dans le choix de cette procédure⁴³.

La réforme modifie ainsi le type de saisine du juge. Désormais, seuls pourront saisir le juge les membres de la famille, les proches du majeur ou le procureur, après avoir éventuellement ordonné une évaluation médico-sociale de l'intéressé (article 430 du Code civil).

Il s'agit ainsi de permettre que les solutions alternatives à la curatelle ou à la tutelle soient sérieusement examinées. De la sorte, la réforme remet au cœur du dispositif le principe de nécessité et renforce également le principe de subsidiarité.

Il existe, en effet, pour protéger une personne vulnérable, des solutions juridiques moins contraignantes et moins attentatoires à ses droits que la tutelle ou la curatelle. Certains de ces moyens sont indépendants de toute intervention judiciaire : la procuration, le mandat de protection future, les mesures d'accompagnement.

D'autres outils requièrent l'intervention du juge. Il en est ainsi de la sauvegarde de justice qui pourra être utilisée pour un besoin ponctuel. Il en va de même des règles d'habilitation propres aux régimes matrimoniaux qui permettent la désignation d'un époux pour représenter son conjoint lorsque celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté, à la suite d'un accident ou d'une maladie.

⁴³ D'après PECAULT-RIVOLIER (L), VERHEYDE (T), « La juridiction des tutelles dans le nouveau dispositif de protection des majeurs », in *Actualité juridique famille*, n°5/2007, pp. 208 à 212

En outre, la subsidiarité implique qu'avant de recourir à la collectivité publique, on se tourne vers la famille, lieu naturel de la protection. L'article 415 alinéa 4 dispose que la protection « *est un devoir des familles et de la collectivité publique.* ».

Ce sont, en effet, les familles qui, les premières, sont confrontées à la vulnérabilité d'un de leurs membres et ce sont elles qui, le plus souvent, assument et organisent sa protection. C'est donc à juste titre que bon nombre d'entre elles revendiquent d'être davantage associées aux procédures judiciaires, d'en être informées et d'y être impliquées.

La famille a donc un rôle de premier ordre à jouer. D'abord, parce que la famille est concernée au premier chef par la protection d'un proche indépendamment de toute intervention judiciaire. Ainsi, les procurations sont généralement données aux enfants.

Ensuite, parce que si une mesure judiciaire est nécessaire, on cherchera en priorité à la confier à un membre de la famille.

Enfin, la réforme organise le rôle et la place de la famille dans le processus judiciaire en clarifiant ses droits. Il existe notamment le droit pour les proches du majeur d'être consultés au moment de la mise en œuvre de la mesure et d'être informés de son déroulement (article L. 471-6 à L. 471-9 du CASF).

- C) Les modalités de contrôle de l'exécution de la mesure seront réorganisées et renforcées et les sanctions à l'égard des mandataires judiciaires clairement définies

Tout d'abord, les mesures devront être révisées. L'article 441 du Code civil dispose que « *le juge fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse excéder cinq ans* ».

Elle devra donc être réévaluée en fonction de l'état du majeur. Ceci se justifie par les principes de nécessité et de subsidiarité devant régir sa mise en œuvre et son déroulement.

Ainsi, si la mesure n'est pas renouvelée, elle prendra fin de plein droit. Afin de ne pas surcharger les juges des tutelles, un tempérament a été apporté à cette disposition. L'alinéa 2 de l'article 442 prévoit que « *lorsque l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrite à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme du médecin mentionné à l'article 431, renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il détermine.* »

Il semble raisonnable de prévoir ce type de situation afin de ne pas encombrer inutilement les cabinets des juges des tutelles. En effet, certaines pathologies neuro-dégénératives telles que la maladie d'Alzheimer entraînent une perte d'autonomie progressive. L'état du

malade ne cesse alors de se dégrader. À un certain stade, la personne atteinte devient totalement dépendante. Pour la protéger, une mesure de tutelle sur une période longue semble appropriée.

Concernant la sauvegarde de justice, celle-ci ne pourra excéder la durée d'une année, renouvelable une fois (article 439 du code civil).

Dans la plupart des situations, la personne protégée ne pourra plus rester des années sous un régime de protection qui n'est plus justifié ou qui est devenu inadapté du fait de l'évolution de son état de santé ou de l'implication plus importante de son entourage.

De plus, le contrôle des mesures est redéfini.

L'article 416 du Code civil dispose, dans son alinéa 1^{er}, que « *le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des mesures de protection, quelle que soit la mesure prononcée ou sollicitée* ».

Le procureur de la République est un nouvel acteur dans le domaine de la protection des majeurs.

A ce titre, le juge des tutelles comme le procureur dispose de certaines prérogatives : visites des personnes à protéger, obtention de pièces de la part des mandataires judiciaires.

Le procureur sera aussi chargé d'établir la liste des médecins habilités à établir des certificats médicaux indispensables pour pouvoir ouvrir une mesure de protection.

Les modalités du contrôle annuel, en particulier des comptes de gestion, seront personnalisées et adaptées à la situation de chaque dossier (article 510 à 514 du Code civil).

Enfin, les articles 421 à 423 redéfinissent le régime de la responsabilité des mandataires judiciaires. Ainsi, « *tous les organes de la mesure de protection judiciaire sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction. Toutefois, sauf cas de curatelle renforcée, le curateur et le subrogé curateur n'engagent leur responsabilité, du fait des actes accomplis avec leur assistance, qu'en cas de dol ou de faute lourde* ».

L'article 422 poursuit « *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, l'action en responsabilité diligentée par la personne protégée ou ayant été protégée ou par ses héritiers est dirigée contre l'État qui dispose d'une action récursoire.*

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'État qui dispose d'une action récursoire. »

Le majeur (ou ses héritiers lésés) par une faute attribuée à une personne censée le protéger peut agir. La possibilité d'agir contre l'État alors même que la faute est attribuée au mandataire de justice permet au majeur (ou à ses héritiers) d'obtenir un dédommagement de façon assurée.

Cette mise en jeu de la responsabilité redéfinie risque d'entraîner une augmentation du nombre de contentieux. Dès lors, la loi oblige désormais les mandataires judiciaires à s'assurer. L'article L. 472-2 du CASF dispose que « *le bénéficiaire de l'agrément doit justifier de garanties des conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile en raison des dommages subis par les personnes qu'il prend en charge* ». Ceci sécurise le dispositif pour les majeurs protégés et leur entourage.

1.4.4 Le quatrième grand axe de cette réforme consiste à refondre l'encadrement du système de protection juridique tant en ce qui concerne ses acteurs que son financement

La loi du 5 mars 2007 redonne une cohérence à l'encadrement du système de protection juridique des majeurs. En effet, auparavant, chaque représentant de majeur avait un statut plus ou moins clair et le financement des mesures dépendait de leur nature.

Désormais, tout représentant de majeur est un « *mandataire judiciaire à la protection des majeurs* » dont le statut est prévu aux articles L. 471-1 à L. 471-9 et L. 472-1 à L. 473-4 du CASF.

De la même façon, un système de financement uniforme a été défini aux articles L. 361-1 à L. 361-3 du CASF.

- A) La loi réorganise totalement les conditions d'activité des tuteurs et curateurs extérieurs à la famille en créant le statut de mandataire judiciaire à la protection des majeurs

Un statut unique de « *mandataire judiciaire à la protection des majeurs* » (MJPM) regroupe désormais tous les intervenants extérieurs à la famille, c'est-à-dire les personnes physiques ou morales, qui exercent à titre habituel les missions de protection juridique. Ils obéiront à des règles communes organisant leur formation et leur compétence, leur évaluation et leur contrôle, leur responsabilité et leur rémunération.

Les mandataires sont désormais répertoriés sur une liste tenue à jour par le représentant de l'Etat dans le département.

Ils doivent satisfaire à des règles de « *moralité, d'âge, de formation certifiée par l'État et d'expérience professionnelle* » décrites à l'article L. 471-4 du CASF.

Ceci marque un progrès considérable dans la professionnalisation des personnes chargées de la protection des majeurs. En effet, il n'existe pas, à l'heure actuelle, de cadre juridique et de référentiel professionnel pour l'exercice de la fonction de représentant des majeurs.

Seul le Code de la sécurité sociale fixe des critères pour les personnes physiques qui demandent l'agrément comme tuteur aux prestations sociales (article R. 167-10) et pour les délégués à la tutelle aux prestations sociales (article R. 167-19) des services des tutelles. Mais le certificat de compétence n'est pas satisfaisant car il peut être délivré après quelques heures de formation et en fonction de l'ancienneté du candidat dans la fonction. Il ne permet donc pas d'écarter les personnes incompetentes et conforte certains individus dans un exercice approximatif voire malhonnête de leur activité.

Les conditions de formation requises par le nouveau texte sont en cours d'élaboration dans le cadre d'un groupe de travail piloté par le ministère de la santé et des solidarités, composé de représentants des différents acteurs concernés (juges des tutelles, professionnels, employeurs, établissements de formation, départements).

Cette formation devrait donner lieu à la délivrance par l'État d'un certificat national de compétence garantissant le respect des exigences de qualification requises pour exercer le métier de mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

Toutes les personnes physiques MJPM devront se former, qu'elles exercent à titre individuel ou au sein d'une structure. Le but est de responsabiliser davantage les services tutélaires qui seront soumis à la surveillance du représentant de l'État dans le cadre du processus de désignation de l'agent de l'établissement.

Enfin, les personnes physiques qui exercent à titre individuel et habituel les mesures de protection devront être agréées avant leur inscription sur la liste.

L'agrément est délivré par le représentant de l'État dans le département après avis conforme du procureur de la République. L'agrément impose le contrôle des conditions définies à l'article L. 471-4 du CASF ainsi que l'obligation d'assurance des mandataires.

Il permet aussi de vérifier si l'inscription d'un mandataire judiciaire correspond aux besoins définis par le schéma régional d'organisation sociale et médico-sociale (SROSMS).

La profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs est ainsi dessinée. Le financement des mesures assurées par les MJPM est refondu afin de rendre le système de protection des majeurs cohérent et égalitaire.

- B) La refonte du mode de financement des mesures de protection redonne une cohérence au système⁴⁴

Tout d'abord, la loi procède à une **uniformisation des modes de financement des mesures de protection ordonnées par le juge des tutelles**, qui intervient sur trois volets.

En premier lieu, des **modalités de financement uniformes** sont prévues, quelle que soit la nature de la mesure de protection (article 419 du Code civil).

Est ainsi supprimée la distinction entre gérance de tutelle privée, curatelle et tutelle d'État et TPSA. Désormais, les mesures de protection ordonnées par le juge seront financées :

- d'une part, par des prélèvements sur les ressources de la personne intéressée ;
- d'autre part, à titre complémentaire ou, à défaut de ressources de la personne concernée, par un financement public.

En deuxième lieu, la **répartition du financement public entre l'État, les organismes débiteurs de prestations sociales et les collectivités publiques** est simplifiée (article L. 361-1 nouveau du Code de l'action sociale et des familles).

Les modalités du financement public de la mesure de protection varient, pour l'essentiel, selon la nature de la mesure prescrite et la qualité du mandataire désigné par le juge des tutelles.

La contribution publique des mesures prononcées au titre du mandat spécial dans le cadre de la sauvegarde de justice, ou au titre de la tutelle ou de la curatelle sera prise en charge, en fonction des prestations sociales dont bénéficie la personne, soit par l'État, soit par les organismes débiteurs de prestations sociales.

Le département n'assurera donc pas le financement d'une curatelle, d'une tutelle ou d'un mandat spécial dans le cadre de la sauvegarde de justice. L'objet de ce dispositif est en effet de limiter autant que possible le coût de ces mesures pour le département, compte tenu notamment de l'accroissement de charges qui résultera pour lui du financement de la MASP et de la MAJ.

⁴⁴ d'après de RICHEMONT (H), Rapport sur le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, Sénat, 7 février 2007

Le financement de la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) variera en fonction de la prestation ou des prestations sociales qui font l'objet de la mesure. Le département financera la MAJ soit lorsqu'il verse la seule prestation ou l'ensemble des prestations sociales faisant l'objet de la mesure, soit lorsque la mesure porte sur plusieurs d'entre elles et qu'il verse celle ayant le montant le plus élevé.

A contrario, la MAJ sera financée par l'organisme débiteur soit lorsqu'il verse la seule prestation faisant l'objet de la mesure, soit lorsque la mesure porte sur plusieurs prestations, s'il verse la prestation du montant le plus élevé.

Les prestations prises en compte pour déterminer l'application des règles de répartition de la charge financière susmentionnées seront celles sur lesquelles porte la MAJ.

En dernier lieu, la loi prévoit la **généralisation du financement des mesures de protection par le biais d'une dotation globale**.

Depuis la loi n°2004-1 du 3 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, une expérimentation du financement par dotation globale a été menée dans plusieurs départements.

Le montant de la dotation globale de financement, versé annuellement, est fixé grâce à un calcul tenant compte de la nature des mesures de protection concernées, de l'évolution prévisible de leur nombre pour l'exercice concerné et des prélèvements sur les ressources effectués sur le patrimoine des personnes protégées. Chaque mesure se voit à cet effet accorder un nombre de points dont le montant, affecté d'un pourcentage permettant de prendre en compte l'évolution prévisible de l'activité de gérance, définit un projet de dotation proposé à la DDASS, et déterminé en concertation avec la DRASS.

En fin d'exercice, un contrôle du compte administratif est exercé : si la dotation n'a pas été intégralement consommée, les sommes restantes viennent, le cas échéant, en déduction des sommes versées au titre de la dotation de l'exercice suivant ; dans le cas inverse, une dotation complémentaire peut, notamment si ce dépassement s'explique par une augmentation non prévisible du nombre de mesures, être affectée au gérant, à l'appréciation de la DDASS.

La loi prévoit, à partir de 2009, la généralisation du système de financement par dotation globale.

