

Gilles COHEN

MASTER 2 – Droit de la Famille

Session de septembre 2008

**LA PROTECTION DES INTÉRÊTS
PATRIMONIAUX DES MAJEURS
VULNÉRABLES :**

*De la tutelle aux prestations sociales adulte (TPSA)
à la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ)*

MÉMOIRE DE RECHERCHE

Sous la Direction de Mademoiselle Marion GIRER, Maître de Conférence

Université Jean Moulin Lyon III

Faculté de Droit

Année Universitaire 2007 – 2008

SOMMAIRE

PARTIE I : LA GESTION PATRIMONIALE DE L'INCAPABLE MAJEUR LIMITÉE

TITRE 1^{ER} : L'INSUFFISANTE GESTION SOCIALE DE L'ADULTE

Chapitre 1^{er} : La solidarité nationale face à la démission familiale

Section 1 : Banqueroutes de la *familia*

Section 2 : Les tutelles aux prestations sociales, héritières de la
tutelle aux allocations familiales

Chapitre 2nd : Incapacité sociale, pleine capacité juridique

Section 1 : (Au) secours social d'un mauvais gestionnaire

Section 2 : Un géré civilement capable

TITRE 2ND : LA PROTECTION INDÉPENDANTE DES INTÉRÊTS CIVILS DU MAJEUR

Chapitre 1^{er} : La coexistence des tutelles pendant un demi-siècle

Section 1 : Le temps des désordres

Section 2 : Instrumentalisation du droit ou l'exploitation de failles

Chapitre 2nd : De la diversité à l'unité : la réforme du 5 mars 2007

Section 1 : La suppression de la « double mesure »,
(fin d'une hypocrisie)

Section 2: Nouvelle hiérarchie du droit des incapacités

PARTIE II : L'ACCOMPAGNEMENT DU MAJEUR PROTÉGÉ « SUR MESURE »

TITRE 1^{ER} : LE CONTRAT SOCIAL OU L'ACCOMPAGNEMENT FORCÉ

Chapitre 1^{er} : Un nouveau degré de protection : la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP)

Section 1 : Aux origines de la loi de 2007, clé de compréhension

Section 2 : La mesure d'accompagnement social personnalisé ou le
choix de la confiance

Chapitre 2nd : Un droit civil à la vulnérabilité : la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ)

Section 1 : Entrée dans le Code civil d'une mesure exclusive

Section 2 : Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs,
une nouvelle profession

TITRE 2ND : LA PAROLE DU MAJEUR AU CŒUR DE SA PROTECTION

Chapitre 1^{er} : Participation effective de la personne à sa protection

Section 1 : Protection des intérêts patrimoniaux

Section 2 : Protection des intérêts extrapatrimoniaux

Chapitre 2nd : Liberté et dignité de la personne humaine

Section 1 : Deux principes inhérents à la loi du 5 mars 2007

Section 2 : La vulnérabilité au-delà des frontières françaises

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJ Famille</i>	<i>Actualité juridique famille</i>
ACP	Ancien Code pénal
NCP	Nouveau Code pénal
Ass.	Assemblée
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
CASF	Code de l'action sociale et des familles
C. Ass.	Code des assurances
C. Cass.	Cour de cassation
C. Civ.	Code civil
COJ	Code de l'organisation judiciaire
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
C.E.	Conseil d'Etat
Civ. 1 ^{ère}	Première Chambre civile
Civ. 2 ^{ème}	Deuxième Chambre civile
Civ. 3 ^{ème}	Troisième Chambre civile
Com.	Chambre commerciale
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Dalloz
DDASS	Direction départementale des affaires sanitaires et sociales
DCC	Décision du Conseil constitutionnel
DCE	Décret en Conseil d'Etat
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789
Dr. Fam.	Revue de droit de la famille
Dr. Soc.	Revue de droit social
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948
EMS	Evaluation / Enquête médico-sociale
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> : au même endroit
JORF	Journal officiel de la République française
LPA	Les Petits Affiches
MAJ	Mesure d'accompagnement judiciaire
MASP	Mesure d'accompagnement social personnalisé
MJPM	Mandataires judiciaires à la protection des majeurs
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RTD Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
Req.	Chambre des requêtes
TPSA	Tutelle aux prestations sociales adulte
TPSE	Tutelle aux prestations sociales enfant
UDAF	Union Départementale des Associations Familiales
UNAF	Union Nationale des Associations Familiales

INTRODUCTION

« Tous les hommes ne sont pas vulnérables de la même façon ; aussi faut-il connaître son point faible pour le protéger davantage ».

Sénèque (4 av. JC – 65),
De la colère, Dialogues, Tome I

- **La liberté, le principe ... sa privation, l'exception**

La liberté est une et indivisible. Elle est pour l'Homme (d') une soif exaltante parce qu' « il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations [...] que celui de liberté »¹. En l'absence de consensus sur le concept de liberté, celle-ci, parfois synonyme de « droit », et parce qu'inhérente à la démocratie, ne fut que proclamée : la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, mais également la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 sont empreints d'un vent de liberté...

Elevée au cœur de la devise de la République, la liberté est le pouvoir d'agir selon sa propre détermination au sein d'une société organisée dans la limite de règles définies. Ainsi, toute liberté est nécessairement limitée. C'est une condition de son existence.

En droit français, le principe est la liberté ; l'exception sa privation.

Lorsque la liberté souffre d'exceptions, ces dernières ne peuvent être qu'occasionnelles et poursuivent généralement un but précis : une sanction civile ou pénale, le maintien de l'ordre public et des bonnes mœurs voire la sauvegarde d'une (autre) liberté. De plus, chaque liberté connaît ses propres restrictions ou frontières.

Parmi la mosaïque de libertés, la liberté d'agir ou de ne pas agir apparaît en filigrane à travers l'article 3 alinéa 3 C. Civ. relatif à l'état (*status*) et la capacité (*aptitude*) des personnes. La capacité juridique se décline en aptitude à être titulaire de droits (capacité de jouissance) et à les mettre en œuvre (capacité d'exercice). La capacité est une conséquence de l'état des personnes et lui emprunte certains de ses caractères : aspect personnel, inaliénabilité, indisponibilité et imprescriptibilité des droits...

¹ Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, XI, II.

Ainsi, la liberté d'action est synonyme de capacité, l'exception d'incapacité.

Antithèse de la capacité, l'incapacité, construite sur le même modèle, est une inaptitude de jouissance ou d'exercice judiciairement prononcée. Le droit des incapacités, tel que prévu aux titres X (« *De la minorité* ») et XI (*De la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi*) du Livre I^{er} du Code civil actuel, est une branche du droit des personnes formé d'exceptions. Jamais présumées, elles doivent toujours être prévues par un texte et sont d'interprétation stricte.

Du droit romain à nos jours, l'histoire du droit relate l'existence d'incapacités liées à l'âge, au sexe ou d'incapacités dites « *anomales* ».

S'agissant, tout d'abord, des incapacités liées à l'âge... Le droit romain distingue les enfants des impubères. L'enfant à naître, *in rebus humanis*, est pourvu d'un curateur chargé de prélever sur la succession de quoi le nourrir convenablement et prendre au besoin quelques mesures conservatoires sur son patrimoine ; alors que l'enfant viable acquiert directement à sa naissance le statut d'héritier. Les impubères, par hypothèse *sui juris*² pouvaient acquérir la capacité en trois étapes selon leur discernement : *l'infantia*, *l'infantie proximus*, *le pubertati proximum*³. De plus, la *Lex laetoria* vers 200 avant notre ère crée le délit de « *circumscriptio minoris* » (tromper un jeune pubère) sanctionné par la nullité des actes prohibés et la « *restitutio in integrum ab aetatem* » (restitution en entier) afin de replacer les parties dans leur statut quo ante.

Au Bas Empire, l'incapacité du mineur devient le principe sauf *venia aetatis* (« remise d'âge ») retrouvée aux articles 476 et suivants du Code civil à travers l'émancipation. Le principe de séparation du patrimoine du tuteur et de sa pupille, issu du droit romain, va connaître quelques tempéraments en droit coutumier français qui admet la confusion des patrimoines.

² CASTALDO (A.) et LEVY (J.-P.), *Histoire du droit civil*, Paris, Précis Dalloz, 2002, pp. 205 à 260. Les impubères ne sont pas forcément mineurs. Ce sont de jeunes gens entre la puberté et l'âge de 25 ans. Ils étaient, par hypothèse, orphelins de père et donc frappés d'une incapacité de jouissance.

³ *Ibid.* *L'infans* jusqu'à l'âge de 7 ans était juridiquement incapable de parler c'est-à-dire que ses paroles ne pouvaient être sacramentelles d'actes juridiques. *L'infantie proximus*, encore proche de l'enfance, disposait d'une capacité contractuelle identique à son aîné exception faite d'une incapacité de s'obliger par ses délits. Enfin, le *pubertati proximum* était *doli capax* et s'obligeait donc à ses délits. Le passage de la qualité *d'infantie* à *pubertati proximum* dépendait du discernement.

En droit coutumier, la protection des jeunes gens est garantie par plusieurs institutions : *la garde seigneuriale, le bail familial des fiefs, la garde noble ou la garde bourgeoise*. L'âge de la majorité varie selon l'époque, le rang social, le sexe et, l'incapable est assimilé à un enfant sous la puissance paternelle. L'objet du droit des incapacités est surtout de protéger les biens de l'incapable afin de « conserver les biens dans la famille ».

Sous l'Ancien Régime, inspirée des solutions du droit romain et du droit coutumier, la tutelle réapparaît. Composée de trois organes – le tuteur, l'assemblée de parents et le juge –, elle est une charge gratuite. Chaque année, le tuteur doit rendre des comptes et fournir un inventaire au seigneur.

Sous la Révolution Française, l'abolition des privilèges dans la nuit du 4 au 5 août 1789, met fin aux *gardes noble et bourgeoise*. La majorité est fixée à 21 ans par la loi du 20 septembre 1792 et des Tribunaux de Familles, auxquels est confié le contentieux des tutelles, sont créés par les lois des 16 et 24 août 1790⁴. Le Code civil Napoléon du 30 ventôse an XII⁵ reprendra les tutelles légale et testamentaire. Les assemblées de parents prendront le nom de Conseil de famille.

Le droit positif distingue la majorité « fixée à 18 ans »⁶ de la minorité. Si les mineurs sont frappés d'une incapacité de jouissance et d'exercice, les majeurs ne peuvent être frappés que d'une incapacité d'exercice.

S'agissant à présent des incapacités liées au sexe. En droit romain, les femmes étaient frappées d'une incapacité de jouissance car elles étaient sous la puissance paternelle ou sous *manus* de leur mari. L'âge nubile n'existait pas pour les filles qui étaient *sui juris* et donc sous tutelle perpétuelle sans limite d'âge. Selon Ulpien, l'incapacité des femmes est due à leur ignorance des choses du *forum*. Cela étant, l'institution se fige au fil des siècles et la *Lex Claudia*⁷ engage un processus de dispense de l'incapacité du sexe féminin. Le Code civil Napoléon impose le devoir d'obéissance de la femme envers son mari. Il a fallu attendre 1938⁸ pour que la puissance maritale soit abolie et la loi du 13 juillet 1965⁹ relative aux régimes matrimoniaux pour qu'apparaisse l'égalité de l'homme et de la femme.

⁴ Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, JORF du 20 août 1790, p. 361

⁵ 21 mars 1804

⁶ Loi n°74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, JORF du 7 juillet 1974, p. 7099

⁷ 177 avant J.C.

⁸ Loi du 18 février 1938 portant modification des textes C. Civ. relatifs à la capacité de la femme mariée, JORF du 19 février 1938, p. 2058

⁹ Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, JORF du 14 juillet 1965, p. 6044

La loi du 23 décembre 1985¹⁰ a étendu le principe d'égalité des sexes entre époux et parents à la gestion des biens de l'enfant mineur.

S'agissant enfin des incapacités « *anomales* », la préoccupation du droit dépasse la protection patrimoniale car elle concerne la personne victime d'aliénation ou de prodigalité.

En droit romain, la loi des XII Tables¹¹ prévoyait que le *furiosus* était sans gardien de sorte que les membres de sa *gens* exerçaient un pouvoir sur sa personne et ses biens. Ce procédé a été étendu par la jurisprudence aux « faibles d'esprit ». Dans l'Ancien droit français, la garde de la personne, soignée ou incarcérée, était dissociée de la gestion de son patrimoine. Le Code civil ne s'est essentiellement préoccupé que de l'aspect patrimonial. En 1804, le Conseil de famille disposait du choix des soins « selon les caractères de la maladie et l'état de fortune » : soit un « état d'imbécillité, de démence ou de fureur », soit une faiblesse d'esprit traitée comme la prodigalité. La loi du 30 juin 1838¹² distingue trois sortes d'aliénés : interdits, ni interdits ni internés, internés sans être interdits. Au cours du XX^e siècle, l'ancienne réglementation apparaît désuète et insuffisante face au vieillissement de la population. La loi du 3 janvier 1968¹³ va étendre le domaine « *Des majeurs qui sont protégés par la loi* » et assouplir le droit des incapacités en proposant trois régimes de protection graduels : la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle. La loi du 27 juin 1990¹⁴ proposera une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux.

La prodigalité concerne les personnes qui se livrent à des dépenses inconsidérées les conduisant à un état de besoin et à une inexécution de leurs obligations familiales. Consacrée par la loi des XII Tables, la prodigalité a connu une certaine décadence au fil des siècles. Sanctionné par l'interdiction en droit romain, le prodigue a connu dans l'Ancien droit une protection similaire aux « faibles d'esprit ». Dès la Révolution Française, une proposition du 2 septembre 1793¹⁵ – restée lettre morte – envisageait de rendre aux prodiges leur pleine capacité. La prodigalité donnait lieu à l'ouverture d'un « Conseil judiciaire » devenu

¹⁰Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, JORF du 26 décembre 1985, p. 15111

¹¹*Lex duodecim tabularum* (451 à 449 av. J.C.)

¹²Loi n°7443 du 30 juin 1838 promulguée sous le règne du Roi Louis-Philippe dite « Loi des aliénés », JORF du 20 août 1944, p. 490

¹³Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme des incapables majeurs, JORF du 4 janvier 1968, p. 114

¹⁴Loi n°90-527 du 27 juin 1990 relative au droit à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, JORF n° 150 du 30 juin 1990, p. 7664

¹⁵Décret du 2 septembre 1793 in DUVERGIER (J.-B.) *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat...de 1788 à 1830*, 2^{ème} édition, Tome 5, p. 141

« curatelle » sous l'égide de la loi du 3 janvier 1968. Dépassée, la curatelle pour prodigalité a été abrogée par la loi du 5 mars 2007¹⁶ portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Le droit des incapacités, à l'instar de nombreuses branches du droit de la famille au cours de la dernière décennie, est à son tour en pleine mutation.

- **De l'égalité de droit au droit à l'égalité**

« *Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* »¹⁷. La liberté et l'égalité sont les piliers de l'Etat de droit. Ainsi, chaque être humain peut « *se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés [...] sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* » comme le proclame l'article 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme signée à New York le 10 décembre 1948. La nature humaine aspire à la sécurité, à la liberté et à la dignité : à la sécurité pour bénéficier d'une protection contre toutes atteintes, à la liberté pour permettre à chacun de s'épanouir, et, à la dignité afin de réunir des moyens d'existence décents.

Toutefois, l'autonomie humaine peut parfois être altérée par le handicap, le vieillissement, le défaut d'instruction ou la précarité. Par conséquent, la personne dépendante s'expose à un risque d'exploitation par les autres ou à l'accomplissement personnel d'actes contraires à ses intérêts. Alors, le devoir de la société est d'assurer une protection c'est-à-dire offrir un droit à la protection. C'est par essence la mission du droit des incapacités.

Mais, la société substitue généralement aux personnes jugées incapables des personnes capables. Or, l'écueil est la privation de la personne de tout ou partie de ses droits et libertés. En effet, dans quelle mesure la protection de la personne ne gagne-t-elle pas ses droits « *naturels, inaliénables et sacrés* »¹⁸ ? Afin de trouver un équilibre entre protection et respect des libertés fondamentales inhérentes à la personne humaine, la loi du 5 mars 2007 a repensé en partie le droit de la protection juridique des majeurs vulnérables.

¹⁶ V. *Infra*

¹⁷ Art. 1^{er} DDHC

¹⁸ Préambule DDHC

La personne protégée est un sujet de droit et non objet du droit. En qualité de citoyen à part entière, elle ne peut être cataloguée mais doit participer activement à sa protection pour un retour progressif à son autonomie. D'une politique de solidarité et d'égalité de droit, le droit se tourne vers un droit à l'égalité. Le droit des incapacités s'essouffle alors quelque peu...

- « *Faut-il brûler le droit des incapacités ?* »¹⁹

En un demi siècle, à l'écoute des nouveaux modes de vie, fidèle aux mœurs, et parce que « *le droit doit être...tel qu'il est* »²⁰, la prise en charge du fait social qu'est la vulnérabilité n'a cessé de s'étendre en droit français. La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs propose, quarante ans après la loi du 3 janvier 1968 du Doyen Carbonnier, une rénovation du droit des incapacités.

C'était inéluctable, c'est indéniable, les modes de vie ont été transformés entre le milieu du XX^e et les aurores du XXI^e siècle! L'éclosion de la catégorie des innombrables « *naufragés de la vie* »²¹ le démontre : plus de treize millions de personnes²² sont âgées de plus de 60 ans en 2008. Les raisons tiennent à plusieurs facteurs : le baby-boom d'après guerre, les meilleures conditions d'hygiène et d'alimentation, et les progrès de la médecine... L'image de la vie humaine, du temps de la vie et de l'heure de la mort est ainsi bousculée. De même, la protection sociale connaît quelques balbutiements et doit s'adapter aux nouvelles réalités. Par ailleurs, la loi du 22 avril 2005 relative au droit des malades et à la fin de vie²³ a apporté une réponse aux débats français et européens²⁴ de légalisation de l'euthanasie. Sans consacrer de « droit à mourir », l'article L 1110-5 al. 2 du CSP précise que « les actes médicaux ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable ».

Les « interdits » du droit romain, devenus « incapables » puis « majeurs protégés » seront demain des « personnes vulnérables ». Le vocabulaire s'adoucit. L'œuvre de la réforme du 5 mars 2007 façonne l'avènement de la notion de vulnérabilité.

¹⁹ HAUSER (J.), « faut-il brûler le droit des incapacités ? », RTD Civ. 1998, p. 656

²⁰ VON JHERING (R.) (1818-1892) Cité par CARBONNIER (J.) *in* Droit civil, Introduction, les personnes, Paris, P.U.F., Thémis Droit, Vol. 1, 1984, p. 9

²¹ MALAURIE (Ph.), « La réforme de la protection juridique des majeurs », LPA, 28 mars 2007 n° 63 p. 5

²² 13 744,1 millions de personnes *in* Insee, Statistiques de l'état civil et « enquêtes Villes », www.insee.fr

²³ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, JORF n° 95 du 23 avril 2005, p. 7089

²⁴ CHEYNET DE BEAUPRE (A.), « La loi sur la fin de vie », D. 2005, p. 164 ; PUYBASSET (L.), « Faut-il légaliser l'euthanasie ? », D. 2007 page 1328

Promulguée, selon certains auteurs, par « déclaration d'urgence »²⁵, la loi n°2007-305 du 5 mars 2007²⁶ entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009, exception faite des dispositions relatives aux effets du mandat de protection future²⁷. Les dispositions du Code civil actuel sont ainsi réorganisées.²⁸ Les décrets d'application relatifs à la mise en œuvre de la loi ne sont pas encore publiés.

La réforme concerne avant tout le patrimoine puisqu' est instauré un titre XII « *De la gestion du patrimoine [...]* » commun aux mineurs et aux majeurs. Les droits patrimoniaux représentent dans le patrimoine de leur titulaire un avantage appréciable en argent ou un intérêt pécuniaire constitutif de valeurs économiques (lingots d'or, capitaux, créances de sommes d'argent). Ils ont directement ou indirectement une expression monétaire, une valeur argent et sont classés en droits réels ou droits de créance²⁹.

Mais, au-delà des intérêts patrimoniaux, c'est le majeur qui est au centre de la réforme. L'objectif est de rénover la tutelle aux prestations sociales adulte afin de la substituer par des régimes civils ou des mesures d'accompagnement.

Par ailleurs, les principes de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité sont rappelés par le législateur. Le majeur est placé au cœur de sa protection, qu'elle soit patrimoniale ou personnelle, de façon à renforcer les principes de liberté, de dignité et de volonté.

Afin de souligner les apports essentiels de la loi du 5 mars 2007 dont l'entrée en vigueur est imminente, l'étude sera circonscrite à **la protection des intérêts patrimoniaux des majeurs vulnérables : de la tutelle aux prestations sociales adulte (TPSA) à la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ).**

²⁵ MALAURIE (Ph.), *Op. Cit.*

²⁶ Loi n°2007-308 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56 du 7 mars 2007, p. 4325 ; DCC n°2007-552 du 1^{er} mars 2007, JOFR du 7 mars 2007, p. 4365

²⁷ DCE n°2007-1702 du 30 nov. 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé, JORF n° 280 du 2 décembre 2007, p. 19537

²⁸ MAZOYER (C.), « Tableau de correspondance », Dr. Fam. mai 2007 p. 44

²⁹ CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, Domat droit privé, 12^e éd., 2005, p. 30. Le droit réel est un pouvoir direct sur la chose, « *jus in re* » alors que le droit créance est le droit d'exiger d'autrui une certaine prestation, « *jus ad personam* ».

Parce que la loi du 5 mars 2007 modifie notoirement le volet patrimonial de la protection juridique, parce qu'également la tutelle aux prestations sociales adulte est abrogée au profit de nouvelles mesures d'accompagnement social ou judiciaire à degrés, seule la question de la protection des majeurs³⁰ sera évoquée. Les concepts de vulnérabilité et d'accompagnement modernisent et amplifient alors le droit de la protection juridique

De la tutelle aux prestations sociales adulte (TPSA) à la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ), en réponse constante aux besoins des familles victimes de crises économiques ou de guerres, la gestion patrimoniale de l'incapable majeur limitée (**Partie I**) s'est progressivement adoucie au profit d'un accompagnement du majeur protégé « sur mesure » (**Partie II**).

³⁰ Cf. Titre XII C. Civ. nouveau pour une présentation de la protection patrimoniale des mineurs et KARM (A.), « La sécurité patrimoniale du mineur et du majeur en tutelle », Dr. Fam. mai 2007, p. 20

PARTIE I

LA GESTION PATRIMONIALE DE L'INCAPABLE MAJEUR LIMITÉE

Au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, le droit civil de la famille a été réformé par pans entiers. Le droit des tutelles, avec la loi de 1964³¹, ouvre le jeu de lois dont l'œuvre appartient au Doyen Carbonnier (1908-2003).

La raison tient à la conjoncture de la famille : certains auteurs verront d'ailleurs la naissance de « la famille industrielle »³². Animée par un phénomène de rétrécissement et d'autonomie de ses membres, la famille entre dans une ère nouvelle... Immédiatement, surgit un paradoxe. Le droit de la famille se tourne vers une plus grande autonomie de ses membres, à la conquête de l'individualisme ; mais dans le même temps, certains d'entre eux sont à la recherche d'aides. Et, face au foisonnement des décompositions familiales, le soutien du cercle familial cède sa place à la solidarité nationale.

Dès lors, comment la nation répond-t-elle aux besoins croissants des majeurs incapables ou sur le chemin de l'incapacité ?

A première vue, la réponse se trouve dans la définition de l'Etat-Providence. La création de nouveaux revenus, l'ouverture de droits de créance par le versement de prestations sociales, et par suite, leur contrôle à travers la TPSA permet d'éviter le prononcé d'une mesure d'incapacité.

La pratique est bien plus obscure... L'intéressé s'estime bien souvent « placé sous tutelle » ne percevant pas la différence entre la tutelle dite « aux prestations sociales » et celle dite « d'Etat ». Certes, la première concerne seulement les prestations sociales versées à l'adulte alors que la seconde concerne le patrimoine dans son entier (et parfois la personne majeure). Mais, la frontière demeure floue d'autant que 20% des TPSA sont complétées par une tutelle, une curatelle ou une sauvegarde de justice.

L'insuffisante gestion sociale de l'adulte (Titre 1^{er}) nécessite en parallèle une protection indépendante des intérêts civils du majeur (Titre 2nd).