Grâce à ces différents éléments, la croissance du coût des mesures de protection devrait connaître une limitation réelle. Compte tenu de la réforme, ce coût pourrait être ramené à 496 millions d'euros, soit une augmentation de 8,2% au lieu de 40,4%.

Répartition des prélèvements selon l'hypothèse de financement retenue dans la loi⁴⁵ :

2009

Financeurs	État	Département	Sécurité sociale + autres	TOTAL
Nombre de mesures	205 606	30 110	240 313	476 029
Coût brut	303 904.027	7.970.120	289 971.553	601 845.701
Prélèvements	113 463.602	560 888	89 088.544	203 113.035
Coût net	190 440.425	7 409.232	200 883.009	398 732.666

2013

Financeurs	État	Département	Sécurité sociale + autres	TOTAL
Nombre de mesures	250 649	22 995	263 483	537 128
Coût brut	380 203.694	1 092.249	321 065.628	702 361.571
Prélèvements	144 263.646	181 739	108 697.068	253 142.453
Coût net	235 940.048	910 509	212 368.560	449 219.118

Ainsi, cette maîtrise annoncée des dépenses publiques devrait résulter :

- d'une moindre progression du nombre de mesures judiciaires due à la mise en place du dispositif social confié au département et à leur révision systématique prévue dans le Code civil.
Le nombre de mesures de protection est estimé à 470 377 en 2008. En 2013, à droit constant, il devrait être de 645 978, soit une augmentation de 37,3%. Grâce au dispositif proposé par la loi, le nombre de mesures devrait se limiter, cette même année, à 545 887, soit une croissance de 16,1%.
- d'une amélioration du rendement des prélèvements sur les ressources des majeurs protégés, évaluée à 83 millions d'euros en 2009 et à 109 millions d'euros en 2013 ;
- d'une harmonisation de la rémunération des mandataires, qui consiste à réduire la disparité des coûts afférents à chaque mesure dès lors qu'ils ne sont pas justifiés par la lourdeur de la prise en charge. Ce dispositif permettrait une économie de 39,9 millions d'euros en 2009. Les résultats escomptés devraient cependant être variables.
- d'une généralisation de la dotation globale de financement, qui devrait permettre de réaliser, dès 2009, une économie annuelle de 28,2 millions d'euros.

⁴⁵ Source : DGAS

Dans le nouveau dispositif établi par la loi de 2007, les départements devront supporter financièrement le coût des mesures de protection dans deux hypothèses :

- d'une part, au titre des mesures d'accompagnement social personnalisé (MASP) et des rapports circonstanciés d'évaluation.
- d'autre part, au titre des mesures d'accompagnement judiciaire (MAJ).

Selon les projections établies par le Gouvernement, le coût total du dispositif social est estimé à 14,3 millions d'euros en 2009 et 46,7 millions d'euros en 2013.

L'essentiel des besoins de financement proviendra de la prise en charge de la MASP. Le Gouvernement estime le nombre de ces mesures à 9 800 en 2009, ce qui induirait un coût de 8 millions d'euros. Cette charge avoisinerait 38,4 millions d'euros en 2013 pour un nombre envisagé de 23 000 mesures.

Le coût des rapports d'évaluation serait de 6,1 millions d'euros en 2009 (pour 83 121 rapports) et de 8,3 millions d'euros en 2013 (pour 105 530 rapports). Le Gouvernement estime en effet que seuls 30% devront faire l'objet d'un financement spécifique, la majeure partie des personnes concernées étant déjà connues des services sociaux départementaux lors de l'entrée en vigueur de la réforme.

À ces dépenses, il conviendrait d'ajouter celui de la formation des travailleurs sociaux nécessaires à la mise en œuvre des MASP, évalué à 200 000 euros en 2009 et à 60 000 euros en 2013.

À l'heure actuelle, en application de l'article L. 167-3 du Code de la sécurité sociale, les départements financent les tutelles aux prestations sociales adultes prononcées pour les personnes qui touchent une prestation sociale dont les départements sont débiteurs, c'est-à-dire des personnes percevant le revenu minimum d'insertion (RMI), l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) ou la prestation de compensation du handicap (PCH).

Sur ce point, la réforme conserve à l'identique le champ de financement actuel, à savoir le paiement des frais de tutelle des personnes sous mesure d'assistance judiciaire percevant une prestation dont ils sont les débiteurs.

Le coût pour les départements de la prise en charge, dans ces mêmes conditions, de la mesure d'accompagnement judiciaire est estimé par le Gouvernement à 7,4 millions d'euros en 2009 et à 900 000 euros en 2013.

Sans la réforme de la tutelle aux prestations sociales adultes, le coût pour les départements atteindrait 27,8 millions d'euros en 2009 et 27,9 millions d'euros en 2013. Selon les projections du Gouvernement, les départements réaliseraient donc sur le financement de la mesure d'accompagnement judiciaire une économie estimée à 20,4 millions d'euros en 2009 et à 27 millions d'euros en 2013. Cette baisse résulterait de deux éléments :

- en premier lieu, une diminution envisagée du nombre de mesures d'accompagnement judiciaire, liée à la mise en place d'une mesure d'accompagnement social personnalisé qui en sera le préalable nécessaire ;
- en second lieu, l'harmonisation de la rémunération grâce à une cotation des mesures de protection en fonction de la lourdeur de prise en charge de la personne, qui devrait avoir pour conséquence une diminution du coût des mesures d'accompagnement judiciaire.

Au final, selon le Gouvernement, l'impact financier global net de la réforme pour les départements serait le suivant :

- en 2009, une économie s'élevant à 6 millions d'euros ;
- en 2010, une dépense supplémentaire estimée à 7 millions d'euros ;
- en 2011, une dépense supplémentaire de 14,3 millions d'euros ;
- en 2012, une dépense supplémentaire de 18,3 millions d'euros ;
- en 2013, une dépense supplémentaire de 19,7 millions d'euros.

La réforme de 2007 entend rendre au majeur protégé une part de l'autonomie et des droits qu'il peut exercer, selon son état.

Dans le domaine de la santé, l'exercice de telles libertés pose particulièrement question dans le sens où l'intégrité physique du majeur est en jeu et où la marge de liberté concédée à la personne protégée peut entraîner des décisions incohérentes, illogiques voire dangereuses.

Dans quelle mesure le droit des patients peut-il s'appliquer aux majeurs protégés ?

Quand doivent intervenir les représentants de ceux-ci ?

Nous allons étudier cette problématique dans une deuxième partie.

2 Le cas particulier des majeurs protégés hospitalisés, entre affirmation des droits des patients et mesure de protection dans le domaine de la santé

En quelques années, les rapports entre l'institution hospitalière et ses patients ont considérablement évolué. L'usager hospitalisé se considère davantage comme client et abandonne son statut de patient qui subissait des soins. Aujourd'hui, une personne hospitalisée bénéficie de droits affirmés notamment par l'importante loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Lorsqu'un majeur placé sous un régime de protection juridique est hospitalisé, on peut se demander si les droits définis par le texte de 2002 lui sont applicables. En effet, pour jouir de droits relatifs à sa santé, ne faut-il pas être capable juridiquement ?

Avant la loi du 5 mars 2007, l'hospitalisation des majeurs protégés faisait l'objet de dispositions législatives générales et de mesures particulières définies dans le Code de la santé publique.

La loi du 5 mars 2007 ne modifie pas totalement cette architecture mais redéfinit le champ d'autonomie des décisions du majeur protégé dans le domaine de sa santé.

2.1 Les dispositions générales relatives à l'hospitalisation des majeurs protégés avant la loi du 5 mars 2007

Les dispositions générales relatives à l'hospitalisation des majeurs protégés ont été définies dans un certain nombre de textes juridiques. En effet, il s'agit toujours de trouver le juste équilibre entre protection et liberté du majeur dont le consentement aux soins est plus ou moins altéré.

Dans le cas où l'hospitalisation d'un majeur est nécessaire, la loi 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 la rend possible sans le consentement de l'intéressé. Dans ce cas, l'hospitalisation sous contrainte s'applique à tout patient, protégé ou non.

La nécessité pour le patient d'être informé et de consentir aux soins prodigués s'inscrit dans le principe du respect de la dignité de la personne humaine qui a valeur constitutionnelle.

2.1.1 Le droit des hospitalisations sous contrainte s'applique à tout patient

La loi du 27 juin 1990 organise la lutte contre les maladies mentales et énonce les droits des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux. Elle est intégrée dans le Code de la santé publique aux articles L. 3211-1 à L. 3223-3. Elle prévoit les cas où le patient ne consent pas à être hospitalisé. Elle s'applique donc autant à des personnes refusant d'être soigné qu'à des malades dont le consentement est altéré par un trouble mental.

Cette loi a longtemps été considérée comme la seule à même d'organiser l'hospitalisation des personnes protégées.

L'article L. 3211-1 du même code dispose : *"Une personne ne peut sans son consentement ou, le cas échéant, sans celui de son représentant légal, être hospitalisée ou maintenue en hospitalisation dans un établissement accueillant des malades atteints de troubles mentaux, hormis les cas prévus par la loi (...)".*

Ce texte prévoit deux types d'hospitalisation sous contrainte c'est-à-dire allant contre le consentement :

- l'hospitalisation à la demande d'un tiers (HDT) ;
- l'hospitalisation d'office (HO).

L'HDT exige que deux conditions soient remplies : les troubles du sujet « *rendent impossible son consentement*⁴⁶ » et « *imposent des soins immédiats, assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier*⁴⁷ ».

L'admission est très stricte. Il faut présenter :

- une demande d'admission
Elle doit émaner d'un membre de la famille ou de toute personne susceptible d'agir dans l'intérêt du malade (ami, curateur, tuteur...) à l'exception de « *tout membre du personnel soignant exerçant dans l'établissement d'accueil* » ; cette demande d'admission doit être manuscrite et signée par le tiers. Ce document doit comporter tous les renseignements concernant les noms, prénoms, profession, âge et domicile de la personne à hospitaliser et du demandeur ; doivent être précisés les liens de parenté s'il en existe ou la nature des relations.
- deux certificats médicaux
Ils doivent datés de moins de quinze jours. Ils décrivent de façon claire et précise les conditions fondamentales sans que le diagnostic soit formellement établi. Le premier certificat est établi par un médecin extérieur à l'établissement, non obligatoirement psychiatre. Le deuxième peut être signé par un médecin de l'établissement.
Ces deux médecins ne doivent être ni parents, ni alliés jusqu'au 4^{ème} degré inclusivement entre eux, avec le directeur de l'établissement, avec le demandeur et avec le malade.

⁴⁶ Article L. 3212-1 du CSP

⁴⁷ Article L. 3212-1 du CSP

A titre exceptionnel en cas de « *péril imminent pour la santé du malade*⁴⁸ », l'admission pourra être faite sur présentation d'un seul certificat pouvant même être produit par un psychiatre de l'établissement.

Un certificat médical sera établi dans les 24 premières heures par un psychiatre de l'établissement, ce nouveau certificat confirmant ou infirmant les précédents.

Lorsque les pièces sont réunies, le directeur de l'établissement les adresse au préfet et à la Commission des hospitalisations psychiatriques. Dans les trois jours, le préfet informe le procureur de la République, le président du TGI du lieu d'hospitalisation ainsi que celui du lieu de domicile du patient.

Des certificats de suivi médical précisent la nature et l'évolution des troubles et indiquent clairement si les conditions d'hospitalisation sont toujours réunies. Ce type de certificat, rédigé dans les trois derniers jours de la première quinzaine de chaque mois d'hospitalisation, autorise le maintien en hospitalisation pour une durée maximale d'un mois.

Durant cette période, la loi prévoit la possibilité de sorties d'essai dans le but d'une réinsertion sociale de bonne qualité ; la décision en revient au psychiatre, le directeur avertit le préfet et le tiers demandeur de l'hospitalisation.

La dignité du patient doit être respectée et les limitations des libertés individuelles réduites à celles strictement nécessitées par son état ou son traitement. Le patient conserve le droit de communiquer avec les autorités chargées du contrôle, de saisir la commission des hospitalisations psychiatriques, de prendre conseil d'un médecin, d'un avocat, d'émettre ou de recevoir du courrier, de consulter le règlement intérieur, d'exercer son droit de vote et de pratiquer les activités philosophiques et religieuses de son choix, ces possibilités n'engendrent pas un droit de sortie.

Les sorties peuvent se faire :

- sur avis médical : le psychiatre, au vu de l'amélioration clinique, "*certifie que les conditions de l'HDT ne sont plus réunies*".
- à la demande d'un tiers : conjoint, ascendants, descendants majeurs, curateur, tuteur, toute personne autorisée par le Conseil de famille.
- à la demande de la Commission des hospitalisations psychiatriques.
- sur ordre du préfet en cas d'absence des certificats prévus.

L'HO s'applique aux malades « *dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public*⁴⁹ ».

⁴⁸ Article L. 3212-3 du CSP

⁴⁹ Article L. 3213-1 du CSP

L'initiative de la procédure revient habituellement à un médecin, qui ne doit pas appartenir à l'établissement d'accueil.

Il rédige un certificat circonstancié, permettant la prise d'un arrêté par le préfet en province ou par le préfet de police à Paris. Le préfet avise le procureur du lieu d'hospitalisation, le maire et la famille de la personne hospitalisée.

Dans les cas d'urgence, lorsqu'il existe un danger immédiat pour la sûreté des personnes, le maire, ou à Paris les commissaires de police, prennent les mesures provisoires nécessaires même sans certificat médical. Ils en réfèrent dans les 24 heures au préfet qui prononcera l'arrêté.

La transformation d'une HDT en HO est possible par décision préfectorale.

Le maintien de l'HO est soumis à la rédaction par le psychiatre de l'établissement de certificats :

- à 24 heures,
- les trois derniers jours de la première quinzaine d'hospitalisation,
- après un mois et ensuite au moins tous les mois.