³¹ Loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, JORF du 15 décembre 1964, p. 11 40

³² CARBONNIER (J.), « A chacun sa famille, à chacun son droit » in *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 182

TITRE 1^{ER} : L'INSUFFISANTE GESTION SOCIALE DE L'ADULTE

«Le degré d'émancipation de la femme témoigne du degré d'industrialisation d'un pays »³³.
Mais, la protection accordée par une société aux plus faibles de ses membres ne révèle-t-elle pas son niveau de civilisation ?

En France, la loi protège ceux que la vie ou le destin a cruellement brisés, broyés et qui sont souvent anéantis parce que réduits à une dépendance souvent viagère : âgés ou plus jeunes, handicapés ou foncièrement valides, malades, misérables ou défavorisés...

Le droit civil, le droit pénal et le droit de la protection sociale forment un triptyque qui élève de ses plus hautes faiblesses l'individu.

Dès l'époque napoléonienne, le Code civil et le Code pénal de 1810 préservent de la précarité ou de la vulnérabilité. Cent ans plus tard, l'Etat-Providence, à son tour, construit une nouvelle branche du droit : le droit de la protection sociale. Fondé sur l'assurance lors de la réalisation de risques sociaux (la naissance, la maladie, le handicap, le chômage, la vieillesse), et afin de concerner le plus large éventail de situations et de personnes, le droit de la protection sociale emploie une terminologie spécifique, plus généreuse, plus libérale que ses homologues : « l'enfant et l'adulte » supplantent respectivement le « mineur et le majeur ».

Le portrait de la société française va prendre entre 1900 et l'an 2000 une nouvelle tournure. La protection sociale, faisant l'éloge de la solidarité nationale, va connaître quelques dérives. Notamment, la gestion sociale de l'adulte va s'avérer insuffisante.

Le rôle de reproducteur du corps social rempli par la famille, *continuum* humain, est revisité depuis le siècle dernier. La société doit alors relayer les familles économiquement meurtries. Ainsi, s'enracine la solidarité nationale face à la démission familiale (Chap. 1^{er}).

Mais jamais le droit de la protection sociale, y compris dans ses aspects patrimoniaux, ne modifie la capacité juridique de la personne. L'intéressé a une incapacité sociale mais la pleine capacité juridique (Chap. 2).

³³ CARBONNIER (J.), *Ibid*

CHAPITRE 1^{er} : LA SOLIDARITE NATIONALE FACE À LA DEMISSION FAMILIALE

La solidarité nationale s'est construite en plusieurs étapes : d'abord par le versement de prestations sociales, puis par le contrôle de leur bonne administration et utilisation.

En réponse aux banqueroutes des familles, le jeu de la double solidarité nationale prend naissance, à travers la tutelle aux allocations familiales (**Section 1**), et s'enracine de manière plus universelle à travers la tutelle aux prestations sociales (**Section 2**).

Section 1 : Banqueroutes de la *familia*

Les familles sont en faillite (I) de sorte que la solidarité familiale laisse place, avec la naissance des tutelles aux allocations familiales, au double jeu de la solidarité nationale (II).

I – Familles en faillite ou constat de carence

Le cercle familial est à l'aube du XX^e siècle en péril, à la recherche d'une seconde famille, la Grande Famille Humaine. La définition de la famille (A) et le visage des familles du début du XX^e siècle (B) explique le cri de familles en péril (C).

A. Définition de la famille

Parce qu'un et un font trois, « l'enfant fait famille ». Première œuvre de l'Homme, embryon de la société, force centrifuge trans-générationnelle, mère porteuse de l'Humanité, la famille donne la vie, donne (de) la vie sociale, donne son sens à la vie. Mais, quel sens donner à la famille ? Premier haut lieu dans lequel – et duquel – naît l'enfant, reproducteur du corps social, la famille, « les familles pépinières » ou encore « les familles séminaires de l'Etat » nourrissent civilisations, sociétés, pays, sans frontière, et bien au-delà, l'Humanité toute également car « c'est par elle[s] que l'espèce humaine se survit »³⁴.

Si de prime abord, le dessein de la famille est d'une évidence criante, s'adonner à circonscrire celle-ci n'est que vaine entreprise à raison sans doute de sa polysémie : les corps scientifiques,

³⁴ LEFEBVRE-TEILLARD (A.), V^o Famille in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 788

sociologiques, politiques, économiques, religieux, philosophiques tour à tour peuvent en témoigner.

L'homme de loi caractérise de manière bicéphale, comme il lui est de coutume, la famille endossant ainsi un caractère extrapatrimonial d'une part, et patrimonial d'autre part. D'un point de vue extrapatrimonial, la famille n'est autre que la conjugaison de la parenté et de l'alliance, cantonnée à des rapports purement personnels, droits indisponibles au demeurant. Aux antipodes des rapports personnels, se trouve la matrice de la famille, nécessaire à son existence, à sa transmission, à sa pérennité : le patrimoine de la *familia*³⁵.

La famille, si elle est universelle³⁶ et intemporelle³⁷, ne connaît néanmoins pas de définition mais des définitions, donnant le plus fréquemment lieu, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme, à l'élaboration d'une notion autonome³⁸. Pour témoins, bien au-delà de la diversité des domaines – de la philosophie à la science en passant par la littérature –, au sein même de chaque branche du droit, surgit une définition propre, autonome, spécifique tel en droit social, fiscal ou européen encore qu'elle soit suggérée ou évincée par la notion même de « vie familiale »³⁹. En effet, bien souvent, la famille n'est qu'évoquée, le législateur – et le Code Napoléon en est le précurseur tout en plaçant celle-ci au cœur de son édifice – fait l'économie d'une définition dont la notion évolue au gré des époques. La famille est un concept introuvable.

B. Visages des familles du début du XX^e siècle

Si la Révolution Française accouche d'un code en l'honneur de la famille, cent ans auront suffi pour que la Révolution Industrielle provoque en cette dernière au-delà de quelques balbutiements, et dans un contexte socio-économique où règnent la misère, les hommes et la guerre, un véritable avortement, sinon tout du moins une démission de ses acteurs.

³⁵ Originellement l'ensemble des biens et des esclaves se trouve dans les mains du *pater familias*.

³⁶ Art. 16 Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ; Articles 8 et 12 de la Conv. EDH

³⁷ Les premiers foyers de peuplement étaient constitués en famille dès la civilisation minoenne (I^{er} et II^{ème} millénaires avant notre ère) à l'époque de l'âge de bronze.

³⁸ CEDH, 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, n°6933/74 ; CEDH, 15 octobre 1986, K. c. Royaume-Uni, n°11468/85. La notion de vie familiale est le sens européen retrouvé dans la CEDH distinct de celui donné par chaque Etat membre. C'est un lien existant entre deux personnes appartenant à la même famille.

³⁹ Art. 8 Conv. EDH

L'essoufflement de la famille patrimoniale, qui ne peut feindre, comme son homologue extrapatrimonial, survivre⁴⁰ face à la paupérisation grandissante se fait ressentir dès les aurores du XX^e siècle. La famille d'Emile Zola crie famine, ses enfants, telle Cosette⁴¹, grandissent entre deux guerres quand ils ne voient pas le jour dans une famille « monoparentale de fait » – d'un père Poilu –, et succombent à une vitesse incommensurable.

Dans un climat où les hommes affamés sont des soldats, entre amère défaite d'un conflit franco prussien (1870-1871) et préparation puis passage à l'acte de la « Der des Ders » (1914-1918), dont les lendemains ne seront d'ailleurs pas plus prometteurs, – une nouvelle décennie d'entre-deux-guerres s'annonce –, la famille souffre. Aussitôt, le patrimoine familial devient misérable, sa fonction originelle – de transmission, et d'accroissement de générations en générations – à mille lieux des réalités économiques s'estompe. Cellule *vitae* aux portes de la mort, la famille patrimoniale effleure la banqueroute.

C. Le cri des familles en péril

Le déclin constant de la famille durant une génération (1900-1930), dont les grands-parents du XXI^e siècle peuvent avoir non sans mal souvenir, appelle à la responsabilité de l'Etat français. Les gouvernements de la III^e République⁴² portent alors le costume de l'administrateur *ad hoc* d'innombrables familles dont la situation économique, financière paraît plus qu'irréremédiablement compromise. De surcroît, se développe parallèlement et naturellement, un nouvel écueil, celui des inégalités dont l'argent, moyen d'échange entre famille et société, promoteur de la famille patrimoniale, est indéniablement la source.

Le rôle de la société est de répondre aux besoins des familles sans plus aucun moyen financier au nom de la solidarité nationale. Comment niveler de telles inégalités familiales, comment répondre à l'appel de familles en péril, comment aussi appréhender et corriger des inégalités sociales touchant en premier lieu les enfants ?

⁴⁰ Si la seule famille légitime était juridiquement reconnue, nombre d'enfants étaient adultérins alors qu'une famille sans patrimoine ne peut subvenir à ses propres besoins, condamnée automatiquement à la faillite.

⁴¹ HUGO (V.), *Les Misérables*, 1862

⁴² 1875-1940, notamment sous la Présidence de Mac Mahon (1873-1879), Sadi Carnot (1887-1894), Félix Faure (1895-1899) ou encore Emile Loubet (1899-1906), Armand Fallières (1906-1913), et Raymond Poincaré (1913-1920) jusqu'à même Paul Deschanel (1920), Gaston Doumergue (1924-1931) ou Paul Doumer (1931-1932).

II – Naissance de la tutelle aux allocations familiales : le jeu de la double solidarité nationale

Sentinelle des familles, la solidarité de premier degré (A) est complétée par une solidarité de second degré (B).

A. Solidarité de premier degré : allocations aux familles démissionnaires

La solution préconisée face aux désordres grandissants de l'économie des familles fût dès la seconde moitié du XIX^e siècle, la création de nouveaux revenus, œuvre audacieuse et isolée de patrons catholiques. Compensation des charges de famille du fait d'élever un enfant, une pareille pratique telle les « Tutelles à la Zola »⁴³, dans un éminent contexte de chaos socio politico économique, a été fortement controversée. Pour autant, l'intelligence de cette conduite a été réitérée par Romanet⁴⁴ au cours de la Première Guerre Mondiale aux vues de constats éloquents d'enquêtes réalisées soulignant d'une part que la misère paraît proportionnelle au nombre d'enfants – plus il y a d'enfants, plus la misère est omniprésente – et, d'autre part d'une nécessaire stabilisation (sinon stabilité) du travail – il faut fixer l'ouvrier ! –.

Le travail apparaît dès lors comme le premier acteur de régulation sociale. En 1916, à la tête des Etablissements Métallurgiques Régis-Joya, l'ingénieur grenoblois instaure les premières allocations versées aux ouvriers, pères de famille d'enfants mineurs de treize ans, sortes de compléments de salaires, édifiant ainsi un véritable modèle, certes suivi par d'autres, mais auquel de nombreux patrons demeurent hostiles, provoquant de réelles discriminations. En plein essor, la notion de « compensation de charges familiales » apparaît en filigrane, véhiculée par celle de « juste salaire ». La création d'une caisse spécialisée par les industriels⁴⁵ pour lutter contre les discriminations se dégage en 1918, les initiatives isolées s'institutionnalisent alors, au secours de familles en profonde détresse.

⁴³ Cité par BAUER (M.) et FOSSIER (T.), Préface des Ministres d'Etat VEIL (S.) et MEHAIGNERIE (P.) in *Les tutelles, protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, Paris, ESF, 1994, p. 40 . C'est le sens que donne Madame Bellon à la tutelle aux prestations sociales dans le cadre de la protection de l'enfance.

⁴⁴ DREYFUS (P.), *Emile Romanet, Père des Allocations familiales*, Arthaud, 1965. Emile Romanet était un ingénieur grenoblois, directeur des établissements métallurgiques Régis-Joya.

⁴⁵ CCFO, Klein, Harmel, Pat du Bord, Marine, PTT, etc.

Les Années Folles voient la solidarité nationale se fortifier. Les lois de 1923⁴⁶ et 1932⁴⁷ se complètent : l'une souligne l'avènement de la notion d'allocations à caractère familial⁴⁶, l'autre fait obligation aux employeurs de s'affilier à une caisse de compensation. L'objectif bien au-delà de la solidarité est de lutter contre les inégalités et discriminations naissantes entre les secteurs public et privé. Ainsi, l'agrément ministériel, l'existence d'un contrat de travail ou encore d'un lien légal entre allocataire et parent sont autant de conditions *sine qua non* au versement de ces nouveaux revenus, nommés dès lors allocations.

Les Comités Centraux des Allocations Familiales (CCAF), seuls éléments de rémunération du travail lors de leur création en 1921, deviennent dès 1932 un levier de politique familiale et démographique, dans l'esprit de l'obligation de la scolarité⁴⁸ et en conformité aux progrès techniques.

Les initiatives isolées se novent en obligations légales avec notamment l'instauration d'un Code de la Famille par le Décret-loi du 29 juillet 1939⁴⁹. Sous le régime de Vichy, l'idée d'associer l'allocataire à la gestion de sa caisse va timidement éclore.

Aux lendemains de la Seconde Guerre Mondiale, la loi du 22 août 1946 abandonnera définitivement la notion de sursalaire, plaçant l'enfant au cœur du dispositif comme le confirmera la Cour de cassation en 1948⁵⁰.

Le maintien du travail sera l'un des objectifs poursuivis. En effet, il est à cette époque nécessaire, à la fois d'éviter qu'un père de famille ne vive aux dépens de la société, et de rassurer l'opinion publique qui pressent un haut risque de gaspillage. De plus, maintenir le caractère intrinsèquement alimentaire des allocations versées nourrira, fidèle à la vocation du salaire, la finalité de telles aides sociales.

Les Caisses d'Allocations Familiales et Caisses Nationales d'Allocations Familiales, composées d'employeurs, de représentants des familles et d'employés seront pendant la

⁴⁶ Loi du 22 juill. 1923, Loi d'encouragement national à donner aux familles nombreuses octroi d'une allocation pour chaque enfant au-delà du troisième, JORF du 2 août 1923, p. 7546. Versement de 60 à 90 F à tout chef de famille ayant quatre enfants mineurs de 13 ans, prélèvement sur le budget de l'Etat ou des Collectivités Locales.

⁴⁷ Loi Landry du 11 mars 1932, Généralisation des sursalaires familiaux à tous les salariés de l'industrie et du commerce à partir du deuxième enfant, JORF du 12 mars 1932, p. 2626. 230 Caisses voient le jour.

⁴⁸ Loi du 16 juin 1881 qui établit la gratuité absolue de l'enseignement primaire dans les écoles publiques, dite Loi « Jules Ferry » et « Paul Bert », JORF du 17 juin 1881, p. 3313. Et, loi du 28 mars 1882 qui rend l'enseignement primaire obligatoire et laïc, JORF du 29 mars 1882, p. 1697. Grandes Lois sur l'enseignement primaire des garçons et filles âgées de 6 à 13 ans prises par le Jules Ferry, Ministre de l'Instruction (1879-80 puis 1882), puis Président du Conseil. (1880-1881) revisitant la Loi Guizot de 1832 ouvrant une « maison école » dans chaque village, d'abord mal appliquée et réservée aux garçons, puis étendue aux filles dès 1850.

⁴⁹ Décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française *dit* Code de la Famille, JORF 30 juillet 1939

⁵⁰ JCP 1948, II 4324, Note Gauchier ; Dr. Soc. 1949 p. 148 note P. Durand

seconde moitié du XX^e siècle constamment remises en cause. En effet, le système est parfois perçu, sans doute par les moins nécessiteux, comme un service payeur de l'Etat, débiteur de prestations sociales. Dès lors, la sanction de mauvaises utilisations doit s'organiser en parallèle puisque « l'enfant devient un droit de créance »⁵¹.

B. Solidarité de second degré : la tutelle aux allocations familiales

Le triomphe de la bataille aux allocations familiales, désormais inscrites dans les lois de la République, va être rapidement terni par les premières failles ou effets pervers hautement exploités par les moins scrupuleux, aussi les plus impécunieux. L'enfant se révèle être un gain de fortune notamment lorsqu'il est élevé dans des « *conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses* »⁵², monnaie courante à l'époque du baby-boom d'après-guerre. Aussitôt, se forge un dispositif de lutte contre les familles sinon déficientes, usurpatrices du système : dès 1938, des retardements ou suspensions – sans réaffectation néanmoins – de versements sont prévus lorsque les enquêtes sociales révèlent des fraudes ; dès 1939, le Bureau de Bienfaisance ou la personne ayant charge des besoins de l'enfant peut percevoir la prime de naissance ; dès 1940, le dispositif s'étend à toutes les allocations ; et, à partir de 1941, sous l'influence du Doyen René Savatier (1892-1984), une dépénalisation intervient car la mission confiée à la police appartiendra désormais à un service social.

Indéniablement, telle une suite logique, au-delà même des effets pervers du versement d'allocations familiales, un deuxième degré de solidarité nationale s'impose. La prise en charge patrimoniale des familles doit être doublée d'une prise en charge de leur gestion patrimoniale, dessein de la tutelle aux allocations familiales.

Par la loi du 18 novembre 1942⁵³, naissent les tuteurs aux allocations familiales, nouveau corps de métier, personnes morales⁵⁴ composées de bénévoles dont la motivation repose sur deux fondements : le regroupement des familles pour les familles – telle l'aide de l'homme par l'homme –, et la protection de l'enfant abandonné, mal nourri, vivant dans des conditions de précarité certaine. Cette mesure phare s'accompagne d'une extension du critère posé en

⁵¹ NOGUES (H.) en ouverture du colloque de l'UNAF, Paris, Mutations sociales et actions tutélaires aujourd'hui...et demain (1992), Cité par BAUER (M.) et FOSSIER (T.), *in Op. Cit.* p. 51

⁵² Décret-loi du 12 nov. 1938 relatif aux allocations familiales, JORF 15 nov. 1938 p. 12978

⁵³ Loi du 18 nov. 1942, D. 1943 IV p. 27

⁵⁴ UDAF

1938, d'un pouvoir de signalement élargi à la tête duquel se trouvent le Préfet, le juge de paix mais surtout le juge des enfants depuis 1946⁵⁵.

La tutelle aux allocations familiales déjà nommée tutelle aux prestations familiales protège ou sanctionne-t-elle ? Toujours défenseur de la famille en péril, tantôt mère de substitution d'enfants victimes de familles « déficientes, incapables »⁵⁶, tantôt sanctionnateur de familles au crochet de la société, ce balancier éternel penche en faveur du « bon emploi des prestations sociales »⁵⁷ alors que la tutelle aux prestations sociales, dans les rouages du Parlement de la République, pointe à l'horizon, faisant fi de controverses doctrinales⁵⁸.

Section 2 : Les tutelles aux prestations sociales, héritières de la tutelle aux allocations familiales

L'enlèvement des familles d'après-guerre (I) conduit à étendre la sauvegarde de l'enfance par la tutelle aux prestations sociales enfant (II) à l'adulte (III).

I – L'enlèvement des familles d'après-guerre

Sous la IV^e République, la famille s'enlève, son patrimoine se dessèche, non à raison de dettes, mais parce frappée par l'incurie, le désordre ou l'oisiveté. La demeure des années Cinquante se compose volontiers d'une dizaine d'enfants, parfois plus encore, élevés – ou non – par une mère au foyer dont le mari occupe les fonctions « d'O. S. »⁵⁹ à l'époque du Fordisme. Hélas, les premiers endettements⁶⁰ surgissent compendieusement à l'aube des années Soixante sans avoir pu être détectés malgré les nombreux signes avant-coureurs, vraisemblablement faute d'Observatoire National de la Famille.

⁵⁵ V. *Infra*

⁵⁶ CECCALDI (D.), *Histoire des prestations familiales en France*, UNCAF, 1^{ère} éd., 1957 Cité par BAUER (M.) et FOSSIER (T.) in *Op. Cit.* p. 54 « La tutelle aux prestations familiales tend essentiellement à sauvegarder les intérêts fondamentaux de l'enfant, victime d'un détournement des allocations familiales par des parents indignes ou simplement déficients, ou incapables ».

⁵⁷ Volonté du Gouvernement confirmée par René Marcellin.

⁵⁸ Alors qu'O. Launay défend l'idée « qu'il n'était pas concevable que des êtres humaines ne bénéficient pas pleinement de l'amélioration de leur sort qui avait été prévue, uniquement parce qu'ils sont seuls ou parce qu'ils vivent dans des milieux familiaux qui n'ont pas conscience de leur responsabilité » à l'inverse R. Cance se demande en quoi le versement de prestations sociales peut « améliorer les conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène des enfants ? » in BAUER (M.) et FOSSIER (T.), *Op. Cit.* p. 57

⁵⁹ Ouvrier Spécialisé

⁶⁰ Endettements de nature alimentaire d'abord, de logement, d'accession à la propriété, puis de biens de consommation, embryon des crédits revolving.

Dans le même temps, les prémices du travail social affrontent les familles avides du moindre franc ; et progressivement, se construit, de manière fragmentaire, la loi du 18 octobre 1966⁶¹, notamment sous l'influence des Caisses d'Allocations Familiales prônant l'aide aux familles plus qu'un contrôle de l'utilisation des allocations. Le tuteur aux prestations sociales endosse alors une double casquette parce qu'à la fois éducateur et comptable, parce que tuteur à la personne et tuteur aux biens.

Comment alors limiter la puissance paternelle – l'autorité parentale serait un terme plus actuel – par une action sociale d'insertion ? L'Etat a-t-il un droit d'ingérence dans la gestion patrimoniale de la famille ? L'Aide sociale a-t-elle compétence, pouvoir pour s'immiscer, au nom de la protection de l'enfance, au cœur de la famille ? Refuge des familles, la tutelle aux prestations sociales, sauvegarde de l'enfance, de l'enfant en péril ne touche-t-elle pas aussi l'adulte infantilisé, marginalisé ?

II – la sauvegarde de l'enfance par la tutelle aux prestations sociales enfant

Protéger socialement l'enfant est l'objet de la tutelle aux prestations sociales enfant (A). Pour sa mise en œuvre, une procédure civile est prévue dans le Code de la sécurité sociale (B).

A. Objet de la TPSE

Réponse aux problématiques familiales, la loi du 18 octobre 1966, fidèle à l'esprit du Décret-loi du 29 juillet 1939, a pour finalité de sanctionner, par un contrôle patrimonial *a posteriori*, toute mauvaise utilisation des prestations sociales en invitant à la fois à une insertion sociale par l'aide éducative, économique et psychologique. La tutelle aux prestations sociales consiste à confier à des travailleurs sociaux, trésoriers du budget et conseillers des familles, l'administration de prestations versées destinées à leurs enfants. Néanmoins, même si la pratique laisse subsister une certaine confusion, cette forme de mandat judiciaire ne concerne ni plus ni moins que les prestations familiales mal gérées ou détournées de leur but.

⁶¹ Loi n°66-774 du 18 oct. 1966, Tutelle aux prestations sociales, JORF du 19 octobre 1966, p. 9219

B. Procédure

La procédure de mise en œuvre d'une tutelle aux prestations sociales est prévue aux articles R 167-2 et suivants du Code de la sécurité sociale. La requête initiale (1), la convocation et l'audition (2), la décision (3), puis la notification de celle-ci (4) sont les quatre étapes nécessaires à l'ouverture d'une tutelle aux prestations sociales enfant (TPSE).

1) Requête initiale

La requête initiale, comprenant certaines mentions obligatoires, est déposée au greffe du Tribunal de Grande Instance du lieu du domicile ou de la résidence de l'allocataire. Les demandeurs sont, selon l'article R 167-2 CSS, les père et mère de l'enfant ou la personne investie du « droit de garde »⁶², la personne ayant la charge totale, effective et permanente de l'enfant, le Préfet, les organismes de prestations sociales, le chef de l'Inspection du travail, la DDASS, le Procureur de la République ou le juge des enfants d'office. La requête peut être formée lorsque les conditions énoncées à l'article L 552-6 CSS sont réunies. Il faut en effet que l'enfant, ouvrant droit à des prestations familiales, soit élevé dans des conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses ou que le montant desdites prestations ne soit pas employé dans son intérêt.