Le maintien de cette hospitalisation se fait sur décision préfectorale renouvelable pour trois mois à la fin du premier mois, pour six mois à la fin des trois mois, puis renouvellement par six mois.

Les droits des malades sont comparables à ceux des hospitalisés en HDT, sauf pour les sorties d'essai qui sont également décidées par le préfet sur proposition du psychiatre pour une durée maximum de trois mois, le suivi étant assuré par les psychiatres du secteur.

La décision de sortie définitive est également préfectorale à la demande du psychiatre, de la commission des hospitalisations psychiatriques, du président du TGI qui se saisit d'office ou à la suite d'une requête présentée par toute personne susceptible d'agir dans l'intérêt du malade.

En ce qui concerne les personnes en hospitalisation sur demande de la justice, la sortie ne peut être envisagée qu'après avis de deux psychiatres n'exerçant pas dans l'établissement et choisis par le préfet sur une liste d'experts.

Les personnes sous protection juridique pourront donc être hospitalisées dans le cadre de cette loi. Il s'agit néanmoins d'une hospitalisation particulière due à un état particulièrement grave du malade.

Les médecins qui traitent les malades hospitalisés sans leur consentement peuvent initier la mise en œuvre d'une mesure de protection juridique au cas où l'état du patient le requiert aux termes de l'article L. 3211-6 du CSP. Ils sont dans certains cas tenus de le faire (article L. 3211-6 alinéa 2 du CSP).

Les tuteurs ou les curateurs des majeurs protégés hospitalisés dans le cadre de la loi du 27 juin 1990 peuvent demander l'hospitalisation de la personne qu'il protège (article L. 3212-2 du CSP). Ils peuvent aussi se pourvoir, par simple requête, devant le président du tribunal de grande instance du lieu de la situation de l'établissement afin d'obtenir la sortie immédiate de la personne hospitalisée. Le juge statue en la forme des référés après débat contradictoire et après les vérifications nécessaires (article L. 3211-12 du CSP).

La loi du 4 mars 2002 renforce les droits des commissions départementales des hospitalisations psychiatriques (CDHP) chargées de garantir le respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes hospitalisées pour troubles mentaux, et plus particulièrement de celles hospitalisées sans leur consentement. Elles auront désormais accès aux informations d'ordre médical.

Les majeurs protégés peuvent-ils réellement être hospitalisés avec leur consentement ? Quelle est la valeur que les textes apportent à ce type de consentement ? Ces réponses sont actuellement en mutation.

2.1.2 L'exercice du droit à l'information et au consentement aux soins par le majeur protégé hospitalisé est encore en construction

Les droits des personnes hospitalisées ont été définis progressivement et ne datent pas de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Déjà, l'arrêt "Teyssier" du 28 janvier 1942 rendu par la Cour de cassation reconnaissait pour la première fois la notion de droit du malade et affirmait le principe du respect du consentement préalable du malade à des examens ou à la mise en place d'une thérapeutique.

L'information et le consentement aux soins des patients sont des droits fondamentaux qui ont été définis par différents textes :

- la loi n°91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière consacre le droit à l'information : *« les établissements de santé, publics ou privés, sont tenus de communiquer aux personnes recevant ou ayant reçu des soins, sur leur demande et par l'intermédiaire du praticien qu'elles désignent, les informations médicales contenues dans leur dossier médical »* ;
- le Code de déontologie médicale précise : *« Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension »* (article 35). De plus, *« le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas »* (article 36).

L'article 42 du même Code précise pour les mineurs ou majeurs protégés : « *Un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement* » ;

- le Code civil : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* » (article 16-3 et 16-1) ;
- la charte du patient hospitalisé, titre IV : « *aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement du patient, hors le cas où son état rend nécessaire cet acte auquel il n'est pas à même de consentir* ».

Les articles L 1111-1 à 7 du Code de la santé publique introduits par la loi du 4 mars 2002 définissent la responsabilité que souhaitent prendre les personnes malades à l'égard de leur santé : une relation plus équilibrée doit s'établir afin de **permettre au malade d'exprimer sa volonté** tout au long du processus de soin, **compte tenu des informations** que lui donnent les professionnels de santé et des choix qu'ils préconisent, et de respecter sa décision. La loi de 2002 précise que les patients ont le droit d'accéder à l'ensemble des informations les concernant et leur reconnaît le droit de prendre les grandes décisions qui touchent à leur propre santé. En cas de litige, c'est désormais au professionnel ou à l'établissement de santé de prouver qu'il a bien communiqué l'information au malade. Enfin, l'examen d'une personne dans le cadre d'un enseignement clinique nécessite aussi son consentement.

Le droit au refus d'être informé existe aussi, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission, par exemple infectieuse ou génétique (voir la Convention européenne sur les droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997 ; l'article 35 du Code de déontologie médicale : "(....) *un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans le cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination*").

Lorsqu'un majeur est placé sous un régime de protection juridique, on doit s'interroger sur les droits qu'il peut exercer concernant sa santé. En effet, on sait que le régime de protection des majeurs était à l'origine dédié aux décisions d'ordre patrimonial et que, progressivement, les représentants légaux ont dû prendre des mesures relatives à la santé des personnes qu'ils protégeaient.

L'article 490-1 du Code civil dispose que « *Les modalités du traitement médical, notamment quant au choix entre l'hospitalisation et les soins à domicile, sont indépendantes du régime de protection appliqué aux intérêts civils. Réciproquement, le régime applicable aux intérêts civils est indépendant du traitement médical.* » Ainsi, il n'y a pas de corrélation directe entre l'état médical d'une personne et les mesures de protection juridique à mettre en œuvre (contrairement à ce qui pouvait exister avec la loi de 1838).

Mais, une fois la mesure de protection mise en place, il faut s'interroger sur la part de responsabilité du patient dans le domaine de sa santé.

L'information et le consentement aux soins des majeurs protégés posent la délicate question de l'autonomie de ces personnes. Sont-elles aptes à comprendre les informations données par les équipes médicales ? Peuvent-elles prendre les décisions les plus adaptées à leur situation ? Peuvent-elles décider seules de leur traitement ? Peuvent-elles refuser un traitement ?

La loi du 4 mars 2002 prend en compte la situation particulière des personnes hors d'état d'exprimer leur consentement aux soins et notamment des **majeurs sous tutelle**. Ils doivent recevoir une information sur leur état de santé et participer à la décision d'une manière adaptée à leurs facultés de discernement.

Le tuteur doit toujours recevoir une complète information (article L. 1111-2 du Code de la santé publique).

Le consentement de la personne sous tutelle doit être systématiquement recherché si elle est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision concernant sa santé. Dans le cas où le refus du tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur sous tutelle, « *le médecin délivre les soins indispensables* » (article L. 1111-4 du Code de la santé publique). On peut regretter que cette disposition soit spécifique aux personnes placées sous tutelle car la situation peut se présenter en cas de refus de consentir à un acte grave par un curateur.

Les majeurs placés sous sauvegarde de justice ou sous curatelle ne voient pas leur situation détaillée quant à la délivrance d'information médicale ou à leur consentement aux soins. Ce manque est préjudiciable pour les professionnels de santé qui ne savent parfois plus à qui s'adresser : patient, famille, représentant légal ?

La désignation d'une personne de confiance par le majeur protégé pour recevoir l'information est impossible. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci aux termes de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique.

Ainsi, aucun texte relatif aux questions de santé courante des majeurs protégés n'existe actuellement. On estime que c'est le droit commun du régime des incapacités qui doit s'appliquer (même si celui-ci était à l'origine dédié aux décisions d'ordre patrimonial).

Certaines dispositions particulières sont néanmoins définies dans le Code de la santé publique et la loi du 5 mars 2007 introduit les concepts d'acte « *dont la nature implique un*

consentement strictement personnel » et d'acte « relatif à la personne », ce qui devrait recouvrir, à terme, les décisions en matière de santé.

2.2 Les règles spécifiques définies dans le Code de la santé publique prévoient des procédures particulières pour les majeurs protégés

Les différents articles du Code de la santé publique cités dans cette partie figurent en annexes.

Le Code de la santé publique décrit quelques dispositions propres aux personnes protégées hospitalisées. Chaque situation requiert une procédure spécifique, ce qui rend la prise en charge sanitaire des personnes protégées particulièrement complexe. Les corps médicaux et soignants doivent être informés de ces dispositions législatives afin de respecter les droits des personnes protégées. L'hôpital doit donc former ses personnels et établir des procédures adaptées.

Avant tout, l'hôpital doit pouvoir informer les équipes médicales et paramédicales du statut juridique du majeur hospitalisé.

L'article L 3212-11 du Code de la santé publique dispose que « *dans chaque établissement est tenu un registre sur lequel sont transcrits dans les vingt-quatre heures :*

- 1° Les nom, prénoms, profession, âge et domicile des personnes hospitalisées ;*
- 2° La date de l'hospitalisation ;*
- 3° Les nom, prénoms, profession et domicile de la personne ayant demandé l'hospitalisation ;*
- 4° Les certificats médicaux joints à la demande d'admission ;*
- 5° Le cas échéant, la **mention de la décision de mise sous tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice** ».*

Le recueil de cette information est une obligation pour l'hôpital qui devra la diffuser aux équipes médicales afin qu'elles puissent agir en conformité avec les dispositions du Code de la santé publique.

2.2.1 La stérilisation à visée contraceptive

Cette pratique requiert des précautions particulières puisqu'elle a pendant longtemps été réalisée sans l'accord des intéressés, voire à leur insu, et a été dénoncée récemment (refonte des dispositions juridiques par la loi du 4 juillet 2001).

Un avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 précise qu'une stérilisation par ligature des trompes de Fallope « *pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives est prohibée par l'article 16-3 du Code civil* », pour atteinte à l'intégrité du corps humain.

Désormais une loi régit ce type de situation.

Dans ce domaine, il faut distinguer les différents types de protection juridique.

Majeurs sous sauvegarde de justice

La stérilisation à visée contraceptive est possible selon le droit commun.

Majeurs sous curatelle et sous tutelle

La stérilisation à visée contraceptive est possible lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement.

L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, ses père et mère ou son représentant légal (article L. 2123-2 du Code de la santé publique).

Le juge doit entendre l'intéressé qui a reçu une information adaptée à son discernement. Le consentement de la personne concernée doit être recherché. Le juge ne peut passer outre le refus de l'intéressé ou la révocation de son consentement.

L'avis d'un comité d'experts, composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées, permet d'apprécier la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique (article R. 2123-6 du CSP).

2.2.2 Les prélèvements

A) Les prélèvements d'organes, de sang ou de ses composants

Le prélèvement d'organes sur le **majeur protégé vivant est interdit** dans tous les cas.

Sur le **majeur protégé décédé**, il faut distinguer selon le type de protection.

Majeurs sous sauvegarde de justice et sous curatelle

La loi ne fait mention que des majeurs sous tutelle alors qu'elle mentionnait auparavant « *les personnes faisant l'objet d'une mesure de protection légale* » (ancien article L. 1232-2 du CSP). Le changement de disposition législative est justifié par les parlementaires car les personnes sous curatelle et sous sauvegarde de justice sont présumées capables d'exprimer leur refus. Ainsi, pour les majeurs sous sauvegarde de justice et sous curatelle, le droit commun s'applique.

Majeurs sous tutelle

L'article L. 1232-2 du Code de la santé publique prévoit que le prélèvement d'organe sur le majeur sous tutelle décédé ne peut se faire que si le tuteur y consent par écrit.

Le prélèvement de sang ou de ses composants est interdit chez les majeurs protégés aux termes de l'article L. 1221-5 du Code de la santé publique. Il s'agit là encore de ne pas exploiter la situation de faiblesse dans laquelle se trouvent ces majeurs en leur imposant des prélèvements trop fréquents ou trop importants.

B) Le prélèvement de tissus et de cellules, la collecte de produits du corps humain

Le prélèvement de tissus et produits du corps humain est aussi interdit chez les majeurs protégés aux termes de l'article L. 1241-2 du Code de la santé publique.

Il existe deux dérogations à ce principe.

Le prélèvement de tissus et **cellules embryonnaires** est possible s'il a pour but de rechercher les causes de l'interruption de grossesse et à condition que la patiente protégée ait reçu l'information sur son droit de s'opposer à ce prélèvement (article L. 1241-5 alinéa 2 du CSP).

Concernant le prélèvement de **cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse**, on doit distinguer la situation des majeurs. Le prélèvement devra bénéficier au frère ou à la sœur du majeur protégé (article L. 1241-4 du CSP).

Majeurs sous tutelle

Le tuteur saisit, par simple requête, le juge des tutelles qui recueille obligatoirement l'avis du majeur placé sous tutelle et de son tuteur. Il recueille également l'avis motivé d'un

comité d'experts. Le juge des tutelles rend ensuite un jugement autorisant ou non ce prélèvement.

L'avis donné par le majeur placé sous tutelle ainsi que celui donné par son tuteur sont des avis obligatoires mais pas des avis conformes. Le juge des tutelles n'est donc pas lié par les avis. Toutefois, le refus du majeur placé sous tutelle empêche le prélèvement.

Majeurs sous sauvegarde de justice et sous curatelle

Le juge des tutelles, qui devra être obligatoirement saisi, recueillera le consentement du majeur qui aura été reconnu apte à donner son consentement. À défaut, le juge des tutelles devra procéder dans les mêmes conditions que pour le majeur sous tutelle.

À titre exceptionnel, le prélèvement pourra bénéficier à un cousin, une cousine germaine, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce de la personne sous curatelle ou sous sauvegarde de justice. Cette disposition n'existe pas pour le majeur sous tutelle. En outre, pour qu'un tel prélèvement puisse être effectué, le majeur doit avoir été reconnu apte à donner son consentement et le comité d'expert consulté aura vérifié que tous les moyens ont été mis en œuvre pour trouver un donneur majeur compatible en dehors du majeur sous protection légale.