2) Convocation et audition

La compétence matérielle est attribuée au juge des enfants, nouveau magistrat spécialisé qui après convocation et audition de l'allocataire pourra ordonner toute enquête ou solliciter les familles, les services sociaux, voire les créanciers de façon à apprécier objectivement à court, moyen et long terme les difficultés financières des familles. En effet, les familles devant accepter une « indépendance guidée », les travailleurs sociaux, pourvoyeurs de renseignements, auteurs de signalement de l'enfant en danger, et les créanciers⁶³, sont autant d'informateurs au service du juge. L'audition de l'allocataire, dans un esprit à l'abri de tout mépris, et les audiences se déroulent à huis clos dans un souci de discrétion.

⁶² La notion de « droit de garde » a été substituée à celle « d'exercice de l'autorité parentale » par la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 mars 2002, p. 4161 modifiant l'article 371-1 C. Civ.

⁶³ La TPSE apparaît comme un moyen audacieux de recouvrer des situations d'endettement.

3) Décision

Le jugement d'ouverture de la tutelle aux prestations sociales est rendu par décision motivée⁶⁴ dans un délai d'un mois après le dépôt de la demande initiale. Le juge des enfants désigne un tuteur aux prestations sociales choisi sur listes agréées et fixe l'étendue temporelle et matérielle de la mesure.

La durée de la mesure est enfermée dans un certain délai et son renouvellement est apprécié à son échéance. La gestion assurée par le délégué à la tutelle porte sur tout ou partie des prestations énoncées à l'article L 511-1 CSS : il s'agit de la prestation d'accueil du jeune enfant, des allocations familiales, du complément familial, de l'allocation de logement, de l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé, de l'allocation de soutien familial, de l'allocation de rentrée scolaire, de l'allocation de parent isolé et de la prime forfaitaire instituée par l'article L 524-5 CSS ainsi que de l'allocation journalière de présence parentale. Entre également dans le cadre du champ matériel de la tutelle aux prestations sociales la rente des articles L 434-10 s. CSS.

4) Notification

La décision, notifiée dans un délai de huit jours par lettre recommandée avec accusé de réception au demandeur et au tuteur est susceptible d'appel dans un délai de 15 jours.

Les délégués à la tutelle, interlocuteurs quotidiens des familles « déficientes », âgés d'au moins 25 ans, doivent offrir des capacités humaines, des connaissances juridiques et répondre à des garanties de moralité. Ils composent ainsi une nouvelle profession, tuteur, et sont mandataires judiciaires de la gestion des prestations sociales enfant⁶⁵. A leur écoute, la Commission Départementale de la Tutelle aux Prestations Sociales assure des fonctions économiques : budgets prévisionnels annuels, prix et coûts mensuels de chaque tutelle.

Sur ce modèle, la solidarité nationale, attentive à l'enfant, va progressivement porter un intérêt particulier pour les adultes, au-delà même de la fonction parentale que ces derniers

⁶⁴ La motivation permet une contestation par l'allocataire, la publicité étant cantonnée à la sphère familiale, valorisant « l'oubli légal du condamné ».

⁶⁵ Art. 552-6 *in fine* CSS

peuvent exercer. Il ne s'agit plus de déjouer un « détournement de prestations » ou d'institution mais d'apporter une aide aux adultes : par le versement et la gestion de prestations sociales.

III – Extension de la TPSE à la TPSA

Mêmes causes, mêmes effets : Secourir les enfants en péril ne revient-il pas à ne s'attaquer qu'aux seuls effets de la question des problématiques sociales de la famille ? L'enfant est le fruit d'adultes, l'enfant en péril est l'indice d'adultes en péril. Dès lors, intervenir dès la racine n'est-il pas un impérieux défi auquel l'Etat souverain doit se livrer ? Le grand âge, le handicap, l'intempérance, l'oisiveté, la prodigalité ne sont-ils pas autant de malaises qui frappent les adultes, et par ricochet les familles, *a fortiori* les enfants ?

Dès 1964, dans le processus d'élaboration de la loi du 18 octobre 1966, naît le projet de création de prestations sociales destinées aux adultes. Demi-mesure, à demi-mot proportionnelle aux demi maux dont les adultes sont les premiers titulaires, perçue pour « sauvegarder les intérêts des bénéficiaires d'allocations qui, en raison de leur état physique ou mental, d'une déficience physique ou parce qu'ils vivent seuls, ne peuvent obtenir que lesdites prestations soient consacrées à leur entretien propre »⁶⁶, ce dispositif innovant va très vite prendre le nom de Tutelle aux Prestations Sociales Adulte (TPSA).

Parent pauvre du dispositif tutélaire, le vocable à lui seul laisse un goût âpre tendant à réduire les pittoresques « cas sociaux adultes » en « assistés », la TPSA est perçue plus comme un contrôle social qu'un pacte social. Cette deuxième forme de tutelle naissante tente en vain d'améliorer son image.

L'article L 167-2 CSS prévoit ainsi un régime de tutelle aux prestations sociales adulte calqué sur son homologue de l'enfant, juridiquement incapable. Si le mineur ne dispose que d'une capacité de jouissance, le majeur non protégé jouit en sus d'une pleine capacité d'exercice. L'incapacité sociale du majeur placé sous un régime de tutelle aux prestations sociales, se heurte à la pleine capacité juridique. Créant ainsi un véritable fossé, l'incapacité sociale doit alors se conjuguer avec la pleine capacité juridique du majeur.

⁶⁶ LAUNAY (O.) Cité par BAUER (M.) et FOSSIER (T.), *Op. Cit.*p.57

CHAPITRE 2ND : INCAPACITÉ SOCIALE, PLEINE CAPACITÉ JURIDIQUE

La TPSA vient au secours d'un « mauvais gestionnaire », à l'origine utilisant les conditions de vie de son enfant pour contourner l'institution sociale, puis peu à peu en réelle quête d'aide financière et sociale.

Ainsi, l'inaptitude ou l'incapacité sociale est réelle mais la capacité juridique demeure intacte. Au secours social d'un mauvais gestionnaire (Section 1), la TPSA est confrontée à la situation d'un géré civilement capable (Section 2).

Section 1 : (Au) secours social d'un mauvais gestionnaire

De la sauvegarde de *l'infans* à celle de l'âge adulte (I), le seul modèle qu'est la tutelle aux prestations sociales s'étend aux adultes faisant de la TPSA une protection sociale du patrimoine (II).

I – De la sauvegarde de *l'infans* à la sauvegarde de l'âge adulte

La solidarité nationale se veut de plus en plus extensive au fil du XX^e siècle, dans un cadre où s'enracine désormais l'Etat-Providence, mécène de la promotion sociale qui entre graduellement dans les mœurs, résolue à braver l'économie en déclin. Le droit à une deuxième chance, l'effort d'oubli d'un passé tumultueux favorable à la construction d'un « bon père de famille » pour lequel œuvre la société française concerne, certes l'enfant, mais aussi l'adulte (infantilisé).

La tutelle aux prestations sociales, héritière de la tutelle aux allocations familiales, ne concerne *a priori* et malgré ses apparences en aucun cas les régimes civils de protection des mineurs et des majeurs. Sa finalité, loin de protéger quelque personne ou bien⁶⁷, est cantonnée à la sanction d'une mauvaise utilisation des seules prestations sociales.

⁶⁷ C'est la finalité des régimes civils de protection, C. Civ.

Dès lors, la tutelle aux prestations sociales – enfant ou adulte – est dissemblable de la tutelle civile – du mineur ou du majeur – en ce qu'elle ne porte que sur les prestations sociales. L'œil des pouvoirs publics observe singulièrement l'utilisation des prestations allouées à leurs bénéficiaires.

Néanmoins, la pratique laisse jaillir une certaine confusion : sans être une mesure de protection au sens du Code civil, parce que sans effet sur la capacité juridique, la tutelle aux prestations sociales n'est pourtant pas totalement indissociable de la tutelle civile. La première est souvent l'accessoire de la seconde et toutes deux connaissent une identité d'acteurs...

En pratique, l'inimitié, le ressentiment et l'inquiétude de perdre tout monopole de la gestion patrimoniale sont prodigieusement éprouvés.

Le mineur ne dispose que d'une capacité de jouissance, la capacité d'exercice étant confiée en principe à ses parents. La gestion de son patrimoine et des prestations sociales versées dans son intérêt, qui caractérise l'ingérence étatique, ne soulève alors que peu d'hostilité de l'*infans*, « enfant qui ne parle pas ». La TPSE revient à lui substituer un tuteur par un autre, de surcroît dans son intérêt.

Le majeur en revanche dispose non seulement d'une capacité de jouissance, d'exercice mais aussi de la capacité d'exercer les droits de son enfant. Indéniablement, non content de s'être vu suppléer dans la gestion du patrimoine de son enfant, voilà avec la tutelle aux prestations sociales adulte, un majeur soustrait de sa propre gestion patrimoniale. Le *paterfamilias* perd ainsi progressivement tout monopole familial mais aussi personnel.

En outre, si l'ingérence étatique est motivée par la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant, au demeurant potentiellement mis à mal par les tuteurs naturels, l'ingérence au nom de la sauvegarde de l'adulte est perçue comme une réelle défiance par ce dernier. L'intérêt n'est-il pas alors de surveiller la bonne destination des fonds publics plus que de sauvegarder l'intérêt de l'adulte ?

II – La tutelle aux prestations sociales adulte, une sécurité sociale du patrimoine

L'esprit du Code de la sécurité sociale est de protéger les individus contre les risques sociaux.⁶⁸ Conforme à la vocation du code d'après guerre, la tutelle aux prestations sociales adulte donne son intitulé au chapitre 7 du titre 6 du livre I^{er} dudit code. Construite par analogie à la procédure connue pour la tutelle aux prestations sociales enfant, la procédure civile (A) dont le domaine est néanmoins différent (B) en fait une tutelle hybride (C).

A. Procédure civile

La procédure d'ouverture d'une TPSA obéit aux principes du droit de la procédure civile. L'ouverture (1), l'audience et le jugement (2), la notification (3), puis les recours envisageables (4) seront successivement présentés.

1) Ouverture de la procédure

Aux termes de l'article L 167-1 CSS, la demande d'ouverture d'une tutelle aux prestations sociales peut être formée lorsque les prestations servies ne sont pas utilisées dans l'intérêt du bénéficiaire, en raison de son état mental ou de déficience physique, ou, lorsqu'il vit dans des conditions d'alimentation, de logement ou d'hygiène manifestement défectueuses.

Le dépôt de la demande⁶⁹ est effectué par le bénéficiaire, son conjoint sauf cessation de communauté de vie, le Préfet, les organismes de prestations sociales, le directeur régional ou départemental des affaires sanitaires et sociales, le chef de l'Inspection du travail, le Procureur de la République ou le juge des tutelles d'office. La demande, déposée auprès du tribunal du lieu du domicile ou de la résidence du bénéficiaire, contient des mentions obligatoires ainsi qu'un avis consultatif du directeur de la DDASS.

⁶⁸ Risques sociaux : maladie, vieillesse, famille, recouvrement, emploi

⁶⁹ Art. R 167-1 CSS

2) Audience et jugement

Le juge des tutelles, compétent en vertu de l'article R 167-1 CSS, saisi de l'affaire, procède à la convocation de l'allocataire ou de tout intéressé⁷⁰ par lettre recommandée avec accusé de réception sauf avis médical contre indicatif. L'audience se déroule à huis clos⁷¹.

Le jugement rendu par décision motivée dans un délai d'un mois suivant le dépôt de la requête initiale fixe la durée et l'étendue matérielle de la mesure et désigne le tuteur. La durée de la mesure est nécessairement fixée mais le nombre de renouvellements n'est pas limité.

3) Notification

Le jugement est notifié par lettre recommandée avec accusé de réception, exploit d'huissier ou par voie administrative au bénéficiaire, au demandeur ainsi qu'au tuteur aux prestations sociales dans un délai de huit jours.

4) Recours

La décision, insusceptible d'opposition peut être frappée d'appel interjeté dans un délai de quinze jours par lettre recommandée avec accusé de réception ou déclaration au greffe de la Cour d'appel. La Cour, dans les mêmes circonstances⁷² rend un arrêt dans le délai d'un mois notifié sous huitaine aux parties.

Les décisions rendues par le juge des tutelles sont toujours provisoires. Le juge saisi d'une modification ou suppression de l'étendue de la tutelle aux prestations sociales rend une nouvelle décision conformément aux articles R 167-3 à R 167-8 CSS.

⁷⁰ L'art R 167-3 CSS offre au juge de vastes pouvoirs d'investigation lui permettant non seulement de convoquer l'allocataire, mais aussi à défaut, d'entendre la personne percevant les prestations, voire celle prenant soin du bénéficiaire.

⁷¹ Art. R 167-4 CSS

⁷² L'audience se déroule à huis clos, des expéditions peuvent être délivrées à des tiers après autorisation du Premier Président Près la Cour d'appel

B. Domaine

Les prestations sociales pouvant faire l'objet d'une tutelle aux prestations sociales adulte sont l'allocation d'aide sociale, le fonds national de solidarité (ou solidarité vieillesse), les avantages vieillesse des salariés et non salariés ou encore l'aide sociale aux personnes âgées. En effet, l'éclosion du « Quatrième âge » au cours du dernier demi-siècle et l'allongement de la durée de vie, synonyme de retardement de l'heure de la mort, donnent naissance à un véritable dispositif de protection sociale au profit des seniors. Mais, dès 1975 notamment, se développent de nombreuses aides en faveur des personnes frappées d'un handicap, pouvant rentrer dans le champ d'application matériel d'une TPSA : l'Allocation Adultes Handicapés⁷³, l'Allocation Compensatrice d'une Tierce Personne⁷⁴, la pension d'invalidité⁷⁵. S'ajoute le Revenu Minimum d'Insertion instauré par la loi du 1^{er} décembre 1988⁷⁶, financé par l'Impôt sur les Grandes Fortunes devenu Impôt de Solidarité sur la Fortune.

Le juge désigne le tuteur aux prestations sociales et fixe l'étendue de sa mission. Les tuteurs aux prestations sociales sont des personnes physiques âgées de minimum 25 ans ou des personnes morales à but non lucratif. Ils sont soumis à agrément préfectoral et doivent honorer leur mission dans un intérêt conforme à celui de la famille à laquelle appartient le bénéficiaire des prestations. En cas d'intérêts antagonistes, la récusation doit immédiatement être prononcée. L'effet du jugement emporte gestion des prestations sociales par le tuteur. Néanmoins, l'intéressé garde la libre disposition des prestations non couvertes par la mesure qui ne le frappe d'aucune incapacité civile.

Le rôle du tuteur est prévu aux articles R 167-28 et suivants du Code de la sécurité sociale. Après réception des fonds versés par les organismes débiteurs, l'affectation aux dépenses de première nécessité du bénéficiaire s'impose : les frais alimentaires, de chauffage et de logement sont visés en premier chef par le législateur. Toutefois, dans le cadre de l'action éducative menée en vue de la réadaptation à une existence normale, une partie des sommes perçues peut être mise à disposition de l'intéressé.

⁷³ Article 37 de la loi n°75-534 du 30 juin 1975, orientation en faveur des handicapés désormais à l'article 821-5 CSS désignée sous le sigle AAH

⁷⁴ Art. 39 *Ibid*, désormais à l'article L 245-1 CASF désignée sous le sigle ACTP

⁷⁵ Cass. Civ. 1^{ère} 18 avril 1989, JCP 1990, I n° 21467

⁷⁶ Art. 31 Loi n° 88-1088 du 1^{er} déc. 1988, JORF 3 décembre. 1988, p. 15119

Sous le contrôle du directeur départemental des affaires sanitaires et sociales à qui est fourni un compte de gestion trimestriel, les tuteurs aux prestations sociales assurent la comptabilité de l'emploi des fonds perçus. Est également placé sous le contrôle du juge, et du directeur de la DDASS⁷⁷, un rapport d'activité semestriel nourri d'observations faisant état des améliorations ou détériorations. De plus, le juge peut d'office ou à la demande de tout intéressé, à tout moment solliciter le tuteur pour que soient produits les comptes de gestion. La responsabilité civile du tuteur est engagée ; et, notamment, en cas de mauvaise gestion⁷⁸, le retrait d'agrément peut être prononcé. La confusion fréquente, notamment en raison de la proximité de la tutelle civile avec la tutelle aux prestations sociales, confère à cette dernière un caractère hybride.

C. Tutelle hybride

Financée par les organismes débiteurs de prestations sociales, la tutelle aux prestations sociales revêt un caractère à la fois séduisant par son pragmatisme mais déstabilisant ou hybride par sa nature juridiquement floue. Les tendances sont controversées. La TPSA est tantôt accusée de méfiance contre les assurés sociaux apparaissant comme un contrôle social sur les conditions de vie des plus intimes – quoique seulement patrimonial⁷⁹ – . Parfois, elle a pu être critiquée de méthode de recouvrement forcé de la part des créanciers bailleurs sociaux. Plus positivement, la TPSA est d'un réel secours social par la mise en place d'un tuteur, garant de « première nécessité » et pédagogue. Toutefois, elle est bien souvent résolue à n'être que l'anti-chambre de régimes civils.

L'effet notoire est la délégation aux tuteurs, questeurs des familles, d'une portion de la gestion patrimoniale du budget familial. En effet, seules les prestations sociales perçues par le bénéficiaire et mentionnées dans la mission délivrée par le juge, sont administrées par le tuteur ; de sorte que l'adulte (aussi majeur) conserve la libre disposition, gestion et administration des prestations non couvertes ou des revenus étrangers.

⁷⁷ Direction Départementale des Affaires Sanitaires et Sociales (DDASS)

⁷⁸ *Infra* p. 86

⁷⁹ La TPSA ne connaît en théorie qu'un volet patrimonial, cependant, le tuteur bien souvent s'invite au cœur des familles, brisant « le mur de la vie privée »

La pratique, lorsque les circonstances l'exigent, recourt alors à une astuce : doubler la mesure de tutelle aux prestations sociales d'une mesure civile de protection. Cela étant, avant même toute technique visant à renforcer la TPSA, il demeure qu'indéniablement, l'adulte dont les prestations sociales sont placées sous tutelle, demeure juridiquement pleinement capable.

Section 2 : Un géré civilement capable

L'adulte (du Code de la sécurité sociale), le majeur (du Code civil), compte tenu de l'organisation fonctionnelle du droit des incapacités (I) endosse, parce que par principe pleinement capable, une double casquette conflictuelle (II) même si subsistent des incapacités par exception (III).

I – Organisation fonctionnelle des incapacités

« Les personnes qui sont l'objet de nos lois sont celles qui jouissent de la vie civile. La vie civile n'est autre chose que la participation d'une personne aux droits de la société civile. La mort civile est le retranchement de cette société, et la privation de ces droits »⁸⁰.

Le droit civil distingue la capacité de jouissance et la capacité d'exercice. Si la première est l'aptitude à être titulaire de la capacité⁸¹, intimement dépendante du statut de l'état des personnes ; la seconde concerne, pour les personnes qui sont titulaires de droits, l'aptitude à mettre en œuvre ces derniers c'est-à-dire accomplir seul les actes juridiques.

Dans le droit contemporain, la protection des incapables est cantonnée aux incapacités d'exercice car les incapacités de jouissance n'existent plus en droit positif. Les incapacités d'exercice touchent les personnes qui, bien que titulaires de droits, ne peuvent les exercer, ayant alors recours à une tierce personne, lorsqu'elles sont placées sous un régime de protection notamment, chargée d'assurer leur bien-être personnel ou leur gestion patrimoniale. Les substituts de l'incapable ont-ils capacité ou pouvoir à exercer les droits du représenté ?

La capacité et le pouvoir, certes voisins, connaissent certaines dissemblances sujettes à d'abondantes controverses doctrinales ; néanmoins, la pratique apaise et réconcilie les auteurs

⁸⁰ Pothier (R.-J.)

⁸¹ A Rome, la pleine capacité était acquise par la possession de trois statuts : *liberatis, civilatis, familiae* c'est-à-dire libre, romain et sui juris.

aux opinions partagées. « Si la capacité est l'aptitude à exercer ses propres droits, le pouvoir serait l'aptitude à exercer ceux d'autrui »⁸²

A l'instar de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁸³, le Code civil Napoléon, selon une interprétation littérale, élève la liberté en principe universel et fait de l'oppression une exception. Le principe gouverneur est celui de la pleine capacité énoncé à l'article 489 alinéa premier du Code civil : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile* ». Immédiatement, les alinéas 2 et 3 consacrent l'exception, soit l'incapacité, à travers l'altération des facultés mentales de manière ponctuelle ou continue, par la prodigalité, l'intempérance ou l'oisiveté.

Socialement incapable, civilement capable, l'adulte placé sous tutelle aux prestations sociales va adopter une situation croisée et ambiguë : entre conscience et responsabilité, entre incapacité sociale – inaptitude sociale serait sans doute plus approprié – et capacité juridique, tantôt adulte, tantôt majeur, tantôt gestionnaire, tantôt substitué dans sa gestion patrimoniale... Source d'incompréhension, de confusion, il apparaît que certains actes précis lui sont soustraits alors que dans le même temps, il peut conclure un acte conservatoire, un acte d'administration ou un acte grave comme un acte de disposition. Entre incohérence et mise en place progressive d'une juste protection, notamment patrimoniale, une double casquette conflictuelle est endossée par l'adulte en détresse.

II – Adulte sous TPSA, majeur sous tutelle : une double casquette conflictuelle

La tutelle aux prestations sociales ne modifie pas la capacité juridique au sens de l'article 489 C. Civ. L'intéressé placé sous TPSA est un adulte « mauvais gestionnaire » dont l'administration de quelques actes lui est soustraite. Mais, il reste pleinement capable. Ainsi, l'intéressé a une double casquette : il est à la fois un adulte « mauvais gestionnaire » pour le Code de la sécurité sociale et un majeur pleinement capable au sens du Code civil.

Tous les actes accomplis par le majeur sont valables (A), mais il bénéficie d'une protection sociale en qualité d'adulte sous tutelle aux prestations (B).

⁸² CARBONNIER (J.), Cité par AYNES (L.) et MALAURIE (Ph.) in *Les personnes, les incapacités*, Paris, Defrénois, Droit civil, 3^oéd., 2007, p. 223

⁸³ Article 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression ».

A. Les actes valables du majeur

Livré à lui-même, capable et responsable, le majeur, maître de son patrimoine, s'engage pour l'ensemble des actes patrimoniaux – de toute nature – exception faite de la gestion des secours financiers publics de première nécessité assumée par un tiers. Les actes conservatoires⁸⁴, les actes d'administration⁸⁵ comme les actes de disposition⁸⁶ lui incombent, bien que suppléé par un tuteur aux prestations sociales en raison de son inaptitude manifeste à utiliser à bon escient les concours pécuniaires prêtés par l'Etat.

Institution naissante du droit privé dans le Code d'Hammourabi, sous une double facette – *negotium* et *instrumentum* – en droit romain, le contrat, acte juridique de droit privé, père fondateur de toute « *conventio* », est sans doute l'instrument phare du Code Napoléon, dont l'adulte capable bien qu'inapte socialement peut être partie. L'article 1101 C. Civ. définit le contrat comme une « convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, faire, ou ne pas faire⁸⁷ quelque chose ».

Quatre conditions sont nécessaires : consentement – c'est le principe du consensualisme, de la volonté des parties –, objet, cause et capacité. L'adulte bien que sous tutelle aux prestations sociales va ainsi pouvoir conclure toutes sortes de contrats généraux ou spéciaux tels les contrats de vente, contrats de bail⁸⁸, contrats de crédit, contrat de prêt etc... Toutes les dispositions applicables par principe à tout majeur se superposeront à l'aménagement spécifique de la gestion de certaines prestations sociales de l'adulte.

Aux côtés des actes purement patrimoniaux, se trouvent les actes extrapatrimoniaux, relatifs au statut personnel, familial. De manière analogue, tous les actes pourront être valablement formés sans aucune intervention de tiers, surtout pas du tuteur aux prestations sociales. Il s'agit des actions en changement de noms et prénoms ou de domicile ; ou encore l'aptitude à contracter mariage ou pacte civil de solidarité, à ester en justice, à intenter une action en établissement ou contestation du lien de filiation.

⁸⁴ Actes de maintien du patrimoine en l'état

⁸⁵ Actes de gestion courante

⁸⁶ Actes modifiant la composition du patrimoine

⁸⁷ Obligation de *dare, de facere, de non facere*

⁸⁸ En revanche un majeur frappé d'une incapacité, soit sous sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle, ne pourra signer qu'avec autorisation du juge des tutelles et avis du médecin une convention de jouissance précaire.

Le majeur dont l'autonomie de la volonté est limitée concernant les seules prestations sociales se trouve toujours pleinement capable. Une personne physique ne peut être frappée d'incapacité juridique au seul motif de son incompetence dans la gestion d'une partie de son patrimoine. Il faut là s'en réjouir car la capacité relève de l'état des personnes même si en pratique, un certain flou subsiste notamment pour le majeur protégé. Le point névralgique de la tutelle aux prestations sociales surgit vraisemblablement : s'agit-il réellement d'une sauvegarde patrimoniale du majeur ou d'un cynique contrôle de la finalité des deniers du Trésor Public ?

B. La protection sociale de l'adulte

L'adulte ne peut faire l'objet que d'une mesure de tutelle aux prestations sociales, conformément à l'article L 167-1 du Code de la sécurité sociale, alors que la majeur est plus largement visé par le Code civil pour toute mesure de protection telle la sauvegarde de justice, la curatelle ou la tutelle à la personne ou aux biens. La tutelle aux prestations sociales telle que prévue par le Code de la sécurité sociale semble être à la fois une disposition favorable à un secours approprié et dans le même temps l'antichambre d'une mesure civile dont il est nécessairement fait mention en marge de l'acte de naissance.

Ni trop, ni trop peu de protection ou la recherche d'un juste équilibre semble motiver le législateur en offrant des mesures para civiles, sorte de trousse patrimoniale de premiers secours. Pourtant ces invalides, gestionnaires d'une portion de leur patrimoine, risquent hâtivement de se tourner (ou d'être détournés) vers les régimes de protection prévus par le Code civil, recours d'ultime ressort.

Le visage des personnes physiques frappées d'une mesure de tutelle aux prestations sociales est économiquement ridé : pour preuve, la nature des prestations versées⁸⁹ et leurs destinataires⁹⁰. L'entente licite et confortable ou le temps de la coexistence entre tutelle aux prestations sociales et les régimes civils de protection appelle à une plus grande harmonie entre ces deux instruments. Parfois foncièrement invalides, l'espace que réserve le droit aux plus vulnérables est tangent.

⁸⁹ Avantages vieillesse des salariés et non salariés (art. L 167-1 CSS), allocation supplémentaire de fonds social de solidarité, aides aux adultes handicapés dite AAH dès 1975, aide à domicile

⁹⁰ Personnes marginalisées, handicapées ou âgées.

L'hôtel national des Invalides à Paris, dont la construction fut ordonnée par Louis XIV par l'ordonnance du 24 février 1670 pour abriter les invalides de ses armées symbolise la place que la société confère aux mutilés de la vie...

Parce que toute règle connaît une exception, tout principe, un tempérament, le Code civil propose quelques entorses occasionnelles au principe de pleine capacité dès atteint l'âge de dix-huit ans révolus.

III – Incapacités par exception

Le droit des incapacités, « l'honneur du droit »⁹¹ apporte une protection adaptée aux besoins de la personne. La seule cause de protection est l'altération des facultés mentales permettant d'offrir un statut juridique d'un instant ou d'une vie (A) au-delà des mécanismes de droit commun au service de la gestion des biens (B).

A. Altération des facultés mentales, seule cause de protection

Entre pleine capacité et incapacité, plus qu'un mauvais gestionnaire placé⁹² sous tutelle aux prestations sociales, l'intéressé va juridiquement être protégé par le biais du statut réservé au malade mental. Conforme à *l'Esprit des lois*⁹³ relatives à la protection des personnes vulnérables, face à un état éphémère ou un trouble passager, une protection appropriée ne peut être qu'occasionnelle. Les intérêts personnels et patrimoniaux de toute personne, en amont et en l'absence d'un régime civil de protection, quelque soit l'intensité, la durée ou la cause de l'altération des facultés mentales, doivent être garantis

La protection patrimoniale du malade mental se distingue de sa protection personnelle⁹⁴ précisée par la loi du 5 mars 2007.

L'avènement d'un régime de protection des biens de la personne sous l'empire d'un trouble mental ou dans un état de démence passager controversé les solutions du droit positif.

⁹¹ AYNES (L.) et MALAURIE (Ph.), *Les personnes, les incapacités*, Paris, Defrénois, Droit civil, 3^e éd., 2007, p. 203

⁹² L'adulte faisait l'objet d'une tutelle aux prestations sociales ne connaît aucune tutelle personnelle, seules les prestations versées sont sous la gouvernance d'un tuteur. V. *Supra*

⁹³ *Esprit des Lois*, Montesquieu, 1748

⁹⁴ *Infra* p. 106

En effet, la loi du 3 janvier 1968 entérine la jurisprudence antérieure consacrant l'incapacité d'occasion pour les actes irréfléchis mais rompt avec le principe de responsabilité délictuelle, enjeu et souci d'indemnisation des victimes oblige. *Specialis generalibus derogat* ! Actes juridiques et réparations des dommages causés connaissent alors deux fondements spécifiques : les articles 489 et 489-2 C. Civ.

Si « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit »⁹⁵, naturellement, l'état de démence ou l'insanité d'esprit suffit à vicier l'acte juridique patrimonial ou extrapatrimonial, à titre onéreux ou à titre gratuit. Ainsi, la sanction prévue par l'article 489 C. Civ. est la nullité sans pour autant geler les droits des tiers⁹⁶.

La nullité peut être prononcée par une appréciation souveraine des juges du fond au moment de l'acte. L'existence d'un régime de protection, la durée, la cause ou l'étendue du trouble sont indifférents. L'acte doit seulement exclure une volonté consciente et éclairée.

La charge de la preuve incombe à celui qui l'invoque par témoignages, présomptions et eu égard au principe de liberté des modes de preuve. La nullité relative, en vertu de l'article 1304 C. Civ., s'éteint soit à l'expiration d'un délai de 5 ans à compter de la date de conclusion de l'acte, soit en cas de confirmation de l'acte par l'intéressé ou ses représentants de son vivant, ou, par ses héritiers après son décès.

Cela étant, aux termes de l'article 489-1 C. Civ., les héritiers ne peuvent attaquer un acte⁹⁷ passé par le *de cuius* sous l'empire de la démence, même si cette solution est critiquée en doctrine⁹⁸. La nullité a pour effet un anéantissement rétroactif de l'acte, la remise des parties dans la situation initiale dans laquelle elles se trouvaient avec la restitution de la chose ou la réparation. Se pose alors la question de la responsabilité, sinon du tiers de mauvaise foi – contraint au versement d'une allocation de dommages-intérêts⁹⁹ -, du majeur lui-même, admise par le Cour de cassation¹⁰⁰.

⁹⁵ Art. 489 C. Civ. Formule utilisée déjà pour les donations (art. 901 C. Civ.) entendue en jurisprudence de manière extensive à tout acte juridique (contrat de vente, contrat de mariage, contrat d'assurance-vie...)

⁹⁶ Le jugement contre un malade mental peut être prononcé, les significations peuvent être dressées à son rencontre, de même peuvent être exercées toutes les voies d'exécution sauf lorsque son état de santé l'empêche de se défendre utilement.

⁹⁷ Art. 489-1, V. Civ. 1^{ère} 20 oct. 2004, Dr. Fam. Avr. 2005, p. 29 n°88 Sauf si l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental, conclu à l'époque où l'intéressé était placé sous un régime de sauvegarde de justice ou si l'action a été ouverte avant le décès aux fins de mise en œuvre d'une curatelle ou d'une tutelle.

⁹⁸ NOGUERO, D. 1956. 75 Cité par FENOUILLET (D.) et TERRE (F.) in *Droit civil, les personnes, les familles, les incapacités*, Paris, Dalloz, Droit Privé, 2002, p. 1212

⁹⁹ Pour illustration, Cf. Civ. 1^{ère} 24 fév. 1998, JCP 1998 II 10 118.

¹⁰⁰ Civ. 1^{ère} 28 janv. 2003 Dr. Fam. 2003 n° 152

Traditionnellement et contrairement au Code pénal¹⁰¹, le Code civil est longtemps resté muet sur la question de la responsabilité civile des « faibles d'esprit ». La jurisprudence a jugé pendant longtemps que ces derniers ne pouvaient être fautifs et engager leur responsabilité¹⁰² sur le fondement des articles 1382 et 1383 C. Civ.

Face aux vives critiques en doctrine¹⁰³, les juges de la Cour de cassation ont d'abord assoupli leur position¹⁰⁴. Puis, a été consacrée une responsabilité à deux vitesses, relevant du manquement du tiers à son devoir de diligence¹⁰⁵. Enfin, le principe d'irresponsabilité délictuelle pour trouble neuropsychique¹⁰⁶ s'est imposé.

Abandonnant la solution classique, l'article 489-2 C. Civ. consacre le principe de la pleine responsabilité civile du malade, majeur ou mineur, atteint d'une altération des facultés mentales ou physiques, régissant ainsi à la fois la responsabilité du fait personnel¹⁰⁷, la responsabilité du fait d'autrui¹⁰⁸ et la responsabilité du fait des choses ou des animaux¹⁰⁹.

En somme, toute personne pleinement capable mais sous l'empire d'un état de démence passager est responsable des fautes et dommages commis mais pourra invoquer les articles 489 et suivants C. Civ. en matière de responsabilité contractuelle. L'adulte dont les prestations sont gérées va indépendamment de la tutelle aux prestations sociales engager sa responsabilité délictuelle et contractuelle sauf à rapporter la preuve d'un état de démence.

Entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, entre protection patrimoniale sociale assurée par le Code de la sécurité sociale, mais livré à lui-même pour tous les actes juridiques, le majeur va parfois ne plus être capable de gérer ses affaires. Situation latente aux

¹⁰¹ Art. 64 ACP consacre l'irresponsabilité pénale du dément : « *Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister* »

¹⁰² Req. 21 oct. 1901

¹⁰³ MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.) *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Sirey, 2^e éd., Tome 2, 1934 Cité par FENOUILLET (D.) et TERRE (F.), *Op. Cit.* pp. 1304 s. Tomberait sous le coup de la faute civile, toute personne qui ne serait pas normale, assouvissant plus volontiers un souci d'indemnisation des victimes que de protection d'un majeur vulnérable.

¹⁰⁴ L'irresponsabilité civile était réservée à une totale inconscience, la responsabilité pouvant jouer dès un soupçon de conscience, V. Civ. 2^e, 28 avril 1965, D. 1965, 758 note Esmein

¹⁰⁵ Req. 30 juill. 1906, DP 1907

¹⁰⁶ Civ. 2^e, 18 déc. 1964, D. 1965, 191

¹⁰⁷ Articles 1382 et 1383 C. Civ.

¹⁰⁸ Art. 1384 C. Civ.

¹⁰⁹ Art. 1385 C. Civ.

frontières du droit, l'adulte « quasi-incapable » va jouir d'une protection de droit commun floue parce que quasi contractuelle et quasi délictuelle à la fois.

Plus que des prestations sociales gérées, ses affaires, toutes – ou presque –, seront alors administrées par autrui...

B. Droit commun au service de la gestion des biens

L'intéressé peut voir ses affaires être gérées par autrui (A) et bénéficier par ailleurs de l'action en rescision pour lésion (2)

1) Gestions d'affaires par autrui

Quasi-contrat¹¹⁰ ou quasi-délit¹¹¹, controversée en doctrine au cours du XX^e siècle, la gestion d'affaires est l'activité par laquelle le gérant accomplit des actes au profit d'un tiers, le géré ou maître de l'affaire, sans que ce dernier ne l'en ait chargé. L'absence d'accord ou d'opposition du géré, parfois hors d'état d'agir lui-même, conjuguée avec l'intention, en l'absence d'obligation préexistante – l'action est volontaire – pour le gérant de gérer l'affaire d'autrui, réalise quelque soit la nature juridique et l'utilité de l'acte ledit quasi-contrat.

Lorsque le gérant d'affaires ratifie expressément les actes conclus par le géré, le quasi-contrat devient un contrat de mandat obéissant aux règles des articles 1984 et suivants du Code civil. En l'absence de ratification, ou lorsque celle-ci est tacite, des obligations pèsent sur le gérant et le géré. Le gérant a outre un devoir de persévérance¹¹², obligation de gestion en bon père de famille c'est-à-dire une obligation de diligence de sorte qu'il est responsable des fautes commises.

Le maître de l'affaire doit à son tour indemniser le gérant pour les actes utiles¹¹³ mais n'est pas tenu de rémunérer ce dernier en raison de la gratuité du service rendu. A l'égard des tiers, la responsabilité est proportionnelle : chacun est responsable à raison de l'acte conclu en son nom.

¹¹⁰ Fait juridique purement matériel licite qui engendre des obligations sans l'accord des parties.

¹¹¹ Fait juridique purement matériel illicite sans intention de nuire.

¹¹² La gestion d'affaire est obligatoire jusqu'à ce que le géré soit en état de pourvoir lui-même à ses affaires.

¹¹³ Il s'agit de la restitution des débours.

Ainsi, dans le cadre de la protection des majeurs vulnérables, avant même que n'ait été instauré un régime de protection au sens du Code civil, la gestion d'affaires permet d'assurer une protection du patrimoine d'un adulte dont les prestations sont gérées par un tuteur, et dont les biens sont administrés lorsqu'il ne peut pourvoir à ses intérêts par un gérant, le tuteur aux prestations lui-même, ou tout tiers, proche parent, ami ou personne de confiance.

2) L'action en rescision pour lésion

Théorie du juste prix en droit romain développée par Saint Thomas d'Acquin, disproportion manifeste entre les prestations d'un contrat, préjudice qui résulte d'un défaut d'équivalence entre l'avantage escompté et le sacrifice consenti, la lésion prévue à l'article 1118 C. Civ. « vicie les conventions dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes » : il s'agit de la lésion des sept douzièmes dans les ventes d'immeubles¹¹⁴, de la lésion dans les partages d'indivision¹¹⁵, ou en droit des incapacités.

Un équilibre ne peut être créé en annulant un déséquilibre, mais, lorsqu'apparaît un déséquilibre entre deux puissances, la lésion est admise¹¹⁶. La preuve s'établit par tout moyen par le défendeur qui peut contester le montant de la lésion voire établir le caractère gratuit de l'acte. Les sanctions prévues sont l'action en rescision, soit l'anéantissement du contrat pour l'avenir, ou la révision¹¹⁷.

L'action en rescision pour lésion offre au majeur, pleinement capable, et n'ayant pas même conclu un acte sous l'empire d'un trouble mental, la possibilité d'obtenir l'anéantissement rétroactif de l'acte juridique, soit une protection patrimoniale de droit commun au service des personnes capables bien que dans le même temps progressivement vulnérables.

¹¹⁴ Art. 1675 C. Civ. Lorsque la vente d'immeuble, commutative et à un prix très inférieur à sa valeur vénale, appréciée au jour de la vente, l'action en rescision dans un délai de 2 ans est ouverte, le rachat de la lésion est possible mais l'évaluation est difficile.

¹¹⁵ Art. 887 al. 2 C. Civ.

¹¹⁶ Voir en ce sens, Cass. Com., 22 octobre 1996, Arrêt Chronopost, *Bull.* 1996 IV n° 261, p. 223 et Arrêt Chronopost, 22 oct. 1996 et Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, arrêt Piller, *Bull.* 1996 I n°286, p. 200

¹¹⁷ La solution apparaît attentatoire à l'autonomie de la volonté or le juge ne peut pas réviser le contrat, « la loi des parties » (art. 1134 C. Civ.) même pour permettre un rééquilibrage.

En réponse à la crise économique des familles, la solidarité nationale s'est progressivement déployée. D'abord par le droit du travail, pionnier dans le versement d'allocations d'appoints – ou « justes salaires » – ponctuelles mais inégalitaires ; immédiatement suivi ensuite par le droit social naissant, promoteur de la tutelle aux allocations familiales, au nom de la protection de l'intérêt de l'enfant sinon pour déjouer les « mauvais [parents] gestionnaires ».

Par les lois de 1964 et 1966, le dispositif du Code de la sécurité sociale s'est affermi à travers la TPSE et étendu à travers la TPSA. La construction d'un modèle pour l'adulte, par analogie à celui de l'enfant, fut source de controverses et confusions dont la fin du XX^e siècle a été animée. En effet, si la volonté législative était d'offrir une protection sociale adulte, à l'instar de celle confisquée de l'enfant, de nombreux écueils sont rapidement apparus. Notamment, la tutelle déguisée.

La TPSA s'inspire à la fois de la TPSE et de la tutelle civile...

De manière implicite, calquer la TPSA sur la TPSE s'est vite révélé inadapté : l'adulte – du Code de la sécurité sociale – n'est autre qu'un majeur – du Code civil – avec une pleine capacité d'exercice. Or, l'enfant est un mineur avec une seule capacité de jouissance, donc, la TPSE n'a pour effet que de lui substituer un « parent gérant » par un autre dit « tuteur » ; alors que la TPSA prive le majeur d'une partie de sa capacité d'exercice fut-ce pour la seule administration de tout ou partie de ses prestations sociales.

De manière plus explicite, la TPSA emprunte les mécanismes de la tutelle civile : compétence du juge des tutelles, désignation d'un tuteur, représentation (certes limitée à certaines prestations)...

De plus, la TPSA est souvent l'antichambre révélatrice de la tutelle civile. Elle est réduite, cantonnée à la seule gestion des prestations sociales versées à l'intéressé et exclut donc, par définition, toutes les autres prestations ou source de revenus, laissant en principe le majeur – pleinement capable – en disposer librement. Mais la TPSA est réductrice car, soit elle supplée le majeur dans l'administration de ses prestations sociales, celui-ci étant mis à l'écart de toute gestion, de tout contrôle, soit elle ne gère pas l'ensemble du patrimoine de l'intéressé.

Donc, il semble évident qu'un adulte, allocataire de prestations sociales, – *a priori* en marge de la société –, faisant en outre l'objet d'une tutelle aux prestations sociales n'ait pas l'aptitude – sinon la capacité – à gérer les prestations restantes non prises en charge par le tuteur, et, *a fortiori* les connaissances suffisantes pour gérer seul son patrimoine.

Ainsi, la TPSA, mesure éducative et administrative, se révèle insuffisante et doit être nécessairement superposée à la tutelle civile ou à un régime civil de protection prévoyant une surveillance, une assistance ou une représentation, plus globale et « sur mesure ».

Parce que réduite, réductrice et insuffisante, la TPSA limitée aux seules prestations, doit être doublée d'une protection indépendante des intérêts civils.

Le droit social, défenseur de la solidarité nationale, par la notion d'inaptitude sociale d'un adulte, révèle l'incapacité du majeur. Le droit civil va alors être le garant de la protection patrimoniale du majeur incapable.

De l'enfant à l'adulte, et de l'adulte au majeur, l'ambiguïté des termes masque des réalités juridiques confuses pourtant dissociables. La protection civile indépendante vient en renfort d'une protection sociale parfois insuffisante, restrictive et limitée.

TITRE 2ND : LA PROTECTION INDÉPENDANTE DES INTÉRÊTS CIVILS DU MAJEUR

Les protections des intérêts patrimoniaux du majeur et de l'adulte sont dissociables mais dépendantes.

Elles sont dissociables d'abord, parce que l'adulte faisant l'objet d'une tutelle aux prestations sociales demeure pleinement capable. La capacité juridique ne peut être modifiée que par l'altération des facultés mentales du majeur, et *a priori* la TPSA n'est point une condition préalable. Elles sont aussi cependant dépendantes parce que la TPSA conduit parfois l'intéressé, majeur encore capable, sur le chemin de l'incapacité juridique.

Ainsi, la protection des intérêts civils du majeur vient en renfort de la protection sociale de l'adulte.

L'insuffisante gestion sociale de l'adulte qui bénéficie seulement d'une tutelle aux prestations sociales, va être complétée par une protection patrimoniale du majeur incapable. L'adulte plus encore qu'un « mauvais gestionnaire » au sens du droit de la sécurité sociale, va revêtir la casquette d'un majeur incapable, alors protégé par le droit civil.

La nécessaire coexistence des tutelles pendant un demi-siècle (Chap. 1^{er}) s'est estompée avec la loi du 5 mars 2007 favorisant le passage de la diversité à l'unité (Chap. 2nd).

CHAPITRE 1^{ER} : LA COEXISTENCE DES TUTELLES PENDANT UN DEMI-SIÈCLE

L'ouverture d'une sauvegarde de justice, d'une curatelle ou d'une tutelle destinée au majeur, superposée à l'ouverture préalable d'une tutelle aux prestations sociales adulte est apparue souvent indispensable.

Le temps des désordres au cours duquel il fallut harmoniser les mesures éducatives et administratives (TPSA) avec les régimes civils de protection (Section 1) a conduit à une instrumentalisation du droit ou l'exploitation de certaines failles (Section 2).

Section 1 : Le temps des désordres

Le régime des incapacités, « l'honneur du droit » civil (I) est articulé avec la tutelle aux prestations sociales par le juge des tutelles (I)

I – Le régime des incapacités, « l'honneur du droit »¹¹⁸ civil

« La règle générale est, en France, la liberté d'action »¹¹⁹ c'est-à-dire la pleine capacité de principe ; l'exception est l'incapacité alors interprétée strictement. Porte-parole de la théorie de la liberté relative¹²⁰, le droit des incapacités sauve « l'honneur du droit »¹²¹ à défendre avec fraternité, compassion, grâce et pitié « la faiblesse humaine »¹²². Fervent militant de la lutte contre l'exploitation de la faiblesse d'autrui, « il a un souffle immense : l'amour du faible, du petit et de celui que la vie a broyé »¹²³.

Parce que l'atrophie de la liberté de l'homme par le jeu des incapacités est l'exception, l'ouverture d'un régime civil de protection doit être strictement encadrée par des conditions (A) pour donner quelque effet dans la vie du majeur (B).

¹¹⁸ AYNES (L.) et MALAURIE (Ph.), *Op. Cit.*

¹¹⁹ *Ibid*

¹²⁰ « Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit » (Art. 1^{er} DDHC). La liberté, placée au cœur de la démocratie en est sa pierre angulaire. Soit exaltante au discours bien plus porteur d'espoir que l'oppression, la liberté purifiée prône la vie en autarcie – l'homme n'a besoin de rien ni se personne et accède à une liberté extrême qu'au prix de la solitude tel Robinson sur son île – alors que la liberté relative, bien plus enrichissante, est exprimée par rapports aux hommes et à la société dont les liens entre les solitudes sont garantis par le droit. Voir en ce sens TERRE (F.) in CABRILLAC (R.) (sous la direction de), *Liberté et Droits Fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 5

¹²¹ AYNES (L.) et MALAURIE (Ph.), *Op. Cit.*

¹²² *Ibid*

¹²³ *Ibid*

A. Conditions d'ouverture

Aux conditions de fond (1), s'ajoute le respect d'un formalisme (2)

1) Conditions de fond

Quatre principes directeurs communs à tous les régimes de protection (a) s'ajoutent aux conditions propres à chacun d'eux (b).

a) *Quatre principes communs à tous les régimes*

Aux termes des articles 488 et suivants C. Civ., les conditions de majorité, de nécessité, d'indépendance et de subsidiarité, sont nécessaires pour envisager l'ouverture d'un des trois régimes de protection telle la sauvegarde de justice, la curatelle ou la tutelle.

Par une lecture *a contrario* de l'article 488 C. Civ. alinéa 1^{er}, le placement sous un régime de protection est possible, sauf exception, dès « *dix-huit ans accomplis* » : ainsi, sont concernés le majeur, le mineur émancipé ou précédant l'année de sa majorité. La première condition est donc la majorité de l'intéressé.

De plus, l'intéressé doit être victime d'une altération des facultés mentales¹²⁴ ou corporelles¹²⁵, trouble insuffisant en soi, qui se cumule avec un besoin de protection révélé par l'impossibilité pour la personne de pourvoir seule à ses intérêts de manière suffisamment durable. L'ordonnance du juge des tutelles doit être motivée par ce principe de nécessité¹²⁶ à peine de nullité.

La loi du 3 janvier 1968¹²⁷ consacre à l'article 490-1 C. Civ., l'indépendance entre le traitement médical et la mesure de protection : le médecin soigne, le juge sauvegarde les intérêts civils. Toutefois, une étroite coopération est indispensable, parce que l'un¹²⁸ établit le

¹²⁴ L'altération des facultés mentales résulte de la maladie, de l'infirmité, de l'affaiblissement dû à l'âge ou de toute autre forme d'atteinte.