2.2.3 Les recherches biomédicales

On entend par recherche biomédicale sur les personnes tout essai ou expérimentation organisé et pratiqué sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales. De telles pratiques doivent être strictement encadrées lorsqu'elles s'adressent à des personnes en situation de fragilité afin d'éviter toute dérive. Le Code de la santé publique définit les conditions requises pour que ces recherches soient pratiquées sur des majeurs protégés.

Il distingue selon le type de protection des majeurs.

Majeurs sous sauvegarde de justice

L'article L. 1122-2 II alinéa 3 du Code de la santé publique dispose qu'une personne faisant l'objet d'une mesure de sauvegarde de justice ne peut être sollicitée aux fins de participer à une recherche biomédicale.

Majeurs sous curatelle et sous tutelle

Les recherches biomédicales sur les majeurs sous curatelle et sous tutelle sont possibles sous certaines conditions.

L'article L. 1121-8 du Code de la santé publique dispose que ces majeurs « *ne peuvent être sollicités pour des recherches biomédicales que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur une autre catégorie de la population* ».

De plus, le même article prévoit une deuxième condition alternative :

- soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ;
- soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes placées dans la même situation. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal.

L'article L. 1122-2 du même Code rappelle qu'une « *information adaptée* » à la « *capacité de compréhension* » de ces majeurs doit être apportée, que leur « *adhésion personnelle* » est recherchée. De plus, on ne peut être passé outre leur refus ou la révocation de leur acceptation.

Une personne sous curatelle donne son consentement pour participer à une recherche biomédicale, tout en étant assisté de son curateur. Le juge des tutelles intervient pour vérifier l'aptitude à consentir du majeur si le comité de protection des personnes considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain. En cas d'incapacité du majeur sous curatelle à consentir, le juge prend la décision d'autoriser ou non la recherche biomédicale.

Pour les majeurs sous tutelle, l'autorisation de participer à une recherche biomédicale est donnée par son représentant légal. Le conseil de famille s'il a été institué, ou par le juge des tutelles à défaut intervient si le comité de protection des personnes considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain.

Ainsi, les majeurs sous sauvegarde de justice ne peuvent pas participer à une recherche biomédicale alors qu'ils conservent leur capacité juridique. Cela peut néanmoins s'expliquer par le fait que la mesure de sauvegarde est provisoire et peut recouvrir des cas de coma pour des personnes hospitalisées.

Les majeurs sous curatelle et sous tutelle sont particulièrement bien protégés : l'intervention d'un comité de protection des personnes et du juge des tutelles dans les cas les plus graves constitue une garantie contre d'éventuelles pratiques abusives.

2.2.4 L'examen des caractéristiques génétiques et l'assistance médicale à la procréation

A) L'examen des caractéristiques génétiques

L'examen des caractéristiques génétiques ne peut être entrepris qu'à des fins médicales. Il peut être pratiqué sur un majeur protégé.

L'article L. 1131-1 du CSP régit cet examen et renvoie au chapitre 3 du titre 1 du livre 1 du Code civil (articles 16-10 à 16-13 du Code civil).

L'article 16-10 alinéa 2 du Code civil dispose que « *le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment* ».

L'article L. 1131-1 du CSP prévoit cependant des dispositions particulières concernant l'information du patient protégé en cas d'anomalie génétique grave détectée.

Ainsi, l'alinéa 3 dudit article dispose que le « *médecin informe la personne ou son représentant légal* » des risques encourus en cas de non divulgation à la famille du diagnostic et remet un document relatif à cette information au représentant légal.

Le représentant légal peut choisir d'informer la famille par la procédure de l'information médicale à caractère familial.

Le rôle du représentant légal est particulièrement central dans cette situation. Il est informé et décide de la divulgation ou du silence à apporter à la suite d'un diagnostic d'anomalie génétique. Il s'agit d'une décision particulièrement grave et on peut se demander pourquoi le juge des tutelles ou l'intervention d'un comité *ad hoc* n'a pas été prévue dans ce cas.

La terminologie de « *représentant légal* » est relativement floue. Pour Madame Dreifuss-Netter⁵⁰, professeur agrégé à la faculté de droit de l'université Paris 5, cette expression est synonyme de « tuteur ». Peut-on alors interpréter ce terme d'une manière extensive et inclure le curateur ? Cette incertitude est particulièrement préjudiciable car elle touche à un domaine sensible et relatif au majeur protégé et à sa famille.

Une révision de cette disposition serait particulièrement utile.

⁵⁰ DREIFUSS-NETTER (F), « La notion d'incapacité en droit de la santé », Centre de documentation multimédia en droit médical, [en ligne], Université Paris 5, disponible sur Internet : <http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/>

De plus, le consentement du majeur protégé doit être préalablement recueilli. Or, il doit être recueilli par écrit : la personne protégée peut-elle écrire ? Comprend-elle les conséquences d'un tel examen ?

Si ce consentement ne peut pas être recueilli, le Code de la santé publique prévoit à l'alinéa 2 de l'article L. 1131-1 de consulter la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un de ses proches. Dans ce cas, l'examen doit être fait « *dans l'intérêt de la personne* ».

Dans certains cas, la personne protégée sur laquelle est pratiqué l'examen des caractéristiques génétiques sera totalement extérieure au processus de décision, ce qui paraît difficilement admissible.

B) L'assistance médicale à la procréation

L'article L. 2141-11 du CSP dispose qu'« *en vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation, toute personne peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de tissu germinal, avec son consentement et, le cas échéant, 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, lorsqu'une prise en charge médicale est susceptible d'altérer sa fertilité, ou lorsque sa fertilité risque d'être prématurément altérée* ».

Dans cette situation, seul le majeur sous tutelle est mentionné. On peut là encore déplorer l'absence de la mention des majeurs placés sous curatelle ou sous sauvegarde de justice.

2.2.5 Les dispositions sur la fin de vie

Le régime est le même pour les majeurs sous tutelle, curatelle et sauvegarde de justice.

A) Arrêt ou limitation du traitement susceptible de mettre la vie du patient en danger

Selon l'article L. 1111-4 alinéa 5 du Code de la santé publique, lorsqu'une personne n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté, le traitement peut être arrêté ou limité, avec pour conséquence la mise en danger de la vie du patient. Le médecin doit suivre une procédure collégiale et consulter la personne de confiance ou la famille ou à défaut, un des proches du patient et, le cas échéant, ses directives anticipées.

B) Malade en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable

Dans l'hypothèse où le malade en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable serait en mesure d'exprimer sa volonté, le médecin doit, conformément aux dispositions de l'article L. 1111-10 du Code de la santé publique, respecter la volonté du patient après l'avoir informé des conséquences de ses choix. La décision du patient est inscrite dans le dossier médical.

Dans le cas où le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, l'article L. 1111-13 du CSP prévoit que *« le médecin peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et consulté la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne. Sa décision, motivée, est inscrite dans le dossier médical »*.

L'article R. 4127-37 du même code précise que le médecin recueille en outre l'avis du tuteur, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation.

C) Directives anticipées

Le recours aux directives anticipées permet d'exprimer un refus ou de donner un avis avant que le majeur ne soit dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté.

L'article L. 1111-11 du Code de la santé publique dispose 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. À 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. »*

Cette disposition limite le recours au représentant légal pour des décisions particulièrement délicates liées au refus de soins et à la fin de vie.

Il n'y a pas de précisions relatives aux majeurs protégés dans le CSP. Ces derniers peuvent donc a priori rédiger de telles dispositions. Les directives anticipées n'ont qu'une valeur consultative et c'est sûrement ce qui explique la liberté de rédaction laissée aux majeurs protégés, le médecin assurant leur protection finale.

On peut toutefois s'interroger sur la multiplicité des intervenants pouvant prendre une décision médicale pour un majeur protégé. La famille, la personne de confiance, le tuteur ou le curateur seront amenés à se prononcer dans des situations très délicates. De plus, le majeur aura pu rédiger des directives anticipées dont on ne sait pas exactement si elles priment sur l'avis de ces intervenants.

En effet, les directives anticipées ne semblent pas jouer le même rôle selon les cas.

Les articles L. 1111-4 et L. 1111-13 du CSP placent ces directives au rang d'indices permettant au médecin de prendre la décision finale. Elles sont mises au même niveau que l'avis de la personne de confiance mais aussi de la famille ou des proches.

Cependant, dans l'hypothèse du majeur hors d'état de manifester sa volonté et en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable (article L. 1111-12 du CSP), les directives sont placées au premier rang, et priment sur l'opinion exprimée par la personne de confiance (*« Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause et hors d'état d'exprimer sa volonté, a désigné une personne de confiance en application de l'article L. 1111-6, l'avis de cette dernière, sauf urgence ou impossibilité, prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin »*).

Les dispositions du Code de la santé publique sont donc particulièrement complexes à concilier entre elles et avec les textes généraux (loi Kouchner, Code civil). Il faut aussi souligner un manque de cohérence de ce dispositif. En effet, dans des situations voisines, les textes particuliers accordent des prérogatives variables au tuteur, au curateur, au juge des tutelles et à des comités ad hoc.

Enfin, dans certains cas, des lacunes existent et se manifestent le plus souvent par l'oubli des majeurs sous curatelle et sous sauvegarde de justice.

La loi du 5 mars 2007 introduit les notions d'acte *« dont la nature implique un consentement strictement personnel »* et d'acte *« relatif à la personne »*. Ces deux types d'acte s'appliqueront aux décisions prises dans le domaine de la santé ; vont-ils pour autant résoudre les difficultés soulevées ?

2.3 La prise de décision du majeur protégé, lorsqu'il est hospitalisé, est redéfinie par la loi du 5 mars 2007 dans un objectif d'autonomisation de la personne

La loi du 5 mars 2007 n'uniformise pas le régime de la prise de décision des majeurs protégés en matière de santé.

Les dispositions spécifiques définies dans le Code de la santé publique sont maintenues. Le futur article 459-1 du Code civil est ainsi rédigé « *l'application de la présente sous-section ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal* ». Le nouveau régime ne s'appliquera donc qu'aux décisions médicales courantes.

On sait que l'objectif de la loi du 5 mars 2007 est de protéger autant la personne que son patrimoine. Des dispositions relatives à la personne du majeur ont donc été édictées et créent un "domaine réservé" en la matière.

L'autonomie laissée à la personne protégée entraîne toute une série d'interrogations sur l'actualisation de l'indépendance accordée au majeur et sur la pratique des professionnels de santé.

On peut enfin se demander si la réforme de 2007 est pertinente dans le domaine de la santé et si la construction d'un statut de personne vulnérable ne serait pas mieux à même de répondre aux difficultés de soigner des personnes présentant des facultés altérées.

2.3.1 La loi du 5 mars 2007 introduit les concepts d'acte « *dont la nature implique un consentement strictement personnel* » et d'acte « *relatif à la personne* » qui s'appliquent au domaine de la santé

Sans vouloir modifier le Code de la santé publique, la loi du 5 mars 2007 prévoit des dispositifs permettant au majeur protégé d'agir de façon autonome dans des domaines strictement liés à sa personne.

A) L'acte dont la nature implique un consentement strictement personnel

La loi introduit le concept d'acte « *dont la nature implique un consentement strictement personnel* » (futur article 458 du Code civil).

Ainsi sont réputés strictement personnels, aux termes du même article :

- 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 ;
- le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant.

Cette liste est-elle exhaustive ? L'absence de l'adverbe "notamment" laisse place au doute et on peut penser que le juge devra se prononcer sur cette question. S'il considérerait cette liste comme non exhaustive, il pourrait rattacher à cette catégorie des actes de soins pour lesquels l'incapable serait seul apte à consentir.

On peut penser que le juge mesurera avec beaucoup de prudence les actes qu'il voudra inclure dans cette liste. En effet, si un acte est défini comme impliquant un consentement strictement personnel, la personne protégée pourra le prendre seule sans l'assistance d'un tiers. Il faut donc que l'acte autorisé ne soit pas trop grave et ne porte pas préjudice à la personne qui obtient l'autorisation de le faire.

Le futur article 458 prévoit néanmoins que ce "domaine réservé" est soumis aux dispositions particulières prévues par la loi.

Le majeur protégé ne pourra donc agir seul que dans un cadre très limité, l'intervention du juge pourra étendre ce domaine dans la limite des lois existantes.

B) Les décisions relatives à la personne du majeur protégé

Le futur article 459 alinéa 1 du Code civil dispose que par principe les personnes protégées prennent seules les décisions relatives à leur personne, dans la mesure où leur état le permet.

Si la personne protégée en est incapable, l'intervention du juge ou du conseil de famille, s'il a été constitué, sera nécessaire.

Dans ce cas, elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou pour ceux énumérés par le juge ou le conseil de famille, de l'assistance de la personne chargée de sa protection.

Enfin, si une assistance du majeur protégé ne suffit pas, le tuteur pourra représenter l'intéressé (il faudra donc préalablement ouvrir une tutelle si celle-ci n'existait pas).

Même si une représentation du majeur s'avère nécessaire pour ce type de décision, la personne la représentant ne pourra pas agir, sauf urgence, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, si sa décision a pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée.

On voit que ce système à plusieurs détenteurs – agir seul puis être assisté et enfin être représenté - permet de retarder le moment où le majeur protégé n'agira plus seul ou en étant assisté.

Les actes relatifs à la personne du majeur jouissent donc d'un statut particulier et ne peuvent être pris par autrui qu'en ultime recours.