¹²⁵ L'expression de la volonté doit être empêchée et preuve doit être rapportée que la personne est hors d'état de manifester sa volonté.

¹²⁶ Recomm. (99) 4F du 23 février 1999, Recommandation du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables : « *aucune mesure de protection ne devrait être instaurée à l'égard d'un majeur incapable à moins que celle-ci ne soit nécessaire, compte tenu des circonstances particulières et des besoins de l'intéressé* ».

¹²⁷ Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968, *Op. Cit.*

¹²⁸ Le médecin spécialiste notamment pour l'ouverture d'une curatelle, ou le médecin traitant au rôle également important en raison des avis requis en cas de modification ultérieure du régime.

certificat médical, l'autre¹²⁹ lui donne des effets. « *La liberté civile est un équilibre entre le familial, le médical et le judiciaire* »¹³⁰.

Enfin, tout régime de protection doit être subsidiaire. C'est le cas lorsque les règles du régime matrimonial sauf cessation de communauté de vie ou empêchement, ou de gestions des biens comme le mandat¹³¹ ou la gestion d'affaires¹³² sont suffisantes.

Lorsque ces quatre conditions cumulatives sont réunies, le juge des tutelles va examiner, au regard de la situation familiale et patrimoniale de l'intéressé et en vertu du principe de proportionnalité, les conditions spécifiques à chaque régime de façon à offrir une protection appropriée au degré de capacité de la personne.

b) Conditions propres à chaque régime

Au régime provisoire de surveillance, s'ajoutent de manière durable l'assistance et la représentation.

La sauvegarde de justice, prévue aux articles 491 et suivants C. Civ., place le majeur sous le contrôle du juge, garant de ses intérêts civils. La personne reste capable d'accomplir tous les actes de la vie civile puisqu'elle conserve une pleine capacité d'exercice. Cette solution est temporaire dans l'attente de l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle et complétée parfois par un mandat classique (art. 1984 s. C. Civ.) ou un mandat entre époux (art. 213 C. Civ.).

Enoncé aux articles 508 et suivants du Code civil, la curatelle est un régime relatif à un état de déficience durable du majeur qui exige la présence et le consentement d'une tierce personne, conseiller du majeur. Ce dernier conserve une capacité d'exercice mais imparfaitement car la validité de certains actes est soumise à une double expression de volonté. La loi du 5 mars 2007 a abrogé les dispositions relatives à l'ouverture d'une tutelle pour prodigalité, intempérance ou oisiveté.

La tutelle, dont les dispositions figurent aux articles 482 et suivants du Code civil, emporte perte totale ou partielle de la capacité d'exercice. Un tiers – tuteur – est chargé d'agir au nom et pour le compte du majeur qui conserve néanmoins une pleine capacité de jouissance.

¹²⁹ Le juge apprécie librement et souverainement sa décision d'ouverture ou de refus d'ouverture.

¹³⁰ HAUSER (J.), « La famille et l'incapable majeur », AJ Famille 2007, p.198

¹³¹ Articles 1984 et suivants C. Civ.

¹³² *Supra* p. 42

Le besoin d'être représenté de manière prolongée implique une altération des facultés mentales ou corporelles grave et continue.

Ainsi, selon le degré de capacité du majeur, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde de justice, de curatelle ou de tutelle va être introduite.

2) Conditions de forme

L'ouverture d'un régime de protection (a) est soumise à des formalités de publicité (b).

a) Ouverture d'un régime de protection

S'agissant de la sauvegarde de justice, selon l'article 491-1 C. Civ., après déclaration médicale auprès du Parquet¹³³, le juge des tutelles d'office ou lorsqu'il est saisi par le requérant prononce une décision d'ouverture d'une mesure de sauvegarde de justice, insusceptible de recours. Celle-ci est transmise pour avis au Procureur de la République. La modification ultérieure, en vertu du principe de nécessité, en cas de nouvelle situation ou lorsqu'une date de réexamen a été fixée par le juge peut dans le respect de la procédure de droit commun renforcer ou assouplir la mesure initiale. La cessation de la sauvegarde de justice surgit pour l'une des causes mentionnées à l'article 491-6 C. Civ.: péremption de la déclaration médicale, nouveau certificat médical, radiation par le Procureur de la République, ouverture ou rejet d'une demande de tutelle ou de curatelle.

S'agissant de la curatelle, une requête est présentée au juge des tutelles du lieu du domicile du majeur par l'un des requérants à l'ouverture¹³⁴ énoncés à l'article 493-1 C. Civ. Elle contient des mentions obligatoires et un certificat médical d'un médecin spécialiste choisi sur liste établie par le Procureur de la République sauf refus du majeur. Après l'instruction au cours de laquelle il est procédé à l'audition de la personne en présence du médecin traitant¹³⁵, le juge prononce éventuellement l'ouverture d'une sauvegarde de justice provisoire par définition.

¹³³ Aucun jugement n'est nécessaire, la déclaration est obligatoire si la personne est hospitalisée dans un établissement pour trouble mental. Le Procureur de la République enregistre par une inscription sur un registre spécial, refuse l'enregistrement ou demande un nouvel examen médical et sur avis obligatoire du médecin spécialiste psychiatre à la demande du Procureur de la République

¹³⁴ Les requérants à l'ouverture peuvent former directement une demande d'ouverture (majeur, conjoint, partenaire et concubin depuis la loi du 5 mars 2007, ascendants et descendant, etc.) Ils se distinguent des personnes pouvant donner un avis à la cause justificatrice d'ouverture (autres parents, alliés, amis...)

¹³⁵ A défaut d'audition de la personne sur convocation ou à son domicile, le juge dresse un constat de carence suivi obligatoirement d'un avis du médecin traitant.

Tout au long de la procédure, les droits de la défense de la personne sont garantis puisqu'elle bénéficie d'un conseil à la personne, de la protection de sa vie privée, d'une audience à huis clos en Chambre du conseil. Le jugement est notifié à la personne, au requérant, au curateur ainsi qu'au Ministère Public. Appel de la décision peut être interjeté dans le délai de 15 jours par toutes les personnes visées à l'article 491 al. 1^{er} C. Civ. en cas de prononcé d'un jugement d'ouverture ; mais, par le requérant initial uniquement en cas de refus d'ouverture.

S'agissant de la tutelle, les articles 509 et suivants du Code civil renvoient à la même procédure que pour la curatelle. La modification de l'un des régimes « durables » intervient dans les mêmes circonstances que pour la sauvegarde de justice. La cessation de la tutelle et de la curatelle, sans recours possible, intervient par un jugement de mainlevée constatant la disparition des causes d'ouverture.

b) Formalités de publicité

Les formalités de publicité consistent pour la sauvegarde de justice à l'inscription de la mesure sur un registre spécial consultable tenu au Parquet. Le prononcé d'une curatelle ou d'une tutelle en revanche est suivi d'une inscription en marge de l'acte de naissance, au répertoire civil tenu au Tribunal de Grande Instance à peine d'inopposabilité dans un délai de deux mois, au registre du commerce et des sociétés et au registre des métiers.

Lorsque les conditions de fond sont réunies et le formalisme respecté, le régime de protection produit ses effets variables selon son intensité : léger, intermédiaire ou lourd.

B. Effets

Les effets sont communs à tous les régimes (1) mais surtout spécifiques à chacun d'eux (2).

1) Effets communs à tous les régimes

Quelque soit le régime de protection, le juge des tutelles chargé d'organiser la protection des intérêts civils peut selon l'article 490-1 al. 1^{er} C. Civ. « visiter ou faire visiter les majeurs protégés par la loi » à tout moment afin de contrôler leurs conditions de vie.

De plus, tout majeur frappé d'incapacité, a droit au maintien du logement¹³⁶ ainsi que les meubles meublants qui le garnissent aussi longtemps que possible. A cette fin, des conventions de jouissance précaires peuvent être autorisées. Enfin, les souvenirs, objets personnels et intimes doivent être gardés à disposition de la personne protégée le plus longtemps possible au besoin, par l'établissement pour trouble mental.

2) Effets spécifiques à chaque régime

Au régime léger de sauvegarde de justice (a), la curatelle, protection intermédiaire (b), puis la tutelle, protection lourde (c) peuvent se substituer ou lui succéder.

a) Sauvegarde de justice, faible protection

Le majeur placé sous sauvegarde de justice dispose des actions en rescision pour lésion et réduction pour excès (art. 491-2 al. 2 C. Civ.) ainsi que de l'action de droit commun en nullité pour trouble mental (art. 489 C. Civ.). Entièrement capable, la personne gère seule son patrimoine. Néanmoins, elle pourra être suppléée par un mandataire conventionnel (art. 491-3 C. Civ.) ou judiciaire (art. 491-5 C. Civ.) ou encore par le mécanisme de la gestion d'affaires.

b) Curatelle, protection intermédiaire

La curatelle est composée de deux organes : le juge des tutelles et le curateur. Ce dernier est chargé d'assister le majeur pour les actes de la disposition de première importance sauf aménagement par le juge pouvant limiter ou aggraver la capacité du majeur. Le curateur perçoit seul les revenus du majeur selon l'article 512 C. Civ. C'est une pointe de représentation dans un régime intermédiaire d'assistance. Le sort des actes varie selon l'assistance – nécessaire ou facultative – du curateur.¹³⁷

c) Tutelle, lourde protection

La tutelle peut être familiale ou extrafamiliale. Dans le premier cas, elle peut être complète ou simplifiée c'est-à-dire sous forme d'administration légale.

¹³⁶ Art. 490-2 C. Civ.

¹³⁷ *Infra* p. 98

La tutelle complète est composée, selon l'article 495 C. Civ. du juge des tutelles, du tuteur¹³⁸, représentant du majeur, du conseil de famille composé de quatre à six membres choisis parmi ceux pouvant donner un avis à une cause justificatrice d'ouverture, et éventuellement du subrogé tuteur, intervenant en cas de conflit entre le majeur et le tuteur. Sous forme d'administration légale, il n'existe qu'un tuteur, dit administrateur légal, choisi pour son aptitude à gérer les biens de la personne, aux côtés du juge des tutelles sans conseil de famille ni subrogé tuteur. Dans le second cas de vacance de la tutelle familiale, selon l'article 433 C. Civ., une tutelle d'Etat est ouverte, avec un seul tuteur, associations tutélaires ou notaire, substitués à terme par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs dès l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007¹³⁹. Il peut enfin s'agir d'une tutelle en gérance (art. 499 C. Civ.) dans laquelle un simple gérant de tutelle est chargé de percevoir les revenus de la personne et de les employer à son entretien et obligations alimentaires.

Le sort des actes passés seul par le majeur varie selon la date à laquelle ils ont été conclus. Après le prononcé du jugement, la nullité est de droit sauf sphère de capacité accordée par le juge. Avant le jugement, l'acte peut être frappé de nullité. Celle-ci n'est pas automatique mais laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond si la cause d'ouverture existait notoirement. Les pouvoirs du tuteur varient selon la nature de l'acte juridique.¹⁴⁰

Le juge des tutelles, chargé d'organiser les intérêts civils du majeur est également le chef d'orchestre d'une mesure de tutelle aux prestations sociales adulte. Il lui appartient donc d'articuler les deux régimes, l'un social, l'autre civil, pour assurer la protection patrimoniale du majeur.

II – L'articulation, l'œuvre du juge des tutelles

Parce que la TPSA s'est avérée limitée, elle a dû être nécessairement renforcée par l'ouverture d'un régime d'incapacité. En effet, la seule protection sociale de l'adulte, par le versement d'allocations, ou encore par la gestion de ces dernières, ignorait une partie du patrimoine du majeur, et a dû être combinée avec une protection juridique, civile, non des seules prestations, mais de l'intégralité du patrimoine ou de la personne.

¹³⁸ La tutelle est une charge publique, personnelle et obligatoire mais existent des causes de décharge pour une durée maximale de cinq ans sauf pour le conjoint (tutelle légale) ou les descendants.

¹³⁹ *Infra* p. 89

¹⁴⁰ *Infra* p. 98

L'intéressé, « placé sous tutelle[s] » doit donc remplir les conditions propres à chacune d'elles, entre inaptitude sociale et incapacité juridique.

L'articulation de ces deux régimes ambigus, entre ressemblances et dissemblances (A), relevant de la compétence exclusive du juge des tutelles (B), permet aux deux tuteurs d'assurer une gestion patrimoniale d'un seul et même majeur (C)

A. Ressemblances et dissemblances des tutelles

La TPSA et la tutelle civile ont des ressemblances (1) et des dissemblances (2).

1) Ressemblances

En raison de l'ambiguïté des termes, « la tutelle » aux prestations sociales, de « l'adulte », ou civile, du « majeur », prête à une certaine confusion. De même, les conditions de « déficience mentale ou physique » font l'écho de « l'altération des facultés mentales ou corporelles ». Par effet de miroir, les procédures sont toutes deux civiles et de la compétence exclusive du juge des tutelles. Le tuteur peut aussi bien être l'époux, telle une tutelle légale aux prestations sociales adulte, qu'une association tutélaire, personne morale. Enfin, lorsque le patrimoine de l'intéressé est réduit aux seules prestations sociales perçues ou presque, la distinction entre les deux tutelles pour un majeur « placé sous tutelle » est délicate.

2) Dissemblances

La tutelle aux prestations sociales est un régime de gestion des seules prestations sociales et non de l'intégralité du patrimoine ou de la personne. Il s'agit de mener une action éducative et administrative de réadaptation à la vie en société contrairement à la tutelle dont la finalité est la sauvegarde d'intérêts civils. L'adulte n'est frappé que d'une inaptitude sociale mais reste pleinement capable jusqu'au prononcé d'un jugement d'ouverture de tutelle, de curatelle ou de sauvegarde de justice. Enfin, la tutelle protège le majeur alors que son homologue contrôle davantage la bonne utilisation des fonds publics.

B. « Qui se ressemble s'assemble » : compétence exclusive du juge des tutelles

La Cour de cassation a admis et confirmé, de jurisprudence constante¹⁴¹, la coexistence d'une tutelle aux prestations sociales avec un régime civil de protection depuis un arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 18 avril 1989¹⁴². Le juge des tutelles, exclusivement compétent en vertu de l'article L 221-9 3° et 4° COJ peut, lorsqu'une tutelle est ouverte, et après réexamen de la situation de l'incapable, supprimer ou maintenir la tutelle aux prestations sociales. Ainsi, le juge, par décision séparée confiée au tuteur, chargé des intérêts civils du majeur, le soin d'assurer la tutelle aux prestations sociales.

C. Cumul de la TPSA et de la tutelle d'Etat : quels actes du tuteurs. ?

Lorsque la TPSA est confiée à un tuteur chargé de la protection des intérêts civils, ce dernier sera soumis aux obligations et contrôles de chacune d'elles par application des articles R 167-14 CSS et de l'art. 492 s. C. Civ. En qualité de tuteur aux prestations sociales il aura pour mission la réadaptation à une existence normale, et devra selon l'article R 167-28 CSS affecter les sommes perçues aux dépenses de premières nécessités et fournir un compte de gestion trimestriel ainsi qu'un rapport semestriel.

En qualité de tuteur civil, et représentant du majeur, il pourra accomplir seul tous les actes conservatoires et d'administration, les actes de dispositions avec autorisation du conseil de famille sauf atténuation de l'incapacité du majeur par décision judiciaire ou pour les « actes usuels nécessaires à la vie courante et quotidienne ». Le tuteur doit assurer une gestion « en bon père de famille »¹⁴³ et engage sa responsabilité civile.

Combinée avec une curatelle, la situation est analogue : le curateur sera soumis aux obligations de l'article L 167-2 CSS et devra assister le majeur pour les actes de disposition de première nécessité. A défaut d'assistance, une action en nullité relative peut être intentée

¹⁴¹ Cass. Civ. 1^{ère} 27 janvier 1993, Bull civ. I n° 38 p. 24 pour la tutelle ; et Cass. Civ. 1^{ère}, 6 avril 1994 JCP 94 II 22413, Cass. Civ. 1^{ère} 3 juin 1998 Dr. Fam. n° 177 note T. Fossier, Cass. Civ. 1^{ère} 14 juin 2000 Dr Fam. 2000 n° 135, note T. Fossier pour la curatelle

¹⁴² Cass.Civ. 1^{ère} 18 avr. 1989, *Bull Civ. I n° 156*, p. 103

¹⁴³ Art. 496 al. 2 C. Civ. nouveau, modifié par la loi du 5 mars 2007 substitue un tuteur « prudent, diligent et avisé » à l'expression « bon père de famille ».

dans un délai de cinq ans par le majeur, ses héritiers ou son curateur sauf confirmation de l'acte par ce dernier ou par le majeur après cessation du régime.

Le cumul de la TPSA avec un régime civil rend possible le cumul de la rémunération du tuteur, révélant par la « double mesure » de nombreuses failles d'une protection non coordonnée ou désordonnée.

Section 2 : Instrumentalisation du droit ou l'exploitation de failles

Le « doublon », par sa finalité lucrative (I) a été certainement la rançon d'une époque de désordres des tutelles dans un contexte naissant de crise économique et de surendettements actifs des couples mariés. Du surendettement au « mal endettement »¹⁴⁴, est-ce une nouvelle urgence sociale ? (II).

Non seulement la crise économique a impliqué, de concert avec le vieillissement de la population, une multiplication des mesures de tutelles ; mais plus encore que pour les bénéficiaires, allocataires, majeurs ou personnes vulnérables, le dispositif socio-juridique s'est révélé être un gain de fortune pour les tuteurs, eux aussi touchés par la récession économique et victimes de surendettements.

I – Le doublon, une fin lucrative ?

En 2007, deux tiers des tutelles aux prestations sociales sont renforcés par une tutelle d'Etat. L'une, mécène de l'action éducative est ainsi complétée par l'autre, garante de la protection patrimoniale et personnelle des personnes vulnérables. Mais, la coordination a un enjeu bien plus économique et financier que le souci de la protection de l'intéressé...

En principe, la tutelle civile absorbe automatiquement la tutelle sociale sauf désignation de deux tuteurs par le juge des tutelles, de sorte que le tuteur endosse une double casquette, une double responsabilité, mais aussi une double rémunération. Si *a priori* la tutelle aux prestations sociales perd une partie de son intérêt, substituée par une tutelle d'Etat plus générale, des motivations économiques dues notamment au financement des mesures ont été propices à un double jeu.

¹⁴⁴ *Infra*

En effet, le financement des mesures, dénoncé par le rapport Jean Favard¹⁴⁵, emploie des méthodes disparates, inégalitaires, soit d'une générosité incontrôlée soit au contraire par omission de modes de rémunération, favorisant la double mesure par un phénomène d'attraction / répulsion. Les tuteurs d'Etat perçoivent des émoluments, d'un montant modique¹⁴⁶, prélevés sur les ressources de l'intéressé alors que la tutelle aux prestations sociales garantit une rémunération plus élevée, directement prélevée auprès des organismes débiteurs. Par conséquent, le cumul¹⁴⁷, au nom d'une « mission éducative », paraît attractif pour les tuteurs même s'il embrase le contentieux des organismes débiteurs de prestations sociales. La TPSA, mieux rémunérée, présente un regain d'intérêt et de fortune pour les tuteurs exploitant une telle faille. La tutelle aux prestations sociales, détournée de son objet, sert ainsi de mode de financement des mesures classiques. Et, « l'action éducative » sert d'alibi ou de plan d'apurement du passif.

Le « doublon » fût sans doute l'une des principales lacunes de la coordination entre deux tutelles. Plus encore qu'une légère faille du dispositif, c'est une époque de balbutiements économiques que reflète la « double mesure », annonciatrice d'un phénomène social plus alarmant : le surendettement (des particuliers).

II – Du surendettement au « mal endettement », nouvelle urgence sociale ?

A partir des années Soixante-dix, la société française fait nouvelle figure : d'une époque de stabilité familiale et de développement professionnel, victime du « démariage »¹⁴⁸, des emplois précaires et du chômage, la société devient source d'insécurité sociale. L'incapacité sociale et l'incapacité juridique s'accompagnent bien souvent de surendettements accrus en raison de la financiarisation, en parallèle, des rapports sociaux. Le droit à l'ouverture d'un compte bancaire, quelque soit le statut matrimonial ou la situation patrimoniale, comme le crédit devient un outil banal de financement, sont au service de tous et à l'origine de dérives

¹⁴⁵ FAVARD (J.) (sous la direction de), Rapport définitif remis au ministre de l'emploi et de la solidarité, au ministre de la justice et au ministre de l'économie des finances et de l'industrie du Groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs, La Documentation Française, Ministère de la Justice

¹⁴⁶ *Ibid.* Environ 500 F (soit 75€) par mois pour les gérants de tutelle lorsque le majeur percevait des revenus mensuels d'au moins 41 000 F (6 200 €) ; environ 500 F (85 €) par mois pour des tuteurs ou curateur.

¹⁴⁷ Le cumul concerne en 2007 environ 23% des TPSA. Cité par PECAUT-RIVOLIER (L.), in « La réforme des tutelles, les acteurs de la protection, les professionnels », AJ Famille 2007, p. 220 selon les propos recueillis lors de l'interview de BROUSSE (A.), chargée de mission à l'UNAF

¹⁴⁸ THERY (I.), *Le démariage : justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, Opus, 2001

financières. L'anéantissement social de l'individu, l'isolement ou la marginalisation ne tient plus seulement à une « mauvaise gestion de prestations » mais à un surendettement actif.

Le passage au cours des quarante dernières années d'un surendettement actif à un surendettement passif¹⁴⁹ dont le premier devient une cause d'aggravation du second, a conduit le législateur à instaurer une procédure de rétablissement personnel¹⁵⁰ permettant un effacement total des dettes non professionnelles pour une durée de huit ans sauf dettes dues aux cautions.

Le « mal endettement » s'inscrit ainsi comme une nouvelle urgence sociale concernant non seulement les adultes frappés d'incapacité sociale, d'incapacité sociale mais aussi les couples mariés dont l'intempérance, permettant l'ouverture d'une curatelle sans certificat médical jusqu'à son abrogation par la loi du 5 mars 2007, est condamnée.

Le régime primaire du mariage garantit une solidarité ménagère sauf en cas d'achats à tempérament ou d'emprunts rendant, de surcroît, subsidiaire l'ouverture d'un régime de tutelle d'Etat ou sociale. Ainsi, le mariage protège la famille du surendettement ; mais aussi l'époux responsable de ce dernier ou hors d'état de manifester sa volonté.

Selon l'article 220 C. Civ., la solidarité entre époux joue pour les dettes relatives à l'entretien du ménage et l'éducation des enfants sauf dettes manifestement excessives compte tenu du train de vie du ménage. La solidarité ménagère universelle s'étend aux achats à tempéraments et emprunts lorsqu'ils sont conclus par les deux époux ; donc, *a contrario*, la conclusion desdits contrats par un seul époux n'engage pas le patrimoine familial. Cela étant, lorsque l'emprunt, même conclu par un seul époux, porte sur des sommes strictement nécessaires aux besoins de la vie courante, la solidarité renaît selon l'article 220 al. 3 *in fine* C. Civ.

Le législateur, par prévention du surendettement, écarte de la solidarité ménagère universelle, les dépenses manifestement excessives, les achats à tempéraments et les emprunts sauf lorsqu'ils sont nécessaires aux besoins de la vie courante.

¹⁴⁹ Le surendettement actif est un endettement important d'un particulier ayant consenti trop de crédits alors que le surendettement passif est lié aux accidents de la vie (chômage, divorce)

¹⁵⁰ Art. L 330-1 C. Conso., Loi n° 2003-371 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, dite Loi Borloo, JORF du 5 août 2003, p. 13449

Ainsi, le gage des créanciers est réduit selon la nature du fournisseur de crédit¹⁵¹ et la qualification de l'acte juridique ou de l'emprunt¹⁵², afin d'épargner le patrimoine familial. En effet, les crédits à la consommation conclus par un seul des époux, à l'origine du surendettement, ne sont autres que des dépenses manifestement excessives, achats à tempéraments ou emprunts pouvant porter sur des sommes non nécessaires aux besoins de la vie courante.