Le futur article 459-1 alinéa 2 du Code civil dispose que « *lorsque la mesure de protection a été confiée à une personne ou à un service préposé d'un établissement de santé (...), l'accomplissement des diligences et actes graves prévus par le Code de la santé publique qui touchent à la personne et dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État est subordonné à une autorisation spéciale du juge. Celui-ci peut décider, notamment s'il estime qu'il existe un conflit d'intérêts, d'en confier la charge au subrogé curateur ou au subrogé tuteur, s'il a été nommé, et, à défaut, à un curateur ou à un tuteur ad hoc* ».

Ainsi, lorsqu'un majeur voit sa protection juridique administrée au sein de l'établissement dans lequel il est soigné, la participation du juge pour les actes les plus graves sera requise et garantira le bien fondé des décisions médicales envisagées. Le juge devra donc apprécier le degré d'indépendance du préposé représentant le majeur.

En définitive, peut-on parler de tutelle à la personne ? Le recours au tiers pour les décisions relatives à la personne du majeur n'est que subsidiaire. Pour les magistrats Fossier et Verheyde⁵¹, on ne peut parler de tutelle à la personne. La loi n'est pas naïve et prévoit les cas où le majeur ne peut réellement plus agir seul, même dans le champ de décision personnelle.

Là encore, la question de la définition de la « *décision relative à la personne du majeur* » se posera car, dans le cadre de cet article, aucune liste d'actes prédéfinis n'a été établie. Le juge devra donc se prononcer sur des situations particulières mais il semble que toutes les décisions en matière de santé courante pourront entrer dans ce dispositif.

Ainsi, on voit que ce texte vise à définir, pour chaque majeur protégé, son champ décisionnel individuellement apprécié pour les actes relatifs à sa personne.

⁵¹ FOSSIER (T), VERHEYDE (T), « La réforme des tutelles, la protection de la personne », in Actualité juridique famille, n°4/2007, pp. 160 à 164

2.3.2 Le système de personnalisation des décisions visant à l'autonomisation des majeurs protégés en matière personnelle doit être constamment réactualisé pour ne pas devenir inapproprié et doit être diffusé afin d'être respecté

L'évolution de l'état de la personne protégée peut entraîner des difficultés.

En effet, le majeur protégé peut exécuter seul des actes relatifs à sa personne alors que son état se dégrade et qu'il aurait besoin de l'intervention de son représentant légal.

Des situations liées à l'évolution de l'état du majeur ou à la survenue d'une maladie peuvent être problématiques.

Ainsi, le risque de refus de soins courants par un majeur protégé, qui jusqu'alors se soignait parfaitement bien seul, peut entraîner de graves conséquences sur la santé de ce dernier.

L'entourage du majeur protégé devra donc être vigilant et signaler toutes les situations risquant de mettre le majeur en danger.

L'adaptation des décisions que le majeur pourra prendre seul en matière de santé devra donc être réellement effective.

La personnalisation des décisions implique que le majeur pourra soit prendre seul des décisions relatives à sa personne, soit être assisté, soit être représenté. Cela suppose une information correcte des professionnels de santé.

En effet, ces derniers devront d'abord s'enquérir des pouvoirs laissés à la personne protégée, des décisions requérant l'assistance du curateur ou du tuteur ou enfin des cas où le majeur est représenté par son tuteur.

De plus, pour les décisions ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée, la personne chargée de la protection du majeur devra avoir obtenu l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué.

Les professionnels de santé sont donc devant un imbroglio de mesures juridiques lorsqu'ils soignent des majeurs protégés puisqu'il faut rappeler que toutes les dispositions particulières définies dans le Code de la santé publique demeurent. Cette protection des majeurs ainsi redéfinie dans le domaine de la santé ne va-t-elle pas à l'encontre de l'action médicale ?

Un médecin soignant un majeur protégé peut en effet avoir des difficultés à trouver l'interlocuteur qui prendra la décision médicale.

On peut donc se demander si, aujourd'hui plus qu'hier, les droits des personnes protégées en matière de prise de décision concernant leur santé ne sont pas un peu plus menacés.

En effet, laisser le majeur protégé libre d'agir seul est risqué et requiert une évaluation régulière de ses capacités. La solution de facilité serait de décider que le majeur a besoin de l'assistance de son représentant pour agir dans le domaine de sa santé. Les professionnels de santé seraient rassurés et le juge n'aurait pas à réévaluer fréquemment la situation du majeur.

Mais, ce scénario va à l'encontre de l'objectif fixé par les rédacteurs de la loi du 5 mars 2007. On verra dans la pratique comment les décisions en matière de santé seront prises et quelle sera la part d'autonomie laissée au majeur protégé.

2.3.3 La construction du statut de personne vulnérable permettrait une meilleure prise en charge sanitaire des personnes présentant des facultés altérées

La loi du 5 mars 2007 est-elle suffisante ? Répond-elle de manière satisfaisante aux besoins des majeurs protégés dans le domaine de la santé ?

Même si des dispositions particulières ont été prises afin de garantir une certaine autonomie des personnes quant aux décisions relatives à leur santé, on peut néanmoins déplorer un manque de cohérence entre toutes les dispositions juridiques existant aujourd'hui en la matière. Les textes du Code de la santé publique sont difficiles à concilier entre eux et avec les dispositions plus générales en matière d'incapacité des majeurs.

La loi a bien précisé que les articles du Code de la santé publique propres aux majeurs protégés continuaient à s'appliquer.

On peut penser qu'une réécriture globale de ces dispositions était impossible dans le cadre de la réforme de 2007 qui a par ailleurs modifié un grand nombre d'articles du Code civil et du CASF.

Pourtant, on a vu qu'une uniformisation des pratiques relatives à la prise en charge médicale des patients protégés serait très utile et permettrait une meilleure protection de ces derniers.

Il est donc possible de concevoir une opération de révision des textes du Code de la santé publique.

La définition juridique du "*majeur vulnérable*" pourrait apporter une réponse globale aux difficultés rencontrées aujourd'hui par les professionnels de santé. Elle engloberait les personnes protégées mais aussi les personnes présentant des troubles dans l'exercice de leur faculté et qui ne seraient pas protégées juridiquement. Ce statut permettrait de régler, au plan légal, des situations quotidiennes auxquelles sont confrontées les personnes qui

sont, dans notre droit positif, hors de toute protection légale et sans entourage familial (personnes âgées, personnes handicapées notamment).

L'article 223-15-2 du Code pénal définit ainsi la notion d'état de faiblesse qui s'apparente à la personne d'une « *particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse* »

Il serait donc possible de calquer ce statut sur la définition proposée dans le Code pénal.

Il faudrait donc une définition précise du majeur vulnérable afin de ne pas inclure de façon automatique certaines catégories de personnes. La difficulté de l'élaboration de ce statut repose sur le fait qu'il nécessite une appréciation *in concreto* de chaque situation. Il permettrait néanmoins aux professionnels de santé soignant des personnes particulièrement fragiles d'agir avec le soutien d'un tiers.

On voit donc que le statut de "*majeur vulnérable*" ne résoudrait pas toutes les difficultés mais permettrait de prendre en considération de nombreux cas de patients.

Il semble que la priorité est à la réécriture des dispositions particulières du Code de la santé publique dans le sens d'une uniformisation des situations des majeurs protégés (parfaitement identifiables) avant d'envisager la création d'un statut de majeur vulnérable.

Les droits et libertés des majeurs protégés dans le domaine de la santé ont été étendus par la loi du 5 mars 2007. Celle-ci vise à protéger la personne dans le respect d'une certaine autonomie accordée aux majeurs. Malgré des dispositions prises dans cet objectif, on ne peut que déplorer les incohérences et les lacunes de certaines dispositions du Code de la santé publique qui sont maintenues.

La refonte de ces textes ainsi que la construction d'un statut de majeur vulnérable pourraient apporter des améliorations quant à la prise en charge sanitaire des majeurs protégés.

2.4 Le service des tutelles au sein de l'hôpital public gère les situations quotidiennes des patients protégés et pourrait devenir référent dans la protection de ces personnes

La loi du 5 mars 2007 a pour objectif de donner au majeur protégé le plus d'autonomie possible, en lien avec ses capacités. Dans le domaine de la santé, de nombreuses décisions qui étaient auparavant prises par le représentant légal de l'"*incapable*" appartiennent désormais au majeur protégé.

L'exercice de ces nouveaux droits au sein d'un établissement public de santé devra être garanti. L'hôpital doit donc mettre en œuvre les moyens nécessaires à ce nouveau dispositif.

L'hôpital public accueille des patients protégés et peut disposer d'un service des tutelles, le plus souvent lié au service des admissions.

La création d'un tel service repose sur le décret n°69-195 du 15 février 1969 pris en application de l'article 499 du Code civil.

Les agents du service des tutelles sont amenés à agir au quotidien pour les patients protégés en effectuant des démarches de gestion.

Avec la loi du 5 mars 2007, ces agents devront être formés pour bénéficier d'un nouveau statut. De plus, la loi pourrait être un levier de changement et transformer le service des tutelles classique en un organe pivot de référence quant aux procédures à appliquer dans le processus de soins et être référent au niveau territorial en regroupant divers services des tutelles des établissements environnants.

2.4.1 Le cadre juridique des services des tutelles au sein des hôpitaux publics

Déjà, la loi du 30 juin 1838 disposait, dans son article 31 que « *les commissions administratives ou de surveillance des hospices ou établissements publics d'aliénés exerceront, à l'égard des personnes non interdites qui y seront placées, les fonctions d'administrateurs provisoires* ».

Dans ces commissions, un membre était désigné administrateur et devait procéder « *au recouvrement des sommes dues à la personne placée dans l'établissement, et à l'acquittement de ses dettes* » Elle pouvait aussi passer « *des baux qui ne pourront excéder trois ans, et (...) même, en vertu d'une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal civil, faire vendre le mobilier* ».

Les pouvoirs de l'administrateur étaient donc étendus mais sous le contrôle du juge pour les actes les plus graves.

L'argent des majeurs hospitalisés était confondu avec le budget de l'hôpital puisqu'il était prévu que « *les sommes provenant, soit de la vente, soit des autres recouvrements, seront versées directement dans la caisse de l'établissement, et seront employées, s'il y a lieu, au profit de la personne placée dans l'établissement* ».

La protection du patrimoine des majeurs incapables était partiellement assurée : leur revenu ne leur était attribué qu'en cas de besoin ; à défaut, les sommes entraient dans les ressources de l'hôpital.

La loi du 3 janvier 1968 organise aussi la gestion du patrimoine des patients. L'article 499 du Code civil dispose que « *Si, eu égard à la consistance des biens à gérer, le juge des tutelles constate l'inutilité de la constitution complète d'une tutelle, il peut se borner à désigner comme gérant de la tutelle, sans subrogé tuteur ni conseil de famille, soit un préposé appartenant au personnel administratif de l'établissement de traitement, soit un administrateur spécial, choisis dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'État* ».

L'intervention d'un agent de l'hôpital est donc subordonnée à la faiblesse du patrimoine du patient.

C'est le juge des tutelles qui appréciera ce critère aux termes d'un arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la cour de Cassation du 10 octobre 1984.

Le décret n°69-195 du 15 février 1969, pris en application de l'article 499 du code civil énonce dans son article 1^{er} que « *les établissements d'hospitalisation, de soins ou de cure publics ou privés choisissent parmi leurs préposés la personne la plus qualifiée pour être désignée, le cas échéant, comme gérant de la tutelle* ».

Le répertoire de métiers de la fonction publique hospitalière décrit le gérant de tutelle comme le professionnel devant assister ou représenter la personne protégée, dans tous ses actes de la vie civile, en respectant sa volonté et en recherchant son consentement chaque fois que possible.

La formation de ces agents, instaurée par un arrêté du 28 octobre 1988, n'a pas un caractère obligatoire. Elle a pour objet de développer les connaissances juridiques, comptables et patrimoniales nécessaires à la gestion d'une mesure de protection ainsi que de fournir les éléments d'analyse des situations personnelles des personnes protégées.

Cette formation s'étend sur 300 heures et comporte deux modules relatifs à :

- la protection juridique des majeurs protégés et la gestion des biens,
- la connaissance des majeurs protégés et de leur environnement.

Des allègements peuvent être accordés au vu des formations suivies et des compétences acquises par les stagiaires.

A l'issue de la formation, sur proposition du responsable pédagogique du centre de formation agréé, une attestation est délivrée par une commission de validation dont les membres sont désignés par le préfet de région.

Cette validation est prononcée sur la base d'un dossier mentionnant :

- le parcours du stagiaire et les allègements éventuellement obtenus,
- les travaux personnels effectués pendant la formation,

- les résultats aux contrôles de connaissances.

La rémunération des gérants de tutelle est prévue par le décret n° 69-195 du 15 février 1969.

Le gérant perçoit des émoluments dont le barème est fixé par arrêté interministériel, prélevés sur le revenu du majeur, et versés à la caisse de l'hôpital puis répartis entre l'hôpital et le gérant de tutelle⁵².

En pratique, le directeur d'hôpital choisit librement le gérant de tutelle. Il doit soumettre sa nomination, au juge des tutelles. L'agent désigné doit de préférence être titulaire et appartenir au personnel administratif de l'établissement.

La loi du 5 mars 2007 crée un statut unique de mandataire judiciaire à la protection des majeurs pour toutes les mesures assurées en dehors du cadre familial.

De plus, le nouvel article L. 472-5 du CASF dispose que *« lorsqu'ils sont publics, les établissements mentionnés aux 6° et 7° du I de l'article L. 312-1 qui hébergent des personnes adultes handicapées ou des personnes âgées et dont la capacité d'accueil est supérieure à un seuil fixé par décret sont tenus de désigner un ou plusieurs agents comme mandataires judiciaires à la protection des majeurs pour exercer les mesures ordonnées par l'autorité judiciaire au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire »*.

Il y aura désormais une obligation pour les directeurs d'établissement de créer des services des tutelles au-delà d'une certaine capacité d'accueil. Ils pourront néanmoins confier l'exercice de ces mesures de protection à un service spécialisé ou recourir, par convention, aux prestations d'un autre établissement (article L. 472-5 alinéa 2 et 3 du CASF).

Les agents devront être obligatoirement formés et agréés, ce qui suppose une anticipation des établissements de santé. De plus, ces derniers doivent assurer l'indépendance des agents qui travailleront au sein des services des tutelles aux termes de l'article L. 472-6 du CASF.

La désignation des agents MJPM sera soumise à déclaration préalable auprès du représentant de l'État dans le département qui informera le procureur de la République. Toute modification dans l'identité de ces agents donnera lieu aux mêmes procédures.

⁵² Voir le détail sur le financement : § 1.2.3, A)

Les établissements de santé disposant de préposés désignés comme gérants de tutelle ont un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du décret d'application relatif à l'article L. 472-6 du CASF et au plus tard le 1er janvier 2011 pour mettre en place la réforme.

Le financement des services des tutelles hospitaliers reposera sur une dotation globale (déduction faite des prélèvements opérés par ces services sur les ressources du majeur protégé) incluse dans la dotation annuelle de financement selon l'article L. 361-1 II du CASF. Son montant sera déterminé en fonction « *d'indicateurs liés, en particulier, à la charge de travail des mesures de protection* ». Pour certains juristes, ce type de financement se rapproche du système de la tarification à l'activité. Là encore, les établissements de santé devront mettre en œuvre des outils qui permettront aux services de mesurer de façon fine leur charge de travail.

Le suivi budgétaire devra aussi être particulièrement rigoureux. L'article L. 361-1 III du CASF dispose que « *les charges d'exploitation ainsi que les prélèvements sur les ressources du majeur protégé, réalisés en application de l'article L. 471-5, sont budgétés et retracés dans le budget ou l'état de recettes et de dépenses : « 2° Des établissements de santé, publics ou privés, mentionnés aux a, b et c de l'article L. 162-22-6 du code de la sécurité sociale, qui dispensent les soins mentionnés au 2° de l'article L. 6111-2 du code de la santé publique et gèrent des services mentionnés au 14° du I de l'article L. 312-1 du présent code* ».

Là encore, les services des tutelles devront revoir leurs anciennes pratiques en termes de traçabilité de leurs opérations financières.

Au quotidien, les services des tutelles gèrent le patrimoine, souvent modeste, des patients.

2.4.2 La gestion quotidienne du patrimoine des patients par les services des tutelles

Le service de tutelle est chargé de la gestion courante des biens des patients hospitalisés : perception de revenu fixe, achat de biens de première nécessité, gestion des loisirs...

L'article 500 du code civil dispose que « le gérant de la tutelle perçoit les revenus de la personne protégée et les applique à l'entretien et au traitement de celle-ci, ainsi qu'à l'acquittement des obligations alimentaires dont elle pourrait être tenue. S'il y a un excédent, il le verse à un compte qu'il doit faire ouvrir chez un dépositaire agréé. Chaque année, il rend compte de sa gestion directement au greffier en chef du tribunal d'instance, sans préjudice de la faculté pour le juge de demander à tout moment au greffier en chef que le compte de gestion lui soit communiqué et que la reddition de celui-ci lui soit directement adressée.

Si d'autres actes deviennent nécessaires, il saisit le juge, qui pourra, soit l'autoriser à les faire, soit décider de constituer la tutelle complètement. »

Le gérant de tutelle agit donc dans un cadre limité. Il ne peut pas prendre d'initiative pour des actes graves sans l'autorisation du juge des tutelles.

Au sein d'un établissement de santé, le service des tutelles assure également toute la gestion du volet social des dossiers (suivi médical avec l'assurance maladie et les mutuelles, demandes et renouvellements d'aide sociale, d'APA, constitution des dossiers de retraite) des patients sous sa protection.

Les agents sont amenés à se déplacer dans le service d'accueil du majeur nouvellement protégé pour lui expliquer la teneur de la mesure et le fonctionnement du service des tutelles.

De plus, le service des tutelles intervient auprès des services de soins afin de les sensibiliser à la gestion des biens des protégés (renouvellement périodique des vêtements par exemple), et délivre les autorisations pour les achats et les projets demandés par les services.

Il peut aussi accueillir dans ses locaux les patients. Ces contacts permettent l'étude des divers projets : transferts pour les vacances, sorties ponctuelles, achats de vêtements et de linge de corps, élaboration de budgets individuels. En général, il existe des procédures internes à chaque établissement de santé pour effectuer ces projets. Des bons de commande ou des formulaires sont souvent utilisés afin de contrôler les mouvements de fonds des majeurs protégés. Certaines pratiques peuvent conduire à une grande rigueur et à un manque d'autonomie pour le patient.

L'esprit de la loi de 2007 vise à améliorer l'autonomie des majeurs et on peut penser que certains usages devront être modifiés.

Le service des tutelles peut effectuer des démarches à l'extérieur de l'établissement :

- inventaires au domicile des majeurs protégés ;
- ventes immobilières ;
- acceptations de succession ;

- clôtures d'inventaire ;
- états des lieux de sortie ;
- dépôts de plaintes auprès de la police ;
- convocations au tribunal ;
- démarches auprès des établissements financiers pour les ouvertures de compte et les souscriptions à des placements financiers.

Le service est aussi en lien avec les représentants légaux des patients hospitalisés dont la protection juridique est gérée en dehors de l'établissement.

2.4.3 La modernisation des services des tutelles en organe de référence de la prise en charge des patients protégés

On a vu que les services des tutelles des établissements de santé vont devoir se moderniser avec la mise en œuvre de la réforme de la protection juridique des majeurs. La loi du 5 mars 2007 est donc un levier de changement dans ces services.

Les agents administratifs, devenus mandataires judiciaires à la protection des majeurs, pourraient devenir des référents, au sein de l'établissement de santé, de la prise en charge des patients protégés.

Ils pourraient ainsi former eux-mêmes le personnel soignant sur les différents types de problématiques soulevées lors de l'entrée d'un tel patient dans leur service :

- étendue de l'autonomie qui leur est accordée en matière de décision personnelle ;
- information sur les dispositions particulières du Code de la santé publique ;
- précision sur les informations et le consentement aux soins de ces patients ;
- procédures à suivre pour la gestion courante du patrimoine lorsque le service des tutelles protège directement le patient.

Les MJPM pourraient aussi être des interlocuteurs privilégiés des familles des patients protégés. Les questions relatives à l'autonomie dans la prise de décision du majeur en matière médicale, à la désignation de la personne de confiance, au respect des directives anticipées, au placement en établissement pourraient être abordées dans ce service.

De même, les agents du service des tutelles pourraient travailler en concertation avec les associations tutélaires assurant la protection de certains patients ou résidents de l'établissement en vue d'échanger sur leur méthode de travail.

Les établissements de santé ne pourront plus se désintéresser des patients protégés puisqu'ils seront dans l'obligation de créer un service des tutelles ou de confier l'exercice des mesures à un service adapté.

Afin de constituer un pôle de référence sur la protection des majeurs hospitalisés, l'établissement de santé devra développer une politique de communication en vue de prendre en charge des mesures de patients hospitalisés dans des établissements de proximité. Ainsi, le nombre de dossiers traités pourrait permettre de toucher une dotation globale conséquente et de constituer une équipe de professionnels particulièrement compétente.

Conclusion

L'hospitalisation des majeurs protégés est donc encadrée par une série de textes juridiques qui s'articulent entre eux.

La réforme apportée par la loi du 5 mars 2007 ne répond pas à toutes les interrogations relatives à la prise en charge sanitaire de ces patients. En effet, les textes spécifiques du Code de la santé publique sont maintenus. Or, ces derniers n'imposent pas une procédure uniforme dans les domaines où l'intervention d'un représentant légal est prévue.

La volonté d'autonomiser la personne protégée, en définissant un "domaine réservé" de prise de décision pour les actes « *dont la nature implique un consentement strictement personnel* » ainsi que ceux « *relatifs à la personne* », pose aussi la question de son application concrète. Dans quelle mesure un juge des tutelles va-t-il individualiser la mesure de protection qui devra être révisée tous les cinq ans ? Comment les médecins vont-ils prendre en compte le degré d'autonomie défini dans chaque mesure de protection ?

La loi de 2007 crée aussi le mandat de protection future qui permet à tous d'anticiper sa propre incapacité ou qui organise la prise en charge d'un enfant handicapé une fois ses parents décédés ou incapables.

Là encore, l'établissement de santé devra prendre en compte la volonté exprimée dans ce type de mandat par le patient ou par sa famille.

De la même façon, les professionnels de santé permettent aux patients d'exercer les droits définis par la loi du 4 mars 2002. Ainsi, les personnes placées sous tutelle doivent recevoir une information sur leur état de santé et participer à la décision d'une manière adaptée à leurs facultés de discernement.

Pour les majeurs placés sous curatelle ou sous sauvegarde de justice, la loi de 2002 reste silencieuse.

De plus, on sait qu'une personne de confiance peut être désignée et intervenir si le choix du majeur protégé est confirmé par le juge des tutelles. De même, des directives anticipées peuvent avoir été rédigées par toute personne majeure.

L'intervention d'un tiers dans la prise de décision médicale est donc certaine mais la difficulté pour les professionnels de santé est de le désigner précisément. En définitive, l'enjeu est de savoir qui va prendre cette décision médicale : le représentant légal, le juge des tutelles, la personne de confiance, le majeur via le contenu du mandat de protection future ou des directives anticipées, le médecin... ?

L'apport des différents décrets d'application et la jurisprudence apporteront des réponses à ces difficultés d'articulation entre les textes.

La réécriture des articles du Code de la santé publique pourrait être un premier pas vers la création du statut du majeur protégé hospitalisé.

Mais, la création à terme d'un statut de personne vulnérable ne répondrait-elle pas mieux aux problématiques rencontrées par les professionnels de santé dans leur pratique quotidienne ? Même si la définition d'une telle catégorie peut paraître complexe, celle-ci engloberait non seulement les personnes actuellement protégées par la loi mais aussi les individus isolés et dont les facultés de discernement sont atteintes.

Il reste que ce statut uniforme irait à l'encontre de l'individualisation des mesures de protection des majeurs.

Le choix entre la simplicité d'un statut unique et la géométrie variable actuellement à l'œuvre est à ce prix.

En définitive, la réforme de la protection des majeurs remet en cause la prise en charge, par les établissements de santé, des patients protégés.

Désormais, le champ de la santé est un domaine particulier dans lequel les droits des personnes protégées sont individualisés (mesure individualisée, mandat de protection future, acte relatif à la personne...).

L'équipe de direction devra accompagner cette réforme en formant le personnel, en rédigeant des procédures, en réorganisant le service des admissions et des tutelles s'il existe.

La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs lance ainsi un défi à l'hôpital public, tant en termes d'amélioration de la qualité que d'accompagnement au changement.

Bibliographie

Ouvrages

BENDALI (L), TOPALOV (N), 2005, *La France des incapables, 700 000 citoyens sous tutelle ou curatelle*, Paris : Le Cherche Midi, 243 p.

BIHR (P), 2004, *Droit civil général*, 15^e édition, Paris : Dalloz, 286 p.

CARBONNIER (J), 2000, *Droit civil : les personnes*, Paris : Presses universitaires de France

DERENNE (O), PONCHON (F), 2005, *L'usager et le monde hospitalier, 50 fiches pour comprendre*, ENSP

DUPONT (M), ESPER (C), PAIRE (C), 2005, *Droit hospitalier*, Paris : Dalloz, pp.622 à 632

SASSIER (M), FOSSIER (T), NOGUES (H) et al., 2000, *L'avenir des tutelles : analyse, fondements et perspectives*, Paris : Dunod, 246 p.

Rapports publics

BLONDEL (J), HARDY (J-P), *La réforme du dispositif de protection juridique des majeurs, Groupe de travail sur le financement*, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées, 2003

BLONDEL (J), *Bilan de l'expérimentation des dotations globales de financement*, Rapport au Parlement, 2005

BOUTARIC (R), *Réformer les tutelles*, Conseil économique et social, 2006

CARREZ (G), *Rapport de la Cour des comptes sur les tutelles et les curatelles*, annexé au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2007

FAVARD (J), *Rapport du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs*, mai 2000

de FOUCAULD (J-B), TREMOIS (M), *Rapport d'enquête sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs*, Inspection générale des finances, Inspection générale des services judiciaires, Inspection générale des affaires sociales, 1998

VOISIN (J), ANGHELOU (D), *La réforme de la protection juridique des majeurs, Groupe de travail sur l'évaluation médico-sociale*, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées, 2003

de RICHEMONT (H), *Rapport sur le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Sénat, 7 février 2007

La vie avec un handicap, Rapport public thématique, Cour des comptes, 1^{er} juillet 2003

Sénat français – Service des études juridiques. La protection juridique des majeurs. Étude de législation comparée n° 148, juin 2005

Guides

ASSOCIATION AMBROISE CROIZAT, DONAS (Y), 1993, « Le droit des handicapés. De l'exclusion à l'insertion ! » in *Guide des handicapés*, VO Éditions, septembre 1993

CAISSE D'EPARGNE, *Le tuteur familial, Comment assurer la protection d'un membre de sa famille ou d'un proche*, Guide conseil de la Caisse d'Epargne, disponible sur Internet : http://www.caisse-epargne.fr/asp/getdoc.aspx?np=Guide_tutelle

CAMBERLEIN (P), 2001, *Guide juridique et administratif de l'action sociale et médico-sociale*, Paris : Dunod, 441 p.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Les majeurs protégés* [en ligne], Guide de la Justice, disponible sur Internet : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Guide_tutelle_2006.pdf

Articles

BERTHIAU (D), avril 2007, « Nouvelle législation de la protection juridique, la personne âgée protégée selon la loi du 5 mars 2007 », in *Hôpitaux Magazine*, pp. 35-38