Le mariage s'il ne protège pas directement l'époux d'une situation de surendettement, protège les époux et le patrimoine familial. Les partenaires pacsés à l'article 515-4 C. Civ. disposent d'une solidarité analogue, moindre cependant. Les concubins quant à eux ne bénéficient d'aucune protection ni solidarité ménagère sauf stipulation conventionnelle contraire.

Le régime primaire est un bouclier civil en cas de surendettement ou d'intempérance d'un époux ; mais il est aussi protecteur de manière plus large du patrimoine commun et propre de chaque époux. Lorsqu'un époux est frappé d'incapacité sociale, d'incapacité juridique, la représentation par son conjoint demeure un prélude inéluctable sauf cessation de communauté de vie. En effet, la tutelle, fût-elle, une tutelle légale, est toujours subsidiaire au régime primaire et *a fortiori* au régime matrimonial.

Selon l'article 213 C. Civ., le principe est la cogestion¹⁵³ ; l'exception la gestion concurrente en cas de crise du couple. En effet, l'article 220-1 C. Civ. prévoit des restrictions de pouvoirs¹⁵⁴ d'un époux ; et, réciproquement, les articles 217 à 219 C. Civ. prévoient un accroissement de pouvoirs de l'autre en cas de refus injustifié contraire à l'intérêt de la famille ou de manquement aux devoirs familiaux d'un époux ou encore lorsque celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté.

¹⁵¹ Lorsque le vendeur est le fournisseur de crédit il s'agit d'un achat à tempérament, en revanche, lorsqu' existe une relation tripartite, il s'agit d'un emprunt

¹⁵² Pour faire échec à la solidarité, l'époux devra rapporter la preuve que le crédit consenti est un achat à tempérament, ou un emprunt ne portant pas sur des sommes modestes.

¹⁵³ Art. 213 C. Civ. « les époux assurent ensemble la direction matérielle et morale de la famille »

¹⁵⁴ Des mesures urgentes peuvent être prescrites par le juge aux affaires familiales en cas de mise en péril des intérêts de la famille selon l'art. 220-1 C. Civ.

L'article 219 C. Civ. prévoit, sur habilitation judiciaire, un mécanisme de représentation par le jeu de la gestion d'affaires pour les actes utiles alors que l'article 218 C. Civ. envisage un mandat¹⁵⁵ entre époux. L'article 217 C. Civ. permet un assouplissement de la cogestion lorsque l'époux est hors d'état de manifester sa volonté.

Le pouvoir de l'un est insuffisant ou incomplet et le consentement de l'autre manque, par conséquent, sur autorisation du juge, la protection conjugale est préférée à celle des incapacités.

Ainsi, la protection sociale d'un adulte marié non en mesure de pourvoir seul à ses intérêts va pouvoir être garantie par son conjoint, la protection patrimoniale de l'époux va être assurée par son conjoint grâce au régime primaire au-delà même du choix du régime matrimonial. Et, ce n'est que de manière subsidiaire que s'ouvriront une tutelle aux prestations sociales et une tutelle d'Etat. En outre, le juge des tutelles va, sauf cessation de communauté de vie ou empêchements, confier la tutelle (sociale et d'Etat), à l'époux. Ce n'est que de manière subsidiaire qu'un tiers, délégué à la tutelle, souvent personne morale, association tutélaire, interviendra pour assurer une pleine protection patrimoniale, et parfois personnelle, du majeur frappé d'une incapacité.

Cette multitude de dispositifs plus ou moins coordonnés selon les besoins de l'intéressé et sa situation patrimoniale va être unifiée par la loi du 5 mars 2007 qui, sans prétendre refonder le droit des incapacités, abrogera les faiblesses d'une coexistence socio-juridique.

¹⁵⁵ Par acte sous seing privé ou par acte authentique, mandat spécial, controversé en doctrine.

CHAPITRE 2ND : DE LA DIVERSITÉ À L'UNITÉ :

LA RÉFORME DU 5 MARS 2007

« Des incapables aux majeurs vulnérables »¹⁵⁶, après de nombreuses années de réflexion, percera dans un avenir proche – le 1^{er} janvier 2009 – un nouveau droit des tutelles. Sans transformer le droit des incapacités, c'est une rénovation par l'affirmation de principes « *en suspension* »¹⁵⁷ dans la loi du 3 janvier 1968 que propose la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridiques des majeurs.

Elle met ainsi fin à la double mesure (Section 1) et expose une nouvelle hiérarchie du droit des incapacités (Section 2).

Section 1 : La suppression de la « double mesure » (fin d'une hypocrisie)

La loi du 3 janvier 1968, en rupture avec l'Ancien droit, a accordé une confiance aveugle à la famille solidaire et stable faisant de « l'altération des facultés mentales » un fonds commun universel du droit à la vulnérabilité tantôt au nom de l'insertion sociale, tantôt (aussi) au nom de la protection patrimoniale – et personnelle –. Une mosaïque de mesures s'est imposée comme un modèle du genre par sa simplicité recouvrant des situations des plus hétéroclites.

Toutefois, le nouveau visage des familles en pleine décomposition avec, par un phénomène de cause à effet, une multiplication des détournements ou abus de droit comme en témoigne le doublon utilisé à outrance, ont dû mettre un terme à des mensonges organisés.

La disparité des dispositifs inaugurés à l'époque des lois Jean Carbonnier s'essouffle (I), impliquant une rénovation du droit en harmonie avec de nouvelles réalités sociales, un nouveau souffle de loi (II).

¹⁵⁶ HAUSER (J.), « Des incapables aux majeurs vulnérables », Dr. Fam. mai 2007, p. 5

¹⁵⁷ CARBONNIER (J.), Droit civil, introduction, PUF, 2002, 27^e éd. p. 264 Cité par REBOURG (M.) in « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », Dr. Fam. n° 5 mai 2007, p. 11

I – Essoufflement de lois démodées

L'augmentation du nombre de « doublons », fruits d'une tutelle d'Etat et d'une tutelle sociale, en l'espace d'une génération est constante pour deux raisons : d'abord, parce que le financement¹⁵⁸ de la TPSA fut une cause propice à un détournement de son objet ; ensuite, parce que le fait social qu'est la vulnérabilité a connu une propension à donner (des) droits...

Le droit de la protection juridique réservé aux aliénés, « interdits » sous l'Ancien droit, concerne plus généralement les « naufragés de la vie »¹⁵⁹. Par conséquent, la TPSA qui sert de faire-valoir d'une tutelle d'Etat devient à la fin du XX^e siècle archaïque. Dès lors, le brillant dispositif des lois « jumelles » de 1966 et 1968 devient obsolète.

A la fin des années Quatre-vingt-dix, les Ministères de la justice, de l'emploi et de la solidarité, et, de l'économie, des finances et de l'industrie, ont mandaté une Triple Inspection chargée de dresser un état des lieux de la protection des majeurs. Parmi les dérives et dysfonctionnements mis en exergue, la tutelle aux prestations sociales s'est avérée être une mesure intermédiaire entre la curatelle et la tutelle d'Etat. Ainsi, son retrait du Code de la sécurité sociale a été préconisé par le rapport Jean Favard¹⁶⁰ rendu en l'an 2000.

Le cumul des tutelles – l'une sociale, l'autre civile – s'efface, mais l'alliance du droit social et du droit civil doit se maintenir. Vingt années de travaux préparatoires plaideront en faveur du passage de la diversité à l'unité, pour une protection patrimoniale d'un majeur aussi acteur.

II – Nouveau souffle de loi

Les conditions actuelles d'ouverture de la TPSA sont alternatives, suscitant ainsi plus volontiers le cumul entièrement supporté par les organismes débiteurs de prestations sociales financièrement asphyxiés. La Triple Inspection recommande la substitution par « une mesure de gestion budgétaire et sociale » (MGBS) inscrite dans le Code civil, étendue à toutes les

¹⁵⁸ *Supra* p. 56

¹⁵⁹ MALAURIE (Ph.), « La réforme de la protection juridique des majeurs », LPA, 28 mars 2007 n° 63 p. 5. Sont ici visés les vieillards, les exclus sociaux, pauvres et misérables, SDF, chômeurs, alcooliques, drogués, handicapés etc...

¹⁶⁰ FAVARD (J.) (sous la direction de), *Op. Cit.* « La tutelle aux prestations sociales adulte : une mesure de protection qui ne devrait plus relever du Code de la sécurité sociale »

prestations sociales, pour les majeurs dont les facultés sont « faiblement altérées avec un [simple] besoin d'accompagnement social ».

Dès lors, deux conditions cumulatives encadrent plus strictement l'ouverture d'une telle mesure et évitent tout recours inopportun ou abusif : « *lorsque la santé et la sécurité de la personne sont gravement compromises du fait de son incapacité à assurer seule la gestion de ses ressources sociales, et, lorsqu'elle refuse un accompagnement social personnalisé* ».

La « mauvaise gestion » de prestations sociales, n'est donc plus une inaptitude sociale mais un nouveau degré d'incapacité. Et, l'ouverture de la mesure d'accompagnement budgétaire et social (MABS)¹⁶¹ s'étend non seulement aux personnes ne bénéficiant pas de prestations sociales mais aussi à celles percevant d'autres ressources (revenus du travail par exemple).

Fidèle aux travaux préparatoires, la loi du 5 mars 2007 opère un passage de la diversité à l'unité, abolissant notamment le mécanisme de la double mesure, sous une apparente simplification du droit. Le choix d'une mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP)¹⁶² inscrite aux articles L271-1 s. du Code de l'action sociale et des familles harmonisera la protection des majeurs du XXI^e siècle. Déclinée entre un contrat accepté et une justice forcée, une nouvelle hiérarchie du droit des incapacités oriente le majeur.

Section 2 : Nouvelle hiérarchie du droit des incapacités

La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, publiée au Journal officiel de la République française le 7 mars 2007 entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009 à l'exception du mandat de protection future dont l'entrée en vigueur était immédiate mais dépourvu d'effet.

Le Livre I^{er} du Code civil est remanié puisque le titre XI « *De la majorité et des majeurs protégés par la loi* » se compose de trois chapitres de façon à distinguer aux côtés « *des dispositions générales* » communes à toutes les mesures d'incapacité, les mesures civiles « *de protection juridique des majeurs* » des mesures « *d'accompagnement social* », complétées par les dispositions du Code de l'action sociale et des familles. De plus, la protection de la personne du majeur se différencie de sa protection patrimoniale car est ajouté un Titre XII intitulé « *de la gestion du patrimoine des mineurs et majeurs en tutelle* ».

¹⁶¹ La mesure de gestion budgétaire et sociale (MGBS) est devenue mesure d'accompagnement budgétaire et sociale (MABS) après discussion de l'adjonction d'une troisième condition de ressources, résolue par une alternative permettant au juge de ventiler le domaine et l'étendue de la mission.

¹⁶² *Infra* p. 72

Les principes « en suspension »¹⁶³ dans la loi du 3 janvier 1968 sont confirmés quarante ans plus tard (I) dans la réforme du 5 mars 2007 désireuse de faire de l'actuel droit des incapacités, un nouveau droit d'accompagnement du majeur protégé (II).

I – Liberté et égalité, les deux principes directeurs

Le droit des majeurs incapables est désormais celui des majeurs protégés. Le majeur n'est plus une personne à part mais une personne à part entière qui participe activement et librement à sa protection patrimoniale et personnelle. Conforme à la vague de contractualisation du droit de la famille, si l'incapable majeur entrait hier dans un statut juridique, le majeur protégé de demain pourra en discuter le contenu (librement). Il pourra choisir son (ou ses) tuteur(s) et même anticiper ou organiser sa future incapacité à travers le mandat de protection future, certes qualifié parfois de « semi protection » ou de « protection affaiblie ».

De plus, la dignité de la personne humaine s'inscrit au cœur de la protection de ses biens et plus encore de sa personne eu égard à « l'intérêt de la personne » à l'instar des grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme défenseurs de « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Enfin, la solidarité familiale, certes démissionnaire, conserve une place prépondérante puisque la tutelle est une charge « publique, personnelle et obligatoire » ; toutefois, de nombreuses exceptions extrafamiliales sont concédées. Pour exemple, l'apparition d'un nouveau métier : mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM).

Aux côtés de ces principes provoquant une révolution juridique de la protection des majeurs, au-delà également du renforcement de la responsabilité des organes de protection (art. 416 à 424 C. Civ. nouveau et art. 1984 C. Civ.), les principes de nécessité, subsidiarité et proportionnalité sont affûtés.

Le respect du principe de nécessité impose que le besoin de protection soit médicalement constaté par un médecin spécialiste agréé. En effet, le médecin traitant conserve un rôle uniquement en cas de renouvellement d'un régime de protection, mais il est apparu trop peu indépendant à l'ouverture d'un régime de protection. Comme sous l'égide de la loi du 3

¹⁶³ CARBONNIER (J.), Cité par REBOURG (M.) in « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Op. Cit.*

janvier 1968, l'ouverture d'un régime de protection est subsidiaire et toujours proportionnel sauf lorsque l'altération des facultés personnelles est insusceptible de connaître une amélioration (art. 422 al. 2 nouveau).

La terminologie du législateur abandonne l'expression humiliante, réductrice et sommaire du « majeur incapable » au profit d'une tournure plus humaine et sociale dans un esprit de réel partenariat, et d'accompagnement du « majeur protégé ». D'une époque de substitution imposée d'un majeur incapable par un autre capable, l'on passe en un demi-siècle à une ère d'addition du « majeur protégé », acteur de sa protection patrimoniale ou personnelle, à un tiers, « compagnon » juridique.

II – L'accompagnement du majeur protégé

L'une des innovations de la loi du 5 mars 2007 est sa vertu à pouvoir accompagner le majeur quelque soit son degré d'impuissance : la MASP, la MAJ, pionniers, puis la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle d'Etat comme des poupées russes... La protection du majeur, poussée par un vent de compassion pour les « naufragés de la vie », est désormais à deux volets : l'un social, l'autre patrimonial.

Placée au premier rang des nouveaux-nés, se trouve la mesure d'accompagnement social personnalisé¹⁶⁴. Il s'agit d'un statut juridique unique façonnable « sur mesure » et fidèle aux mouvements de contractualisation et de privatisation du droit de la famille. En effet, le contrat synallagmatique entre l'intéressé et un mandataire judiciaire à la protection des majeurs rompt avec l'adhésion à un statut où l'Etat prend en charge l'interdit. En cas d'échec, un second accompagnement – forcé – est prévu par la mesure d'accompagnement judiciaire¹⁶⁵ dans un esprit pacifique et consensuel.

La solidarité nationale œuvre ainsi pour la paix économique et sociale des familles : le doublon est certes supprimé, mais ses effets demeurent même s'ils sont régulés et contrôlés. En effet, l'Etat s'est résolu à assumer le coût de tels accompagnements, libérant ainsi les organismes débiteurs de prestations.

La mesure d'accompagnement n'est pas une mesure d'incapacité mais peut en être l'intermédiaire, à deux étages (social et / ou judiciaire au nom du principe réaffirmé de subsidiarité).

¹⁶⁴ Art. L 271-1 à -8 CASF

¹⁶⁵ Art. 495 s. C. Civ. nouveau

« Protéger le faible sans jamais le diminuer »¹⁶⁶ semble être le défi lancé par la loi du 5 mars 2007. A une époque où l'on ne veut ni mourir ni souffrir, le droit semble être la parade inexorable, le bouclier contre toute atteinte nourrit par une invincible machine à légiférer. La loi du 5 mars 2007 suit à la lettre tous les courants frénétiques de réforme du droit depuis l'entrée dans le troisième millénaire, comme si la société avait été foudroyée par des crises en tout genre, comme si le droit soudain était devenu illisible, antisocial, arriéré...

Votée après « déclaration d'urgence », instaurant pêle-mêle un trop plein de (nouveaux) droits, la loi du 5 mars 2007 place le majeur au cœur de sa protection.

¹⁶⁶ Expression reprise d'une Chronique au Defrénois 2005, art. 38076 p. 3 Cité par FOSSIER (T.) *in* La réforme de la protection juridique des majeurs, guide de lecture de la loi du 5 mars 2007, Semaine Juridique, Ed. G., n°11, 14 mars 2007, I 118

L'avènement du Troisième Millénaire provoque quelques balbutiements en droit des incapacités. D'une époque où prévalait la soustraction de l'incapable – digne héritier de l'interdit – à la protection de ses intérêts patrimoniaux, l'addition de l'intéressé s'impose par un accompagnement œcuménique.

- **Soustraction de l'incapable :**

La solidarité nationale inaugurée au siècle dernier par la tutelle aux prestations sociales est non seulement réduite mais aussi réductrice. Réduite d'abord parce que longtemps réservée à l'enfant uniquement ou étendue au seul adulte bénéficiaire de prestations sociales. Réductrice ensuite par les soupçons de mauvaises gestions ou de dilapidations des fonds publics qu'elle fit peser sur le parent, l'adulte, le majeur spolié et toujours écarté du droit ou soustrait à la gestion de son patrimoine.

De la défiance, le droit se tourne vers la confiance de sorte que le juridique ne soit pas le relais du social mais que les deux domaines s'articulent en harmonie en vue de protéger réellement, efficacement le majeur, acteur de sa protection. Plus qu'une simple gestion patrimoniale réduite et limitée aux prestations sociales ou à leur administration, c'est une véritable assistance socio-juridique que la loi du 5 mars 2007 propose. L'entrée dans le Code civil de mesures jusque-là autonomes, déliées ou artificiellement combinées, témoigne la volonté de répondre à de nouveaux modes de vie.

- **Addition du majeur :**

Pendant un demi-siècle, le droit des incapacités garantissait l'ouverture de plusieurs régimes afin de répondre à la situation de l'intéressé. Désormais, la loi du 5 mars 2007, dans un élan de simplification du droit de la famille et au nom du principe de subsidiarité, préconise une unité des mesures en réponse au pluralisme des situations. Ainsi, un seul statut juridique – par une action sociale et / ou civile – d'une étendue variable permet d'offrir au majeur un large éventail de mesures à la carte paralysant la superposition poussée et plus ou moins artificielle des régimes. L'incapacité future connaîtra un sens plus large car elle peut être alternativement et exclusivement une mesure sociale ou une tutelle civile.

De plus, l'intéressé participera activement à sa protection puisque l'Etat ne sera plus un parent de substitution mais un parent d'addition du majeur.

L'époque où l'Etat agissait sans le majeur est révolue puisque le retour à l'autonomie de la vie en société passe avant tout par l'autonomie de la volonté du majeur. La parole du majeur, sa liberté et sa dignité font partie intégrante comme toute personne humaine de la protection de ses intérêts patrimoniaux.

La protection patrimoniale instable et étroite que l'adulte d'une tutelle aux prestations sociales connaît devient une protection patrimoniale plus globale, accompagnatrice du majeur et à l'écoute de sa volonté.

PARTIE II

L'ACCOMPAGNEMENT DU MAJEUR PROTÉGÉ « SUR MESURE »

Le droit des tutelles n'est plus ce qu'il était ! Le législateur a souhaité pacifier, simplifier et moderniser les nombreux dispositifs en cascade, souvent mal compris et mal appliqués.

Le vocabulaire le démontre. Le terme « *tutelle* » impliquant l'idée de « main mise » sur le patrimoine ou la personne indéniablement réduite dans son statut s'efface en partie au profit d'un accompagnement, de surcroît « sur mesure ». *Accompagner* signifie « prendre quelqu'un comme compagnon », l'associer dans la possession de biens et de droits »¹⁶⁷.

Dès lors, le majeur occupe une place à part entière sur le théâtre de sa protection.

Afin de mettre un terme à l'ouverture abondante de régimes – sociaux et / ou civils – trop souvent inefficaces, coûteux ou désordonnés, la philosophie du législateur est d'installer un régime unique « sur mesure » et proportionné aux besoins de l'intéressé.

En outre, plutôt que d'évincer ou exclure le majeur de sa protection, il est totalement associé à celle-ci.

La tutelle aux prestations sociales est donc remplacée par un double dispositif intégré aux mesures traditionnelles de protection. Les dispositions du Code de la sécurité sociale sont abrogées, remplacées et autrement composées : par des dispositions du Code de l'action sociale et des familles mais aussi par des dispositions inscrites dans le Code civil.

Les nouvelles mesures d'accompagnement (Titre 1^{er}) placent la parole du majeur au cœur de sa protection (Titre 2nd).

¹⁶⁷ LITTRE (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Gallimard Hachette, 1958, Tome 1, V° « accompagner » p. 92

TITRE 1^{ER} : LE CONTRAT SOCIAL OU L'ACCOMPAGNEMENT FORCÉ

La contractualisation du droit gagne (aussi) le droit des personnes vulnérables. En effet, le phénomène de privatisation du droit de la famille n'a pas épargné le droit de la protection juridique. Rendre disponible un droit par essence indisponible semble être le nouveau défi de la « société liquide » d'aujourd'hui, et plus encore de demain, dans laquelle l'accord de volonté est le vecteur essentiel.

Le droit des contrats atteint la sphère réservée du statut personnel et s'adapte aux nouvelles réalités économiques, aux nouveaux modes de vie et besoins de l'homme moderne. De la loi des parties, découle la force contraignante ou un contenu « obligationnel ». Ainsi, qu'il s'agisse d'une force affaiblie ou renforcée, l'autonomie de la volonté est la pièce maîtresse du droit du futur.

L'autonomie de la volonté concédée par le législateur commence par la liberté de choix : la mesure d'accompagnement social personnalisé ou la mesure d'accompagnement judiciaire. Qu'il s'agisse d'un contrat social ou d'un contrat judiciaire, la convention supplante les décisions qui frappent les majeurs d'incapacités (fussent-elles seulement sociales)...

L'accompagnement de l'intéressé renforce son engagement à l'épreuve de sa protection de manière à progressivement responsabiliser une personne souvent marginalisée.

La volonté du majeur est une condition de sa protection patrimoniale. Elle peut être exprimée de manière libre par un contrat social, nouveau degré de protection qu'est la MASP (Chap. 1^{er}) ; ou, à défaut, de manière forcée par l'accompagnement judiciaire ouvrant un droit civil à la vulnérabilité, c'est la MAJ (Chap. 2nd)

Un nouveau droit débordant de sigles (MASP, MAJ, MJPM) emporte simplification du droit...

CHAPITRE 1^{ER} : UN NOUVEAU DEGRÉ DE PROTECTION : LA MESURE D'ACCOMPAGNEMENT SOCIAL PERSONNALISÉ (MASP)

Aux origines de la loi de 2007, se trouvent les clés de compréhension (Section 1) de la mesure d'accompagnement social personnalisé (Section 2).

Section 1 : Aux origines de la loi de 2007, clés de compréhension

Face à l'impérieux besoin de rénovation du droit des incapacités (I), les propositions de vingt années de travaux préparatoires (II) ont été entérinées par la MASP ou le *Contrat Social* (III).

I – Besoin de rénovation du droit des « para incapacités »

La TPSA, en raison de nombreuses lacunes, ne se suffit plus à elle-même. Le domaine de cette mesure temporaire de « quasi » ou « para » incapacité est réduit alors que celui de la vulnérabilité ne cesse dans le même temps de s'étendre et perdure. Le fossé entre l'offre et la demande d'aide sociale se creuse.

Le seul remède envisagé en pratique est « le doublon ». Or, il est bien souvent une fiction, source de confusions, et représente un coût élevé à charge des organismes débiteurs de prestations sociales en raison des malversations. De plus, le vieillissement de la population dû à l'augmentation de la durée de la vie humaine et aux progrès de la médecine ainsi que l'essor de la catégorie des exclus sociaux (« marginaux, pauvres, misérables, S.D.F., alcooliques, drogués »¹⁶⁸) souligne l'inadaptation du droit aux modes de vie et un besoin urgent de rénovation.

En réponse au besoin de renouveau, dès la fin des années Quatre-vingt, une table ronde sur la tutelle d'Etat a été dressée à l'initiative du Ministère de la justice. La conquête de l'actualisation des lois du Doyen Carbonnier a alors été lancée : par quelques frémissements d'abord, puis par le temps des rapports de la « Triple Inspection » en 1998, et du groupe de

¹⁶⁸ MALAURIE (Ph.), « la réforme de la protection juridique des majeurs », *Op. Cit.*

travail Jean Favard en avril 2000 et Daniel Anghelou de juin 2003¹⁶⁹. L'élaboration des lettres de lois futures, avec pour ordre de mission le placement de la volonté du majeur au cœur de sa protection, était annonciatrice dès 2002 d'une refonte de la protection juridique des majeurs.

Inspiré par les idées contemporaines importées ou imposées par la Cour européenne des droits de l'Homme et sous l'influence vraisemblable des voisins européens¹⁷⁰, le droit français des incapacités fait nouvelle figure par la loi du 5 mars 2007, produit de deux décennies de travaux préparatoires et riche d'ambitieuses propositions.

II – Propositions de 20 ans de travaux préparatoires

L'évaluation médico-sociale (A) et la mesure de gestion budgétaire et sociale (B) sont des préalables à la saisine des autorités judiciaires. Le Département est le chef de file en qualité de premier organe au contact direct des exclus sociaux. Il est chargé d'aiguiller ces derniers vers un dispositif administratif ou judiciaire le plus adéquat afin de favoriser leur réinsertion.

A. L'évaluation médico-sociale

Préconisée par le groupe de travail Jean Favard, l'évaluation médico-sociale est un préalable à la saisine judiciaire (1). Etendue lors des travaux préparatoires à l'enquête médico-sociale, elle n'a pas retenu l'attention du législateur de 2007 (2).

1) Préalable à la saisine judiciaire : l'évaluation médico-sociale

Les enquêtes sociales¹⁷¹ précèdent une mesure d'assistance éducative, l'attribution de prestations sociales, ou assurent la primauté des intérêts de la personne lors de l'ouverture d'un régime de protection. Mais, elles apparaissent trop variables ou incomplètes, parfois désordonnées et souvent insuffisantes. Ainsi, le Rapport Jean Favard recommande la mise en place d'une évaluation médico-sociale (EMS) relevant de la compétence du Conseil Général parce que le prononcé d'une incapacité est privatif de liberté et doit toujours être nécessaire.

¹⁶⁹ ANGHELOU (D.) et VOISIN (J.), « La réforme de la protection juridique des majeurs : rapport définitif du groupe de travail sur l'évaluation médico-sociale », Paris, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées, 2003

¹⁷⁰ *Infra* p. 116

¹⁷¹ Prévues aux articles 1246 et 1248 du Code de procédure civile

Lors du dépôt de la demande d'ouverture d'un régime de protection¹⁷² auprès du juge des tutelles, est joint un rapport d'évaluation médico-sociale contenant un bilan de la situation sociale, familiale, financière et médicale le plus complet possible de la personne ainsi que les éventuelles actions sociales personnalisées antérieures. Ce rapport est obligatoire pour les tiers et les services sociaux mais il est facultatif pour le majeur et sa famille. L'accès au juge est ainsi restreint sans dissuader le cercle familial qui peut douter du résultat d'une telle mesure.

Le rapport circonstancié élaboré par un travailleur social connaît deux issues. En l'absence de danger, avec l'accord du majeur, une mesure d'accompagnement social est déployée sans que l'affaire ne soit transmise au Procureur de la République. En revanche, en cas de danger manifeste, le dossier est transmis immédiatement au Ministère Public ou au juge des tutelles, nonobstant l'ouverture d'une mesure d'accompagnement social.

L'évaluation médico-sociale en amont, envisagée comme un préalable à la procédure judiciaire, a été étendue à l'enquête médico-sociale, en aval de la procédure judiciaire et au service de l'information des autorités judiciaires. Cela étant, cette double proposition n'a pas retenu l'attention du législateur de 2007.

2) L'évaluation ou l'enquête médico-sociale : le rejet

L'évaluation médico-sociale, lors des travaux préparatoires, est apparue trop modeste face au vœu de réforme d'une TPSA dont le domaine est immanquablement réduit. Ainsi, le dispositif a été étendu, lors des travaux préparatoires, en aval de la saisine judiciaire à travers l'enquête médico-sociale.

L'enquête médico-sociale permet une connaissance approfondie de la situation financière et familiale du majeur. Elle peut être ordonnée par le juge, d'office ou à la demande du majeur ; ou, par le Procureur de la République à la demande des tiers (services sociaux notamment) lors de l'ouverture, de la révision ou de la main levée d'une mesure de protection.

¹⁷² Indifférence à la nature du régime : protection juridique ou accompagnement budgétaire et social

Le contenu de l'expertise médico-sociale doit permettre une prise de décision adaptée aux besoins de la personne. A cette fin, un bilan global de la nature des problèmes rencontrés et de la capacité à les surmonter, en cinq axes, est élaboré : état de santé, mode de vie, entourage familial et amical, ressources financières et interventions en cours et à mettre en place.

Ainsi l'enquête médico-sociale comporte un volet médical, sans que ne puisse être opposé le secret médical, et, un volet social, familial et financier. Le coût moyen, évalué à 500 € par expertise, a conduit le législateur de 2007 à abandonner ce projet.

L'EMS, déclinée en évaluation (en amont de la saisine judiciaire) ou enquête (en aval) a été écartée par le législateur. En effet, l'évaluation médico-sociale, en amont de la procédure judiciaire, a été accusée d'être un frein à l'accès des familles, attentatoire aux libertés individuelles. Il s'agit d'un dispositif inutilement trop lourd qui pourrait être résolu par une meilleure coordination entre les services.

La mesure de gestion budgétaire et sociale (MGBS), devenue au cours des travaux préparatoires mesure d'accompagnement budgétaire et sociale (MABS) a été l'œuvre majeure de la réforme.

B. LA MABS, l'œuvre de la réforme

L'objectif unique (1) poursuivi par deux moyens successifs semblables (2) proposés lors des travaux préparatoires est d'accompagner le majeur pour favoriser le retour à une pleine autonomie.

1) Objectif unique : accompagnement social

Aux vues des dérives de la TPSA, l'objectif unique est de privilégier un accompagnement social plus que des interventions judiciaires en cascade. La mesure de gestion budgétaire et sociale (MGBS) comme son successeur la mesure d'accompagnement budgétaire et sociale (MABS) favorise une aide à la gestion du budget et un accompagnement social. La « tutelle » disparaît car le droit des incapacités devient avant tout un compagnon du majeur.

A cette fin, deux moyens, l'un plus élémentaire que l'autre sont prévus, initialement dans le Code civil.

2) Deux moyens successifs semblables

La mesure de gestion budgétaire et sociale (MGBS) (a) a précédé la mesure d'accompagnement budgétaire et sociale (b).

a) La MGBS

Dans un premier temps, la mesure de gestion budgétaire et sociale (MGBS) propose un accompagnement contractuel entre le majeur et le Département de façon à combler les vides des services sociaux intervenant ponctuellement. De plus, elle est exclusive d'une tutelle ou une curatelle d'Etat, afin de mettre fin au doublon, et n'entraîne aucune d'incapacité juridique.

Lorsque « la santé ou la sécurité [du majeur] est en danger du fait de son inaptitude à assurer la gestion de ses prestations sociales », le juge ordonne l'ouverture d'une MGBS et désigne un mandataire judiciaire à la protection des adultes¹⁷³ (MJPA) sauf si les règles du régime matrimonial ou du Code de l'action sociale et des familles sont suffisantes.

Après audition du majeur, le juge fixe la durée de la mesure – pour 2 ans, renouvelable jusqu'à 4 maximum – et son étendue, puis désigne le MJPA chargé d'établir un budget prévisionnel dans un délai d'un mois. Le majeur protégé a la faculté de contester ce budget.

Le MJPA, choisi sur liste établie par le Procureur de la République, est chargé de percevoir les ressources de l'intéressé et de les employer dans l'intérêt de sa personne après ouverture d'un compte bancaire au nom du majeur dans un établissement de crédit.

Attentif au vocable employé, le législateur a souhaité davantage montrer l'association réelle du département, véritable accompagnateur du majeur, plus qu'un nouveau gestionnaire budgétaire et social. L'accompagnement humain doit prévaloir puisque le droit des incapacités, comme les autres branches du droit, est soucieux de l'autonomie de la volonté.

¹⁷³ Les mandataires judiciaires à la protection des adultes (MJPA) deviendront les Mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MPJM), *Infra* p. 89

b) La MABS

La mesure d'accompagnement budgétaire et sociale (MABS), revendiquée parmi les dispositions du Code civil, se veut d'une plus éminente assistance que celle offerte par les services sociaux. Fidèle à l'esprit du législateur, la MABS doit être nécessaire, proportionnelle et subsidiaire : à ces fins, elle doit respectivement ne plus comporter de conditions de revenus, être provisoire, et d'un ultime recours¹⁷⁴.

Lorsque la santé ou la sécurité de la personne est gravement compromise et qu'une action personnalisée d'accompagnement social ne permet pas de surmonter les difficultés, l'ouverture d'une mesure d'accompagnement budgétaire et sociale, de manière indifférente à la nature des revenus ou prestations sociales¹⁷⁵ perçus, peut être prononcée par le juge des tutelles. Saisi sur requête du majeur¹⁷⁶ ou du Ministère Public¹⁷⁷, le juge fixe la durée de la mesure, pour maximum 3 ans – renouvelable une fois –, et l'étendue de la mission confiée à une personne physique ou morale, déléguée à la protection des majeurs. Le majeur conserve sa pleine capacité d'exercice et le cumul avec une autre mesure est impossible.

Les délégués à la protection des majeurs seraient en principe des personnes morales composées d'une mosaïque de corps de métiers (travailleurs sociaux, juristes, psychologues...), ou à défaut des personnes physiques remplissant des conditions d'âge, d'expérience et de formation.

Ainsi, la MABS élimine la confuse TPSA du paysage juridique en spécialisant l'action sociale, qui fait immixtion dans le Code civil. Accompagner le majeur dans sa gestion patrimoniale (et personnelle) pour un retour progressif à l'autonomie d'une personne jamais incapable mais moins que capable est la réponse apportée par les travaux parlementaires face aux exigences sociales du monde contemporain.

Le législateur, inspiré de la MABS, déclinera son régime en deux mesures : la mesure d'accompagnement social personnalisé dans le CASF et la MAJ inscrite dans le Code civil.

¹⁷⁴ La MABS est déployée après épuisement d'une évaluation ou enquête médico-sociale.

¹⁷⁵ Une troisième condition de ressources de l'intéressé a été discutée. L'alternative proposée est que le domaine de la MABS concerne les personnes quelle que soit la nature de leurs ressources ou les seuls bénéficiaires de prestations sociales dont l'étendue de la gestion est fixée par le juge.

¹⁷⁶ La famille ne peut être demandeur à l'ouverture car elle n'est pas en mesure d'apprécier si toutes les actions ont été conduites ou éconduites par le département

¹⁷⁷ Suite à un signalement par les services sociaux

III – Le contrat social ou la MASP

A l’instar *Du Contrat Social* (A), la mesure d’accompagnement social personnalisé (B) est un pacte d’essence démocrate entre l’individu et ses semblables.

A. *Du Contrat Social*¹⁷⁸ au XXI^e siècle

La philosophie des Lumières a éclairé les idées de la Révolution Française et traversé les siècles. Derrière l’accompagnement du majeur, masqué sous les apparences d’un droit débordant de sigles (MGBS, MABS, MASP), l’homme moderne des lois renoue avec l’indémorable *Contrat Social*.

La théorie philosophique du *Contrat Social* considère à l’origine de l’Etat, une convention entre les humains par laquelle ils renoncent à leurs libertés en contrepartie de lois, favorables à la reproduction du corps social. L’homme est naturellement bon mais est corrompu par la société. Le *Contrat Social* le rend souverain puisqu’il abandonne ses intérêts privés pour l’intérêt général. Ainsi, selon J.-J. Waldeck-Rousseau, les citoyens sont les garants de la volonté générale.

B. La MASP, un pacte d’essence démocrate

De manière analogue, la MASP est un contrat synallagmatique entre l’individu et la société. Le *pacte social* signé par le majeur réduit sa liberté, son autonomie pour la retrouver à terme. L’aide sociale est ainsi contractuellement acceptée plutôt que judiciairement imposée.

Le régime de la mesure d’accompagnement social personnalisé (MASP) est précisé dans le Code de l’action sociale et des familles. Il s’agit d’une protection intermédiaire avant le recours à l’accompagnement forcé ou la mesure d’accompagnement judiciaire.

En plaçant la volonté du majeur comme condition de sa protection, le législateur privilégie la confiance entre les autorités administratives et judiciaires et le majeur.

¹⁷⁸ ROUSSEAU (J.-J. W.), *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, 1762

Section 2 : La mesure d'accompagnement social personnalisé ou le choix de la confiance

La mesure d'accompagnement social personnalisé, prévue aux articles L 271-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles instaurés par la loi du 5 mars 2007 entrant en vigueur au 1^{er} janvier 2009, complète le Livre II relatif aux *différentes formes d'aide et d'action sociales*. La mise en place d'une mesure d'accompagnement entre l'intéressé et le département peut prendre deux formes : un contrat (I) ou une contrainte (I).

I – Le contrat

Le *pacte social*, sous réserve de certaines conditions prévues à l'article L 271-1 (A), produit des effets. (B)

A. Conditions

Le contrat social, ou la mesure d'accompagnement sociale personnalisé peut être souscrite par tout majeur qui perçoit des prestations sociales lorsque, sa santé ou sa sécurité, est menacée par les difficultés de gestion budgétaire. Il s'agit d'un contrat synallagmatique, « *d'engagements réciproques* »¹⁷⁹ entre le majeur vulnérable d'une part, et le Conseil Général d'autre part. La gestion demeure extrajudiciaire et respectueuse avant tout de la volonté du majeur.

B. Effets

Ce dispositif d'aide et d'insertion sociale, inscrit dans le CASF, donne mandat conventionnel aux services sociaux d'agir, en faveur d'un retour à une gestion autonome des prestations sociales perçues par le majeur.

D'un côté, le Département représenté par le Conseil Général proposera diverses mesures ; d'un autre côté, le bénéficiaire pourra l'autoriser à percevoir ou gérer sur son compte bancaire tout ou partie des prestations sociales, affectées en priorité au loyer.

¹⁷⁹ Art. L 271-1 al. 2 CASF

De plus, le Conseil Général peut désigner un sous-mandataire selon l'article L 271-3 CASF. Enfin, une contribution financière peut être demandée au majeur selon l'article L 271-4 du même code.

Le contrat, conclu pour une durée de 6 mois à 2 ans, peut être modifié par un avenant et est renouvelable pour une durée n'excédant pas quatre ans.

Les effets prévus aux articles L 271-2 à -4 CASF s'inscrivent dans une logique de contractualisation des actions sociales et de responsabilisation du bénéficiaire mais aussi de privatisation du droit.

Cela étant, lorsque le contrat n'est pas respecté, le département peut avoir recours à la contrainte

II – La contrainte

Le non-respect des clauses contractuelles (A) voire l'échec de la MASP (B) commandent l'emploi de la contrainte.

A. Non-respect du contrat social, logement sauvé

L'article L 271-5 CASF prévoit un timide recours au juge d'instance en cas de non-respect des clauses de la mesure d'accompagnement social personnalisé à l'initiative du Conseil Général. Le juge peut ainsi ordonner le versement mensuel direct des prestations sociales au bailleur de manière à placer le majeur à l'abri d'une procédure d'expulsion. Néanmoins les conditions d'ouverture sont strictes car « *l'intéressé ne doit pas s'être acquitté de ses obligations locatives depuis au moins deux mois* »¹⁸⁰. Et, cette mission autoritaire ne doit priver le majeur de ses « ressources ».

En doctrine¹⁸¹, la sollicitation du juge d'instance est critiquée car la marge de manœuvre du juge (des tutelles ?) face à une procédure d'expulsion est limitée. De même, la condition *sine*

¹⁸⁰ Art. L 271-5 alinéa 2 CASF

¹⁸¹ En ce sens Cf. BAUER (M.), FOSSIER (T.) et PECAUT-RIVOLIER (L.), « La tutelle aux prestations sociales rend encore service » in *La réforme des tutelles, ombres et lumières*, Paris, Dalloz, 2006, Chap. 31

qua non de « ressources » suffisantes paraît trop vague et implique un contrôle de l'intégralité du budget du majeur, ce qui n'est pas l'objet de la mesure.

Le non-respect de la MASP sauvegarde le logement mais est parfois le signe avant-coureur d'un échec de l'accompagnement social personnalisé.

B. Echec de la mesure, quelle issue ?

La mesure d'accompagnement social personnalisé peut connaître un résultat délétère lorsque le majeur refuse de consentir ou n'honore pas ses obligations de sorte qu'il compromet sa santé ou sa sécurité.

Selon l'article L 271-6 CASF, le Conseil Général peut alors informer et transmettre au Procureur de la République un rapport circonstancié. Celui-ci comporte une évaluation sociale et pécuniaire, un bilan des actions personnalisées menées, et, sous pli cacheté, les informations médicales sur la situation de l'intéressé. Le Parquet peut saisir le juge des tutelles en vue de l'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) ou d'un régime d'incapacité.

Inscrite au sein du Code de l'action sociale et des familles, la MASP, ouvrage d'une réforme, est un dispositif innovant, à l'écoute de la volonté du majeur, mais aussi sur mesure parce que « personnalisée » comme l'indique son intitulé. Au-delà de la protection des intérêts patrimoniaux, une protection personnelle de l'intéressé est dorénavant prévue de concert.

La théorie du consensualisme est le vecteur du phénomène de yoyo qui irrigue le droit des incapacités : de la défiance à la confiance, grâce au *Contrat Social*, la protection du majeur peut basculer faute d'accord vers la défiance... C'est l'accompagnement judiciaire.

Qu'elle soit consentie ou forcée, contractuelle ou judiciaire, la protection des intérêts patrimoniaux – et extrapatrimoniaux – est passée d'un assujettissement de l'incapable à un accompagnement du majeur protégé.

L'accompagnement du majeur peut être forcé face à un accompagnement non consenti.

Fidèle à la volonté des travaux préparatoires préconisant l'instauration de la MABS dans le Code civil, le législateur de 2007 a, après avoir forgé un degré moindre de protection dans le Code de l'action sociale et des familles, inscrit la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) dans le Code civil, consacrant un véritable droit civil à la vulnérabilité.

Le majeur a ainsi droit à une aide indépendamment ou contre sa volonté !

CHAPITRE 2ND : UN DROIT CIVIL À LA VULNÉRABILITÉ : LA MESURE D'ACCOMPAGNEMENT JUDICIAIRE (MAJ)

Inscrite dans la version à venir du Code civil, la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ), exclusive d'autres régimes s'apparente à la proclamation d'un droit civil à la vulnérabilité (Section 1) garanti par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, future profession (Section 2).

Section 1 : Entrée dans le Code civil d'une mesure exclusive

La mesure d'accompagnement judiciaire portant modernisation de la TPSA (I) est une alternative à l'incapacité juridique ou l'avènement de l'incapacité sociale (II). L'intéressé ne relève pas du pur droit des incapacités car il n'est pas victime d'une altération des facultés mentales mais reste sur la rive de la société.

I – Modernisation de la TPSA : La MAJ

La MAJ se substituera à la TPSA dès le 1^{er} janvier 2009 et disparaîtra ainsi l'actuel critère « *des conditions de vie défectueuses* ». Trousse de second secours social, déployée en cas d'échec d'une préalable MASP, la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) fait son entrée dans le Code civil aux articles 495-1 et suivants. Les conditions (A) et effets (B) élèvent la volonté du majeur au centre de sa protection.

A. Conditions

Aux conditions de fond (1), s'ajoutent des conditions de forme (2) précisées par les décrets d'application à venir.

1) Conditions de fond

Selon l'article 495 C. Civ. nouveau, la mesure d'accompagnement judiciaire peut être ordonnée par le juge des tutelles, en cas d'échec de la MASP, lorsque la santé ou la sécurité

de la personne majeure est compromise. Trois conditions¹⁸² cumulatives doivent ainsi être réunies.

Le domaine de la MAJ exclut les prestations familiales pour lesquelles le juge des enfants a désigné un délégué aux prestations familiales aux termes des articles 495-5 C. Civ. nouveau et 375-9-1 al. 1^{er} *in fine* C. Civ.

De plus, l'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire est subsidiaire à tout autre régime de protection.

Lorsque les conditions de fond sont réunies, notamment l'échec de la MASP, préalable et obligatoire, la procédure d'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire est déclenchée en pratique par les services sociaux qui avisent le Ministère Public.

2) Conditions de forme

Lorsqu'un travailleur social, représentant du Conseil Général, informe le Procureur de la République de l'échec d'une MASP en vertu de l'article 271-6 CASF, celui-ci va saisir le juge des tutelles en vue de l'ouverture d'une MAJ conformément à l'article 495-2 C. Civ.

Ainsi, le juge des tutelles, qui ne peut se saisir d'office, apprécie souverainement le bien fondé de la demande, à l'appui du rapport des services sociaux transmis par le Procureur de la République lors de la saisine. Il statue après audition ou appel de l'intéressé.

Selon l'article 495-4 C. Civ. nouveau, lors du prononcé de la mesure, le juge fixe l'étendue des prestations sociales dont la gestion est confiée exclusivement à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs¹⁸³.

La MAJ est provisoire selon l'article 495-8 C. Civ. nouveau. En effet, le juge fixe la durée de la mesure pour 2 ans maximum, renouvelable une fois, à la demande du majeur protégé, du mandataire ou du Parquet et sur décision motivée du juge, sans excéder 4 années au total.

¹⁸² L'échec de la MASP n'ayant pas permis une « *gestion satisfaisante* » des prestations sociales se substituant à l'actuel critère des « *conditions de vie défectueuses* » de la TPSA, la santé ou la sécurité de la personne physique, et, la majorité de l'intéressé sont les trois conditions d'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire.

¹⁸³ *Infra* p. 89

De plus, le juge peut, d'office à tout moment, ou sur demande¹⁸⁴, modifier l'étendue ou mettre fin à la mesure après audition du majeur protégé.

Sans être une mesure d'incapacité, la mesure d'accompagnement judiciaire, ordonnée par le juge des tutelles, assure une protection juridique qui se distingue de l'accompagnement social notamment dans ses effets.

B. Effets

Les effets classiques (1) sont complétés par des effets spécifiques relatifs à la gestion des comptes (2).

1) Effets classiques

La mesure d'accompagnement judiciaire a pour effet de confier la gestion de tout ou partie des prestations sociales du bénéficiaire à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs choisi sur liste selon les articles 495-4 et 495-6 C. Civ. nouveaux. Les prestations sociales sont perçues par le mandataire sur un compte ouvert au nom du bénéficiaire¹⁸⁵.

Le MJPM administre les prestations sociales visées en tenant compte de l'avis, de la volonté et de la situation familiale de l'intéressé. Il mène, auprès du majeur, une action éducative en vue de favoriser le retour à une gestion autonome des prestations sociales.

Les effets classiques de la MAJ sont calqués sur ceux de la TPSA puisque l'administration des prestations sociales est confiée par intérim à un mandataire. Cela étant, le législateur de 2007 a encadré les effets relatifs à la gestion des comptes au vu de nombreuses malversations¹⁸⁶.

¹⁸⁴ La demande émane du majeur protégé, du mandataire judiciaire à la protection des majeurs ou du Procureur de la République selon l'article 495-4 al. 2 C. Civ. nouveau

¹⁸⁵ *Infra* p. 87

¹⁸⁶ *Supra* p. 56

2) Effets spécifiques relatifs à la gestion des comptes

Le MJPM désigné par le juge des tutelles perçoit les prestations sociales sur un compte bancaire ouvert dans un établissement de crédit au nom de la personne protégée selon les dispositions de l'article 495-7 al. 1^{er} C. Civ. nouveau. De cette manière, il est mis un terme à la pratique des comptes pivots¹⁸⁷ dénoncée par le rapport de la Triple Inspection.

Et, selon l'article 495-9 C. Civ. nouveau, les dispositions des articles 510 à 515 C. Civ. nouveaux sont applicables à la gestion des prestations sociales par le mandataire.

Ainsi, le MJPM doit transmettre au juge des tutelles un compte de gestion annuelle ainsi que toutes les pièces justificatives sans que l'établissement de crédit puisse opposer de secret professionnel. Le greffier du tribunal d'instance procède à la vérification et à l'approbation des comptes de gestion.

La loi du 5 mars 2007 permet d'assurer, un contrôle « efficace et transparent »¹⁸⁸ des comptes de gestion. En effet, le greffier peut « être assisté dans sa mission de contrôle »¹⁸⁹, désigner un technicien ou communiquer plus facilement avec le juge¹⁹⁰. Et, bien que le mandataire « soit tenu d'assurer la confidentialité du compte de gestion »¹⁹¹, une copie de ce dernier pourra être transmise au majeur ou à toute personne justifiant d'un intérêt légitime¹⁹².