BERTHIAU (D), « Le principe d'autonomie en droit », Centre de documentation multimédia en droit médical [en ligne], Université Paris 5, disponible sur Internet : <http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/>

CORMIER (M), septembre 2002, « Les droits des malades dans la loi du 4 mars 2002 », in *ADSP*, n°40

CHINO (H), novembre 2003, « Deux perspectives historiques du traitement du patrimoine de l'incapable majeur : du droit romain à la common law » [en ligne], Université Panthéon Assas, disponible sur Internet : <http://www.erie.asso.fr/erie%20Mesures%20de%20Protection.htm>

DIKÖTTER (F), RENZONG (Q), 1999, « La loi chinoise est-elle eugénique ? », *Le Courrier de l'Unesco*, [en ligne], disponible sur Internet : http://www.unesco.org/courier/1999_09/fr/_dossier/intro07.htm

DREIFUSS-NETTER (F), « La notion d'incapacité en droit de la santé », Centre de documentation multimédia en droit médical, [en ligne], Université Paris 5, disponible sur Internet : <http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/>

FOSSIER (T), VERHEYDE (T), « La réforme des tutelles, la protection de la personne », in *Actualité juridique famille*, n°4/2007, pp. 160 à 164

FOSSIER (T), PECAULT-RIVOLIER (L), VERHEYDE (T), « La mesure d'accompagnement judiciaire et les mesures administratives d'accompagnement social personnalisé », in *Actualité juridique famille*, n°4/2007, pp. 175 à 177

GRIDEL (J-P), « L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2000 [en ligne], disponible sur Internet : <http://www.courdecassation.fr/article5853.html>

HAUSER (J), « La famille et l'incapable majeur », in *Actualité juridique famille*, n°5/2007, pp. 198 à 204

PECAULT-RIVOLIER (L), VERHEYDE (T), La juridiction des tutelles dans le nouveau dispositif de protection des majeurs, in *Actualité juridique famille*, n°5/2007, pp. 208 à 212

PLANTET (J), 20 janvier 2000, « Les "majeurs protégés" sont-ils bien... protégés ? », in *Lien social*, n°515

SAUMON (O), « Droit et consentement aux soins des personnes vulnérables », Centre de documentation multimédia en droit médical, [en ligne], Université Paris 5, disponible sur Internet : <http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/>

SOTA (X), « Le scandale des tutelles détournées », in *Sud Ouest*, 9 mars 2007

STAPINSKY (S), « Histoire de la protection des inaptes dans le monde, de l'Antiquité à nos jours », Encyclopédie thématique sur l'inaptitude et la protection des personnes inaptes [en ligne], 13/03/2006, disponible sur Internet : <http://agora.qc.ca>

Sites Internet

www.assemblee-nationale.fr

www.conseil-economique-et-social.fr

www.droit.univ-paris5.fr

www.ladocumentationfrancaise.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.personnes-agees.gouv.fr

www.senat.fr

www.social.gouv.fr

www.vie-publique.fr

Documents internes à l'HGMS

La protection juridique des résidents de l'HGMS

Textes législatifs et réglementaires

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, Convention sur la protection internationale des adultes, 13 janvier 2000

CODES

CODE CIVIL

CODE DE LA SANTE PUBLIQUE

CODE DE L'ACTION SOCIALE ET DES FAMILLES

LOIS

SECRETARIAT D'ETAT AU DEPARTEMENT DE L'INTERIEUR, SECRETARIAT D'ÉTAT AU DEPARTEMENT DE LA JUSTICE ET DES CULTES. Loi n° 7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés [en ligne]. Journal officiel, disponible sur Internet : <http://www.ch-charcot56.fr/textes/l1838-7443.htm>

MINISTERE DE LA JUSTICE, MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES. Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs [en ligne]. Journal officiel du 4 janvier 1968. [visité le 10 avril 2007], disponible sur Internet : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Ajour?nor=&num=68-5&ind=1&laPage=1&demande=ajour>

MINISTERE DE LA JUSTICE, MINISTERE DE LA SANTE ET DES SOLIDARITES, MINISTERE DELEGUE A LA SECURITE SOCIALE AUX PERSONNES AGEES, AUX PERSONNES HANDICAPEES ET A LA FAMILLE. Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs [en ligne]. Journal officiel, n° 56 du 7 mars 2007. [visité le 20 mai 2007], disponible sur Internet : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSX0600126L>

CIRCULAIRES

MINISTERE DE LA SANTE. Circulaire n°DGAS/5B/2004/526 du 29 octobre 2004 relative à l'expérimentation de la dotation globale de financement dans les services tutélaires

MINISTERE DE LA SANTE. Circulaire n°DGAS/2A/5B/2004/586 du 26 novembre 2004 relative aux orientations budgétaires 2005 pour les services des tutelles aux prestations sociales et aux majeurs protégés participant à l'expérimentation des dotations globales de financement prévues à l'article 17 de la loi n°2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance

MINISTERE DE LA SANTE. Circulaire n°DGAS/2A/2B/5B n°2006/38 du 27 janvier 2006 relative aux modalités de financement des tutelles aux prestations sociales (TPS) et des tutelles et curatelles d'Etat

Cours & thèses

CARLIER (M), « L'eugénisme », Université de Provence, 2003

MALAURO (P), « La démence et le droit », Université Paris 2 Panthéon Assas

QUEZEDE (E), 2003, *La protection des incapables majeurs. Son histoire et ses perspectives d'évolution*. Thèse pour le diplôme d'État en médecine (qualification en psychiatrie), Université d'Angers, 99 p.

THIRION (D), Cours d'histoire du droit de la famille, Licence de droit privé, année universitaire 2002-2003, Université Paris 2 Panthéon Assas

Liste des annexes

Annexe 1 : Les différents modes d'exercice de la tutelle

Annexe 2 : Personnes habilitées à accomplir les principaux actes de la vie courante en fonction de la mesure prononcée

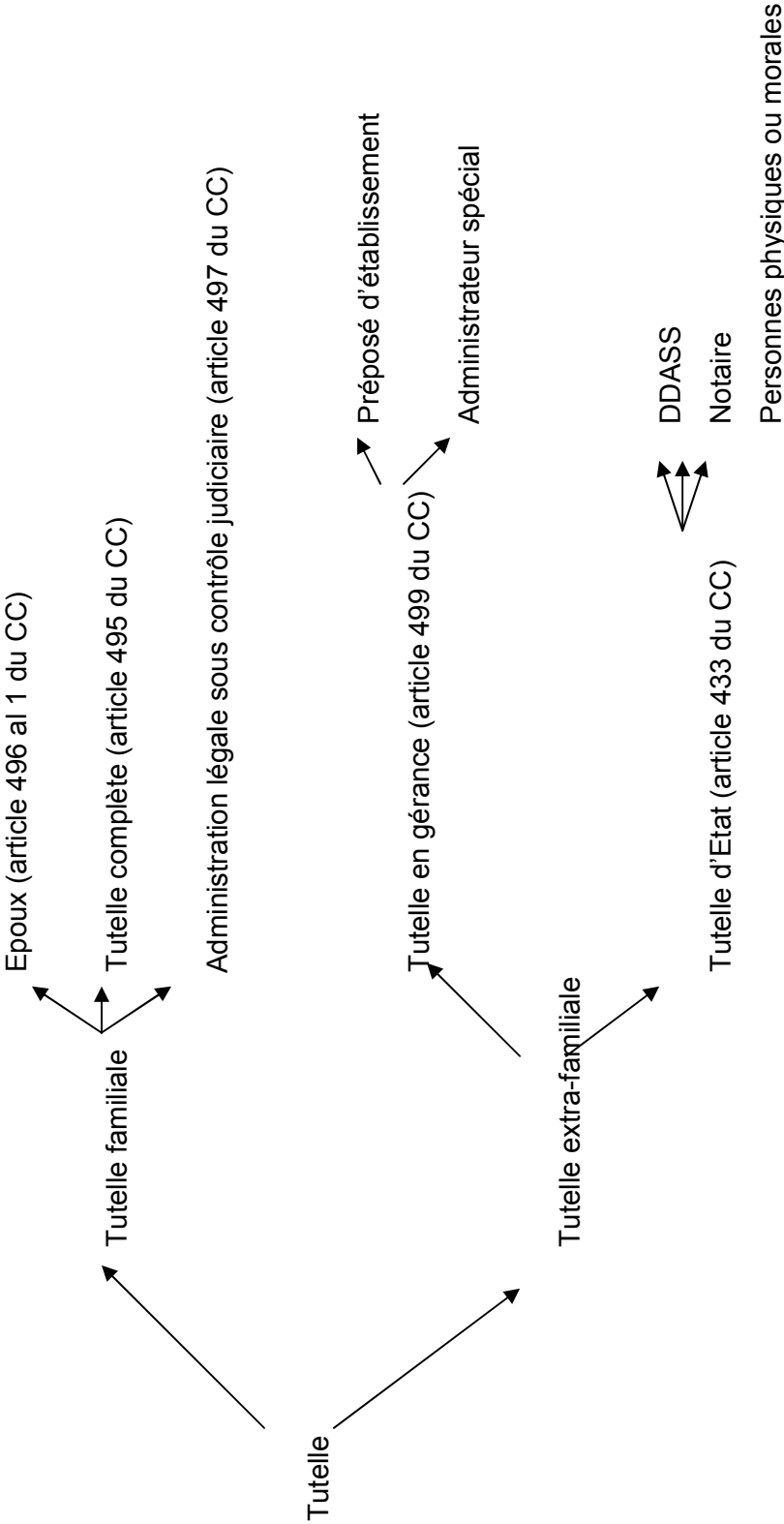
Annexe 3 : Répartition actuelle du financement public des mesures de protection des majeurs

Annexe 4 : Évolution du nombre des mesures selon le mode de gestion

Annexe 5: Mesures réglementaires prévues par la loi et non encore prises par le Gouvernement

Annexe 6 : Textes du Code de la santé publique relatifs aux majeurs protégés

Modes d'exercice de la tutelle



Annexe 2 : Personnes habilitées à accomplir les principaux actes de la vie courante en fonction de la mesure prononcée

Actes patrimoniaux	Curatelle simple	Curatelle renforcée	Tutelle familiale - administration légale	Tutelle familiale complète
Perception et utilisation de revenus	Majeur protégé	Curateur	Administrateur légal	Tuteur
Ouverture d'un compte bancaire	Majeur protégé	Curateur	Administrateur légal	Tuteur
Souscription d'un emprunt ou d'un placement financier	Curateur	Curateur	Administrateur légal après autorisation du juge	Tuteur après autorisation du conseil de famille
Souscription d'une assurance dommages	Majeur protégé	Majeur protégé	Administrateur légal	Tuteur
Acceptation pure et simple d'une succession	Curateur	Curateur	Administrateur légal après autorisation du juge	Tuteur après autorisation du conseil de famille
Donation, mariage, divorce	Curateur	Curateur	Administrateur légal après autorisation du juge	Tuteur après autorisation du conseil de famille
Conclusion d'un bail < à 9 ans	Majeur protégé	Curateur	Administrateur légal	Tuteur

Annexe 3 : Répartition actuelle du financement public des mesures de protection des majeurs

Financement public		Situation en 2005		Situation en 2006 (estimation)	
		Coût net	Répartition en % du total du coût	Coût net	Répartition en % du total du coût
Etat (Tutelles et curatelles d'Etat)		184.996.566	48,5 %	206.377.373	50,9 %
Départements (TPSA)		16.542.299	4,3 %	29.195.155	7,2 %
Sécurité sociale -TPSA et gérances hospitalières (CNAM)-	CNAF	112.427.035	29,5 %	98.276.648	24,2 %
	CCMSA	3.915.211	1,0 %	3.426.661	0,8 %
	CNAV	3.150.076	0,8 %	2.878.396	0,7 %
	CNAM	58.421.408	15,3 %	63.595.504	15,7 %
Total sécurité sociale (TPSA et gérances hospitalières)		177.913.730	46,7 %	168.177.209	41,5 %
Autres (dont CDC)		1.800.000	0,5 %	1.644.797	0,4 %
Total du dispositif pour l'ensemble des financeurs publics		381.252.595	100 %	405.394.534	100 %

A partir de 2006, le département prend en charge les frais de tutelle relatifs à la PCH lorsque cette prestation est la plus élevée. Ce montant est donc déduit des frais de tutelle versés par la CNAF

Source : DGAS

Annexe 4 : Évolution du nombre des mesures selon le mode de gestion

	1990	en %	2002	2003	2004	en %
Mesures confiées à la famille	24266	58,2	33773	34385	36452	55,7
dont tutelle avec conseil de famille	737	1,8	121	113	104	0,2
dont tutelle "administration légale"	12631	30,3	16331	16894	18055	27,6
dont curatelle	10898	26,1	17321	17378	18293	28,0
Mesures confiées à des tiers	17449	41,8	25326	27156	28965	44,3
dont tutelle en gérance	11098	26,6	7336	7349	7135	10,9
dont tutelle d'Etat	3273	7,8	6011	6571	7113	10,9
dont curatelle d'Etat	3078	7,4	11979	13236	14717	22,5

Source : répertoire général civil

Annexe 5 : Mesures réglementaires prévues par la loi et non encore prises par le Gouvernement

Article 7 - titre XI du livre Ier du code civil (art. 419)

Objet : Modalités de financement de la mesure judiciaire de protection (**décret** en attente de publication)

Article 7 - titre XI du livre Ier du code civil (art. 431)

Objet : Fixation du coût du certificat médical accompagnant la demande de mesure de protection judiciaire (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 7 - titre XI du livre Ier du code civil (art. 451)

Objet : Conditions d'exercice des fonctions de curateur et de tuteur par une personne travaillant dans un établissement de santé, ou dans un établissement social ou médico-social (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 7 - titre XI du livre Ier du code civil (art. 452)

Objet : Liste des actes autorisant la curatelle ou la tutelle à s'adjoindre le concours de tiers majeurs (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 7 - titre XI du livre Ier du code civil (art. 459-1)

Objet : Liste des diligences et actes graves qui touchent à la personne dont l'accomplissement nécessite une autorisation spéciale du juge (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 7 - titre XI du livre Ier du code civil (art. 492)

Objet : Définition du modèle du mandat établi sous seing privé (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 7 - titre XI du livre Ier du code civil (art. 495-4)

Objet : Liste des prestations sociales pouvant être gérées dans le cadre d'une mesure d'accompagnement judiciaire (**décret** en attente de publication)

Article 8 - Titre XII du livre Ier du code civil (art. 496)

Objet : Liste des actes qui sont regardés comme des actes d'administration relatifs à la gestion courante du patrimoine et comme des actes de disposition qui engagent celui-ci de manière durable et substantielle (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 8 - Titre XII du livre Ier du code civil (art. 498)

Objet : Conditions de l'obligation de versement des capitaux revenant à la personne protégée lorsque la mesure de tutelle est confiée aux personnes ou services préposés des établissements de santé et des établissements sociaux ou médico-sociaux (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 8 - Titre XII du livre Ier du code civil (Art. 502)

Objet : Fixation de la valeur des actes portant sur des biens en-deça de laquelle les autorisations du conseil de famille peuvent être suppléées par celles du juge (**décret** en attente de publication)

Article 13 - livre II du code de l'action sociale et des familles (art. L. 271-4)

Objet : Fixation du plafond du montant de la contribution demandée à toute personne ayant conclu un contrat d'accompagnement personnalisé (**décret** en attente de publication)

Article 13 - livre II du code de l'action sociale et des familles (art. L. 271-7)

Objet : Liste des données agrégées portant sur la mise en œuvre de la mesure d'accompagnement social personnalisé transmises à l'Etat par chaque département, et modalités de cette transmission (**arrêté** en attente de publication)

Article 13 - livre II du code de l'action sociale et des familles (art. L. 271-8)

Objet : Modalités d'application de la mesure d'accompagnement social personnalisé (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 14 - livre IV du code de l'action sociale et des familles (art. 471-2)

Objet : Conditions de la prestation de serment par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs inscrits sur une liste dressée et tenue par le représentant de l'Etat dans le département (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 14 - livre IV du code de l'action sociale et des familles (art. L. 471-5)

Objet : Etablissement d'un barème national en fonction duquel est calculée l'indemnité allouée au mandataire judiciaire à la protection des majeurs (**décret** en attente de publication)

Article 14 - livre IV du code de l'action sociale et des familles (art. L. 471-8)

Objet : Contenu minimal de la notice d'information (**décret** en attente de publication)

Article 14 - Livre IV du code de l'action sociale et des familles (art. L. 471-9)

Objet : Modalités d'application des mesures exercées par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 16 - Code de l'action sociale et des familles (art. L. 314-1)

Objet : Liste des principaux organismes financeurs dont l'avis est requis pour établir la tarification des prestations fournies par les services mandataires judiciaires à la protection des majeurs (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 17 - Livre III du code de l'action sociale et des familles (art. L. 361-1)

Objet : Liste des prestations sociales dans le cadre du financement de la protection judiciaire des majeurs (**décret** en attente de publication)

Article 17 - Livre III du code de l'action sociale et des familles (art. L. 361-3)

Objet : Modalités d'application du présent article (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 19 - Livre IV du code de l'action sociale et des familles (Art. L. 472-4)

Objet : Modalités d'application du chapitre portant sur les personnes physiques mandataires judiciaires à la protection des majeurs (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 19 - Livre IV du code de l'action sociale et des familles (art. L. 472-5)

Objet : Fixation du seuil maximal de capacité d'accueil des établissements d'hébergement des personnes adultes handicapées ou des personnes âgées (**décret** en attente de publication)

Article 19 - Livre IV du code de l'action sociale et des familles (art. L. 472-6)

Objet : Conditions d'application de l'article L. 472-6 (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 19 - Livre IV du code de l'action sociale et des familles (art. L. 472-9)

Objet : Conditions pour bénéficier d'un financement des mandats judiciaires à la protection des majeurs (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 19 - Livre IV du code de l'action sociale et des familles (art. L. 472-10)

Objet : Conditions de suspension de l'agrément ou de la déclaration en cas d'urgence (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 23 - livre IV du code de l'action sociale et des familles

Objet : Conditions de prestation de serment par les délégués aux prestations familiales inscrites sur la liste dressée et tenue à jour par le représentant de l'Etat dans le département (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 23 - livre IV du code de l'action sociale et des familles

Objet : Délivrance de l'agrément par le représentant de l'Etat aux personnes qui exercent les mesures ordonnées par l'autorité judiciaire (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 23 - livre IV du code de l'action sociale et des familles

Objet : Conditions de suspension de l'agrément sans injonction préalable (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 24 - code de l'action sociale et des familles

Objet : Conditions de dispense d'une information pour les personnes appelées à exercer ou exerçant une mesure de protection juridique (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 26 - code de l'action sociale et des familles (art. L. 313-13)

Objet : Conditions de prestation de serment des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Article 26 - code de l'action sociale et des familles (art. L. 313-13)

Objet : Conditions relatives aux saisies que peuvent effectuer les inspecteurs de l'action sanitaire et sociale (**décret en Conseil d'Etat** en attente de publication)

Annexe 6 : Textes du Code de la santé publique relatifs aux majeurs protégés

Article L. 1111-2

Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel.

La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.

Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.

Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.

En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen.

Article L. 1111-4

Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.

Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.

Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical.

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. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.

L'examen d'une personne malade dans le cadre d'un enseignement clinique requiert son consentement préalable. Les étudiants qui reçoivent cet enseignement doivent être au préalable informés de la nécessité de respecter les droits des malades énoncés au présent titre.

Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions particulières relatives au consentement de la personne pour certaines catégories de soins ou d'interventions.

Article L. 1111-6

Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. 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.

Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci.

Article L. 1221-5

Aucun prélèvement de sang ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui ne peut avoir lieu sur une personne mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

Toutefois, s'agissant des mineurs, un prélèvement peut être effectué à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible.

Le prélèvement ne peut alors être opéré qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale y consente expressément par écrit.

Le refus de la personne mineure fait obstacle au prélèvement.

Article L. 1121-8

Les personnes majeures faisant l'objet d'une **mesure de protection légale** ou hors d'état d'exprimer leur consentement ne peuvent être sollicitées pour des recherches biomédicales que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur une autre catégorie de la population et dans les conditions suivantes :

- soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ;
- soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes placées dans la même situation. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal.

Article L. 1122-2

I. - Les mineurs non émancipés, **les majeurs protégés** ou les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection juridique reçoivent, lorsque leur participation à une recherche biomédicale est envisagée, l'**information** prévue à l'article L. 1122-1 adaptée à leur capacité de compréhension, tant de la part de l'investigateur que des personnes, organes ou autorités chargés de les assister, de les représenter ou d'autoriser la recherche, eux-mêmes informés par l'investigateur.

Ils sont consultés dans la mesure où leur état le permet. Leur **adhésion personnelle** en vue de leur participation à la recherche biomédicale est recherchée. En toute hypothèse, **il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation.**

II. - Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur un mineur non émancipé, l'autorisation est donnée par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Toutefois, cette autorisation peut être donnée par le seul titulaire de l'exercice de l'autorité parentale présent, sous réserve du respect des conditions suivantes :

- la recherche ne comporte que des risques et des contraintes négligeables et n'a aucune influence sur la prise en charge médicale du mineur qui s'y prête ;
- la recherche est réalisée à l'occasion d'actes de soins ;
- l'autre titulaire de l'exercice de l'autorité parentale ne peut donner son autorisation dans des délais compatibles avec les exigences méthodologiques propres à la réalisation de la recherche au regard de ses finalités.

Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur une personne mineure ou **majeure sous tutelle**, l'autorisation est donnée par son **représentant légal** et, si le comité mentionné à l'article L. 1123-1 considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, **par le conseil de famille s'il a été institué, ou par le juge des tutelles.**

Une personne faisant l'objet d'une mesure de sauvegarde de justice ne peut être sollicitée aux fins de participer à une recherche biomédicale.

Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur **une personne majeure sous curatelle, le consentement est donné par l'intéressé assisté par son curateur**. Toutefois, si la personne majeure sous curatelle est sollicitée en vue de sa participation à une recherche dont le comité mentionné à l'article L. 1123-1 considère qu'elle comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, **le juge des tutelles** est saisi aux fins de s'assurer de l'aptitude à consentir du majeur. En cas d'inaptitude, le juge prend la décision d'autoriser ou non la recherche biomédicale.

Lorsqu'une recherche biomédicale satisfaisant aux conditions édictées par l'article L. 1121-8 est envisagée sur une personne majeure hors d'état d'exprimer son consentement et ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique, l'autorisation est donnée par la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, à défaut de celle-ci, par la famille, ou, à défaut, par une personne entretenant avec l'intéressé des liens étroits et stables. Toutefois, si le comité mentionné à l'article L. 1123-1 considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, l'autorisation est donnée par le juge des tutelles.

III. - Le consentement prévu au septième alinéa du II est donné dans les formes de l'article L. 1122-1-1. Les autorisations prévues aux premier, cinquième, septième et huitième alinéas dudit II sont données par écrit.

Article L. 1232-2

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**.

Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit.

Article L. 1241-2

Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une **personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale**.

Article L. 1241-4

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut être fait sur **une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale** au bénéfice de son frère ou de sa soeur.

Si la personne protégée fait l'objet d'une **mesure de tutelle**, ce prélèvement est subordonné à une **décision du juge des tutelles** compétent qui se prononce après avoir recueilli **l'avis de la personne concernée lorsque cela est possible, du tuteur et du comité d'experts** mentionné à l'article L. 1231-3.

Si la personne protégée fait l'objet d'une **mesure de curatelle ou de sauvegarde de justice** et si le **juge des tutelles** compétent estime, après l'avoir entendue, que la **personne protégée a la faculté de consentir au prélèvement, celui-ci est subordonné à une autorisation du comité d'experts** mentionné à l'article L. 1231-3, après recueil du **consentement de l'intéressé** dans les conditions prévues à l'article L. 1241-3. Hors les cas où la personne protégée a la faculté de consentir au prélèvement, celui-ci ne peut être pratiqué que dans les conditions prévues au deuxième alinéa du présent article.

En l'absence d'autre solution thérapeutique, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel, être effectué sur une personne protégée au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce. Toutefois, seules peuvent faire l'objet d'un prélèvement les personnes protégées qui font l'objet d'une **mesure de curatelle ou de sauvegarde de justice et qui ont été reconnues comme ayant la faculté de consentir au prélèvement par le juge des tutelles** compétent après avoir été entendues par celui-ci. Le consentement est recueilli et l'autorisation de prélèvement est délivrée par le comité d'experts dans les conditions prévues au troisième alinéa.

Avant de formuler l'avis mentionné au deuxième alinéa ou de délivrer les autorisations prévues aux troisième et quatrième alinéas, le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 s'assure que tous les moyens ont été mis en oeuvre pour trouver un donneur majeur compatible pour le receveur.

Le refus de la personne protégée fait obstacle au prélèvement.

Article L. 1241-5

Des tissus ou cellules embryonnaires ou foetaux ne peuvent être prélevés, conservés et utilisés à l'issue d'une interruption de grossesse qu'à des fins diagnostiques, thérapeutiques ou scientifiques. La femme ayant subi une interruption de grossesse donne son consentement écrit après avoir reçu une information appropriée sur les finalités d'un tel prélèvement. Cette information doit être postérieure à la décision prise par la femme d'interrompre sa grossesse.

Un tel prélèvement ne peut avoir lieu si la femme ayant subi l'interruption de grossesse est mineure ou fait l'objet d'une **mesure de protection légale, sauf s'il s'agit de rechercher les causes de l'interruption de grossesse**. Dans ce cas, la femme ayant subi cette interruption de grossesse doit avoir reçu auparavant une information sur son droit de s'opposer à un tel prélèvement.

Les tissus et cellules embryonnaires ou foetaux prélevés à l'occasion d'une interruption de grossesse, lorsqu'ils sont conservés en vue d'une utilisation ultérieure, sont soumis aux seules dispositions des articles L. 1211-1, L. 1211-3 à L. 1211-7 et du chapitre III du présent titre.

Les prélèvements à des fins scientifiques autres que ceux ayant pour but de rechercher les causes de l'interruption de grossesse ne peuvent être pratiqués que dans le cadre de protocoles transmis, préalablement à leur mise en oeuvre, à l'Agence de la biomédecine. L'agence communique la liste de ces protocoles, accompagnée le cas échéant de son avis sur ces derniers, au ministre chargé de la recherche. Celui-ci peut suspendre ou interdire la réalisation de ces protocoles, lorsque leur pertinence scientifique ou la nécessité du prélèvement n'est pas établie, ou lorsque le respect des principes éthiques n'est pas assuré.

Article L. 2123-2

La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure. **Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en oeuvre efficacement.**

L'intervention est subordonnée à une **décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, les père et mère ou le représentant légal de la personne concernée.**

Le juge se prononce **après avoir entendu la personne concernée.** Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement.

Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou son représentant légal ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile.

Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article.

Article R. 2123-6

Le comité procède à toutes les consultations et peut faire procéder à tous les examens qu'il estime nécessaires pour éclairer son avis.

Il procède à l'audition de la personne concernée et s'assure qu'une information adaptée au niveau de compréhension de l'intéressé a été délivrée. Il vérifie qu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en oeuvre efficacement. A ce titre, il s'assure que des solutions alternatives à la stérilisation à visée contraceptive ont été recherchées et évalue les risques d'effets secondaires graves sur les plans physique ou psychique de l'intervention.