Par ailleurs, le compte final de tutelle est réduit à un compte quinquennal selon l'article 514 al. 2 C. Civ. nouveau.

L'action en reddition de compte, en revendication ou en paiement se prescrit par 5 ans à compter de la fin de la mesure, sauf dispense.

¹⁸⁷ Le tuteur encaisse sur un compte unique et rémunéré tous les revenus du majeur avant leur ventilation vers les comptes personnels.

¹⁸⁸ FOSSIER (T.), « Réforme des tutelles : la protection des intérêts patrimoniaux », AJ Famille 2007 p. 167

¹⁸⁹ Art. 511 al. 3 C. Civ. nouveau, selon les conditions fixées par le Code Procédure Civile

¹⁹⁰ En ce sens V. art. 511 al. 4 et 5 C. Civ. nouveau

¹⁹¹ Art. 510 al. 3 C. Civ. nouveau

¹⁹² Selon l'article 510 al. 3 C. Civ. nouveau, il s'agit de « toutes les personnes chargées de la protection de l'intéressé » ou selon l'article 510 al. 4 C. Civ. nouveau de « son conjoint, partenaire, parent ou allié ».

La mesure d'accompagnement judiciaire est à la fois le plus haut degré de protection sociale et un nouveau degré de protection juridique sans jamais modifier la capacité de l'intéressé. Ce dispositif original et innovant apparaît comme une alternative à l'incapacité juridique ou l'avènement de l'incapacité sociale, promoteur du droit à la vulnérabilité.

II – Alternative à l'incapacité juridique ou avènement de l'incapacité sociale ?

L'entrée dans le Code civil d'une mesure exclusive telle que la mesure d'accompagnement judiciaire, empruntant des mécanismes tantôt au droit social, tantôt au droit civil, permet de discuter la nature de cette incapacité (A) qui ouvre un droit civil à la vulnérabilité (B)

A. Incapacité discutée

La mesure d'accompagnement judiciaire présente un caractère subsidiaire lorsque les règles relatives au régime matrimonial, à l'un des régimes civils de protection ou à une mesure d'accompagnement social personnalisé sont suffisantes selon les articles 495 et 495-1 C. Civ. nouveaux. A l'instar des principes communs à tous les régimes civils de protection¹⁹³, la mesure d'accompagnement judiciaire emprunte les mécanismes du droit des incapacités mais « *n'entraîne aucune incapacité* »¹⁹⁴ juridique.

Comme la TPSA, la MAJ n'est pas une mesure classique d'incapacité. Donc, le majeur conserve sa pleine capacité car seule l'altération des facultés mentales¹⁹⁵ ou corporelles justifie le prononcé d'une incapacité juridique au sens de l'article 425 C. Civ. nouveau.¹⁹⁶

En revanche, contrairement à la TPSA, la MAJ est inscrite dans le Code civil. Ainsi, elle peut revêtir le caractère d'incapacité civile ou sociale de sorte que la nouvelle mesure conduit à un brouillage des finalités.

La MAJ répond efficacement au « doublon »¹⁹⁷ dont les nombreuses malversations sont maîtrisées par l'extension à cette mesure des dispositions relatives au contrôle des comptes de gestion. Cela étant, apparaît un flou juridique éclairé par un juge unique en pratique.

¹⁹³ *Supra* p. 46

¹⁹⁴ Art. 495-3 C. Civ. nouveau *in fine*

¹⁹⁵ *Supra* p. 39

¹⁹⁶ Actuel article 489 C. Civ.

¹⁹⁷ *Supra* p. 56

Le juge des tutelles personnalise ainsi la protection juridique en réponse aux besoins de l'intéressé. Il est le chef d'orchestre de la protection juridique du majeur : l'accompagnement judiciaire, la sauvegarde de justice la curatelle ou la tutelle sont ouverts « à la carte »¹⁹⁸.

La mesure d'accompagnement judiciaire est une mesure de protection – et non d'incapacité – juridique. Plus qu'une inaptitude sociale, moins qu'une incapacité juridique, la MAJ pourrait être une incapacité sociale. Selon certains auteurs, le droit des tutelles deviendrait « une nouvelle branche du droit de l'action sociale »¹⁹⁹.

La MAJ est une alternative à l'incapacité juridique déployée en cas d'échec de la MASP. Ainsi, le *Contrat Social* ou l'accompagnement social précède nécessairement l'accompagnement forcé ou judiciaire. Et, naît sur un modèle entre incapacité sociale et incapacité juridique, un droit civil à la vulnérabilité.

B. Droit civil à la vulnérabilité

La vulnérabilité est une notion ajuridique qui peut être définie comme la situation par laquelle une personne est susceptible d'être blessée dans son intégrité physique ou morale. *De facto*, le bénéficiaire d'une mesure d'accompagnement judiciaire est vulnérable.

En effet, le droit civil ignore cette notion et ne distingue que la capacité de l'incapacité juridique à l'exception du trouble mental. Néanmoins, la loi du 5 mars 2007 érige un droit civil à la vulnérabilité parce que la mesure d'accompagnement judiciaire est une disposition du Code civil²⁰⁰ sans pour autant prononcer d'incapacité juridique²⁰¹.

Le droit civil de la protection patrimoniale et personnelle n'est ainsi plus cantonné au seul droit des incapacités ; et, à l'instar d'autres branches du droit²⁰², prend en compte le fait social qu'est la vulnérabilité.

¹⁹⁸ ¹⁹⁸ *Supra* p. 48

¹⁹⁹ FOSSIER (T.), « Le droit des tutelles après sa réforme : nouvelle branche de l'action sociale ? », RDSS 2007, p. 672

²⁰⁰ Art. 495 et suivants C. Civ. nouveau

²⁰¹ Art. 495-3 C. Civ. nouveau

²⁰² Notamment en droit pénal pour lequel la vulnérabilité est un élément constitutif d'infractions pénales ou une circonstance aggravante, ou encore le droit social

La réforme du 5 mars 2007 place la volonté du majeur au cœur de sa protection. Le législateur « *personnalis[e]* »²⁰³ les actions sociales ou civiles en offrant une mosaïque de dispositifs « sur mesure » plutôt que d'inscrire l'individu dans un statut figé et inadapté.

Au XXI^e siècle, s'opère une redécouverte des droits de deuxième génération apparus avec la naissance de l'Etat Providence. Le droit français se « subjectivise »²⁰⁴ car l'individu est placé au centre du droit. « Le droit à » devient une « expression courante de l'homme contemporain »²⁰⁵, pourvoyeur de la satisfaction personnelle plus en encore que protecteur.

La loi du 5 mars 2007 ouvre au majeur un droit civil à la vulnérabilité. Celui-ci a non seulement le droit d'être protégé lorsqu'il est incapable, mais aussi le droit d'être vulnérable et de bénéficier de toute la protection qui en découle.

La mesure d'accompagnement judiciaire est l'archétype de la consécration d'un droit civil à la vulnérabilité. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM) seront ainsi les tuteurs de demain.

Section 2 : Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM), une nouvelle profession

L'une des innovations notoires de la loi du 5 mars 2007 est la création du statut professionnel des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM). L'esprit du législateur est de favoriser la professionnalisation des tuteurs extrafamiliaux tout en maintenant le rôle de la famille comme premier acteur, essentiel et légitime, de la protection personnelle et patrimoniale du majeur vulnérable²⁰⁶.

Les conditions (I) et effets (II) relatifs à l'exercice de la fonction de MJPM seront successivement présentés.

²⁰³ *Supra* p. 72

²⁰⁴ AUNE (A.-C.), *Le phénomène de la multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, Aix-en Provence, P.U.A.M., Collection du Centre Pierre Kayser, 2007, p. 17

²⁰⁵ *Ibid*

²⁰⁶ *Supra* p. 118

I – Conditions

Les conditions tenant au régime de protection mis en œuvre (A) se distinguent des conditions d'accès à la profession (B).

A. Conditions relatives au régime de protection

Lors des travaux préparatoires, le rapport Jean Favard d'avril 2000 a préconisé la mise en place de mandataires judiciaires à la protection des adultes (MJPA)²⁰⁷ pour le seul exercice d'une mesure d'accompagnement budgétaire et social (MGBS). L'article 44 de la loi du 5 mars 2007 a étendu le domaine de cette profession nouvelle formée par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM).

Leur désignation est possible dans le cadre d'une tutelle ou curatelle d'Etat²⁰⁸, ou encore d'une sauvegarde de justice²⁰⁹, mais est obligatoire lors de l'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire. Ainsi, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs est subsidiaire à la famille pour les régimes traditionnels de protection et exclusif lors d'une mesure d'accompagnement judiciaire selon l'article 495-6 C. Civ. nouveau.

Dès lors, les tutelle et curatelle extrafamiliales ne seront plus systématiques. En effet, les MJPM remplaceront les – nombreux – gérants de tutelle, délégués à la tutelle ou préposés d'établissements de soins actuellement en concours et disposeront du monopole de la gestion patrimoniale et extrapatrimoniale en cas de démission, d'absence ou de défaillance de la famille.

Le statut des MJPM est homogène et unique quelque soit le régime de protection mis en œuvre. L'accès à la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs est réglementé.

²⁰⁷ BAUER (M.), FOSSIER (T.) et PECAUT-RIVOLIER (L.), « La tutelle aux prestations sociales rend encore service », *Op. Cit.* p.

²⁰⁸ Art. 450 C. Civ. nouveau

²⁰⁹ Art. 435 C. Civ. nouveau

B. Conditions d'accès à la profession

Les dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs figurent énoncées aux articles L 471-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles. Aux conditions de fond (1), s'ajoute une procédure d'agrément (2).

1) Conditions de fond

Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM) est une personne physique qui « *exerce à titre habituel* »²¹⁰ l'une des mesures de protection juridique des majeurs. Inscrit sur une liste préfectorale, il répond nécessairement à des « *conditions de moralité, d'âge, de formation certifiée par l'Etat et d'expérience professionnelle* »²¹¹. Sur ces deux derniers points, les travaux préparatoires mentionnent la formation des actuels gérants et délégués à la tutelle par 150 heures ou 300 heures de formation selon les cas²¹² dispensée par un certificat national de compétence obligatoire.

Le statut de mandataire judiciaire à la protection des majeurs est soumis à une procédure agrément.

2) Procédure d'agrément

La procédure d'agrément varie selon que le mandataire judiciaire à la protection des majeurs exerce son activité à titre individuel (a) ou en qualité de préposé d'établissement de santé (b)

a) *Exercice à titre individuel*

Selon l'article L 472-1 CASF nouveau, lorsque les conditions de fond sont réunies, l'agrément est délivré par le Préfet.

²¹⁰ Art. L 471-1 CASF nouveau inspiré de l'article L 121-1 C. Com. relatif à la qualité de commerçant

²¹¹ Art. L 471-4 CASF nouveau

²¹² FAVARD (J.), *Op. Cit.* Une formation de 150 heures en complément des diplômes classiques de niveau 3 (assistant de service social, éducateur, conseiller en économie sociale et familiale) ou une formation de 300 heures destinée aux salariés des associations, gérants de tutelles hospitaliers et privés.

En cas de modification de la situation du mandataire, un nouvel agrément est nécessaire. Il peut s'agir d'une suspension, d'un retrait ou d'une annulation de l'agrément ou d'une modification des conditions de fond prévues à l'article L 471-4 CASF nouveau.

b) Exercice en qualité de préposé d'établissement de santé

Selon l'article L 472-5 CASF nouveau, les établissements de santé désignent un (ou plusieurs) de leurs agents comme MJPM sauf exceptions²¹³. Celui-ci doit pouvoir exercer de manière indépendante et effective les missions confiées par le juge.

La désignation du mandataire a lieu après déclaration au Préfet qui informe le Procureur de la République sans délai. Une nouvelle déclaration est nécessaire en cas de modification des conditions de fond²¹⁴ posées à l'article L 471-4 nouveau CASF.

Enfin, le Préfet peut former opposition dans un délai de deux mois à compter de la réception de la déclaration lorsque « *la santé, la sécurité [...] de la personne protégée* » ne sont pas garantis.

Le statut professionnel créé par la loi du 5 mars 2007 permet « *à la fois d'élever et d'homogénéiser le niveau des métiers de la tutelle sans disqualifier la famille* »²¹⁵.

II – Effets

Les effets concernent le mandataire (A) et le majeur protégé dont les droits et libertés sont renforcés (B).

A. Effets pour le mandataire

Le mandataire judiciaire engage sa responsabilité civile (1) et pénale (2).

²¹³ Article L 472-2 alinéas 2 et 3 CASF nouveau

²¹⁴ *Supra* p. 79

²¹⁵ FOSSIER (T.), « Le droit des tutelles après sa réforme : nouvelle branche du droit de l'action sociale ? », *Op. Cit.*

1) Responsabilité civile

Le MJPM doit accomplir sa mission en bon père de famille c'est-à-dire selon les termes de la loi nouvelle par des soins « *prudents, diligents et avisés* »²¹⁶. A défaut, il engage sa responsabilité civile sur le fondement de l'article L 472-2 nouveau CASF.

De plus, le mandataire engage sa responsabilité en vertu des articles 2003 et suivants du Code civil, de l'article 1134 C. Civ. au titre de la responsabilité contractuelle et 1382 C. Civ. au titre de la responsabilité délictuelle.

Le législateur de 2007 a également prévu une responsabilité pénale.

2) Responsabilité pénale

Selon l'article L 473-1 CASF, le fait d'exercer les fonctions de mandataire judiciaire à la protection des majeurs sans agrément constitue une infraction pénale punie d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende.

De même, l'établissement de santé qui désigne un agent en qualité de mandataire judiciaire sans déclaration préalable ou malgré l'opposition, la suspension ou l'annulation de celle-ci encourt une peine de 30 000 € d'amende selon l'article L 473-2 CASF.

Les personnes physiques encourent des peines complémentaires selon l'article L 473-3 CASF : interdiction d'exploiter ou diriger un établissement de santé ou d'exercer une activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, publication de la décision de justice. Les peines complémentaires possibles prévues pour les personnes morales sont énoncées à l'article L 473-4.

Les effets concernent le mandataire mais également le majeur protégé.

²¹⁶ Art. 496 C. Civ. nouveau

B. Effets pour le majeur protégé

Le majeur va supporter le coût financier de sa mesure de protection (1) mais va bénéficier d'une protection effective de ses droits et libertés (2) conforme à la prise en compte croissante de la volonté du majeur à sa protection.

1) Coût à charge du majeur

Le financement de la TPSA est supporté par les organismes débiteurs de prestations sociales. La mesure d'accompagnement judiciaire, ainsi que toutes les mesures impliquant si nécessaire la désignation d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, seront désormais en tout ou partie à la charge de la personne protégée.

Selon l'article L 471-5 alinéa 1^{er}, le principe est le financement par le majeur protégé de sa mesure. Néanmoins, à titre exceptionnel l'alinéa second prévoit que le juge pourra attribuer une indemnité complémentaire au mandataire si les sommes versées par le majeur apparaissent manifestement insuffisantes. Le caractère subsidiaire de l'assistance collective sur l'aide familiale transparaît nettement. Reste la question de la solidarité nationale.

Les travaux préparatoires²¹⁷ ont proposé une mutation vers un système global unique de financement. Il ressort du système actuel de financement par mesure de réelles disparités parce que plus une mesure est lourde, plus elle nécessite de temps et d'argent. Or, paradoxalement, le coût paraît davantage lié à l'accompagnement du majeur et son volet éducatif qu'à la gestion patrimoniale.

Ainsi, le financement unique par dotation globale et le financement des services par une enveloppe annuelle plutôt qu'une « facturation » par le service tutélaire au détail ont été préconisés.

L'incitation aux regroupements et à la mutualisation pour favoriser une optimisation et une rationalisation des coûts a été mise en œuvre à travers la profession de mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Ainsi, les fonctions de tuteurs se sont privatisées.

²¹⁷ FAVARD (J.), *Op. Cit.*

La protection des intérêts patrimoniaux des majeurs vulnérables ne peut être dissociée de la protection personnelle du majeur. La réforme du 5 mars 2007 favorise une véritable assistance socio-juridique plus qu'une gestion du patrimoine de la personne trop réductrice, faisant même du « droit des tutelles après sa réforme, une nouvelle branche du droit de l'action sociale » selon les termes de T. Fossier. Ainsi, la prise en compte par le droit des incapacités – ou du droit à la vulnérabilité – de la volonté de l'intéressé, acteur principal de sa protection, apparaît à travers les missions confiées aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs. La protection des majeurs vulnérables implique nécessairement une protection patrimoniale et personnelle.

Les dispositions relatives aux MJPM concernent ainsi les droits et libertés de la personne protégée, placée au centre de la scène juridique de sa protection.

2) Droits et libertés de la personne protégée

Les dispositions des articles L 471-6 à -8 CASF imposent aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs la sauvegarde des droits et libertés de la personne protégée.

Tout d'abord, une notice d'information ainsi qu'une Charte des droits de la personne protégée est remise à celle-ci, ou, à défaut, à un parent, allié ou personne de son entourage.

De plus, lorsque le majeur est admis dans un établissement de santé, et que, par conséquent, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs sera l'un des préposés de cet établissement, ce dernier devra respecter les dispositions de l'article L 471-7 nouveau CASF. Ainsi, le mandataire devra notamment remettre un livret d'accueil au majeur, ou assurer sa participation directe à l'élaboration des documents officiels de prise en charge...

Par ailleurs, l'article L 471-8 CASF prévoit la remise d'un document individuel au majeur protégé définissant les objectifs et la nature de la mesure de protection dans le respect des principes déontologiques et éthiques.

Les MJPM assurent le relais des familles pour toutes les mesures de protection qui trouvent leur fondement dans le Code civil. Ainsi, dès la mise en œuvre d'une MAJ, nécessairement précédée d'une MASP, et *a fortiori* lors du prononcé d'une d'incapacité juridique, la protection du majeur sera assurée par un professionnel.

Le droit civil à la vulnérabilité est synonyme de droit à une protection aussi bien patrimoniale que personnelle par des professionnels de l'action sociale.

La MASP et la MAJ, nées d'un dédoublement de la TPSA, forment deux nouveaux degrés de protection des majeurs apparaissant comme une alternative ou un préalable au prononcé d'une incapacité juridique. Alors que la première mesure fait la promotion de la théorie du consensualisme, entre l'intéressé et le Département, nouveau chef de file de l'action sociale, la seconde ouvre un véritable droit civil à la vulnérabilité.

A l'image de la tendance contemporaine à la subjectivation du droit, le nouveau droit des tutelles connaît, à son tour, une prise en compte de la volonté de la personne, de ses droits et libertés fondamentaux à chaque étape de sa protection. En effet, les mesures d'accompagnement font du majeur un acteur principal et essentiel de sa protection aux côtés de sa famille et de la société.

Qu'il s'agisse d'une mesure d'incapacité juridique (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle), ou « d'incapacité sociale » (MASP, MAJ), sont seuls compétents, en l'absence de tuteurs familiaux, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Aussi, ces derniers sont les garants de la volonté du majeur, inscrite au cœur de sa protection.

TITRE 2ND : LA PAROLE DU MAJEUR AU CŒUR DE SA PROTECTION

Dans la loi du 3 janvier 1968, la personne majeure frappée d'une incapacité²¹⁸ bénéficie d'un régime de représentation²¹⁹, d'assistance²²⁰ ou de surveillance²²¹. Et, la seule condition d'une « *altération des facultés personnelles* »²²² écarte le majeur incapable de sa protection.

A l'inverse, la réforme du 5 mars 2007, pose la volonté de la personne comme une condition de sa protection patrimoniale et personnelle quel que soit le régime de protection. D'une part, selon les termes de l'article 459 C. Civ. nouveau, la personne protégée participe de manière effective à sa protection si « *son état le permet* », nonobstant l'altération de facultés mentales ou corporelles. D'autre part, la protection patrimoniale va nécessairement de pair avec la protection personnelle du majeur vulnérable.

Alors que le dispositif de 1968 écartait le majeur, la loi de 2007, sur le même fondement d'une altération des facultés mentales, lui accorde de participer à sa protection lorsque son « *état le permet* ».

La volonté de la personne guide sa protection juridique. De fait, les droits fondamentaux de la personne vulnérable sont renforcés par les principes intemporels et universels de liberté et dignité de la personne humaine.

La participation effective de la personne à sa protection (Chap. 1^{er}) est commandée par les principes directeurs de liberté et dignité de la personne humaine (Chap. 2nd).

²¹⁸ Incapacité juridique d'exercice au sens de l'article 488 actuel C. Civ. c'est-à-dire victime d'une altération des facultés mentales ou corporelles, *Supra* p. 15

²¹⁹ *Supra* p. 52

²²⁰ *Ibid*

²²¹ *Ibid*

²²² *Supra* p. 39

CHAPITRE 1^{ER} : PARTICIPATION EFFECTIVE DE LA PERSONNE À SA PROTECTION

La participation de la personne à sa protection est effective et essentielle. La prise en compte de la parole du majeur vulnérable, à l'instar de la « parole de l'enfant », est une condition de respect de sa personne, de sa liberté de choix, de sa dignité quelle que soit la nature de la protection mise en œuvre ou de l'étendue de ses besoins.

La personne prend part à la protection de ses intérêts patrimoniaux (Section 1) comme à celle de ses intérêts extrapatrimoniaux (Section 2).

Section 1 : Protection des intérêts patrimoniaux

La version du Code civil en vigueur au 1^{er} janvier 2009 intègrera dans son Livre I^{er} un titre XII relatif à « *la gestion du patrimoine des mineurs et des majeurs en tutelle* ». Ces dispositions, communes aux majeurs et aux mineurs, prévoient, sous un titre unique, une protection variable selon le régime, la personne et la nature ou la gravité des actes juridiques. Les actes accomplis par le représentant (I) sont différents des actes réservés du majeur (II).

I – Actes juridiques du représentant

La classification traditionnelle des actes juridiques selon leur gravité (A) permet de distinguer ceux accomplis par le représentant (B).

A. Classification par gravité des actes juridiques

Traditionnellement, il existe trois catégories d'actes juridiques : les actes conservatoires, les actes d'administration et les actes de disposition²²³.

²²³ Cf. *Supra* note n°82

Malgré certaines critiques « *en raison de son caractère purement juridique et indifférent aux circonstances économiques* »²²⁴, cette distinction est retrouvée par la loi du 5 mars 2007 qui se contente de proposer une définition des actes d'administration et de disposition à l'article 496 alinéa 3 C. Civ. Il s'agit respectivement d'actes « *relatifs à la gestion courante* »²²⁵ et qui « *engagent le patrimoine de manière durable* »²²⁶. De plus, l'article 496 alinéa 4 prévoit de rattacher à l'une ou l'autre catégorie juridique certains actes dont la liste sera fixée par décret. Sont ainsi abrogées les dispositions disparates faisant jusqu'alors la distinction²²⁷.

En outre, certains actes apparaissent en dehors de toute catégorie juridique. C'est le cas des actions en justice à caractère patrimonial et des baux consentis après l'ouverture de la tutelle (art. 504 al. 2 et 3 nouveaux) ou encore de l'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net (art. 507-1 C. Civ. nouveau).

Les actes du représentant varient selon leur gravité et le régime de protection.

B. Actes du représentant

En principe, le représentant du majeur frappé d'une incapacité est un tuteur, un curateur ou un mandataire spécial. Par exception, en cas de tutelle extrafamiliale, ces fonctions sont assurées par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Les pouvoirs du représentant d'accomplir un acte avec (1) ou sans autorisation (2) varient selon le régime de protection.

1) Actes accomplis sans autorisation

Dans le cadre d'une tutelle d'Etat, le tuteur peut accomplir seul sans autorisation tous les actes conservatoires et d'administration selon les termes de l'article 504 C. Civ. nouveau sauf lorsque le juge aménage une sphère de capacité²²⁸ au majeur.

²²⁴ LEMOULAND (J.-J.), « Les actes du tuteur : typologie et classification », Dr Fam. Mai 2007 n° 19 p. 27

²²⁵ Art. 496 alinéa 3 C. Civ. nouveau

²²⁶ *Ibid*

²²⁷ Pour une illustration, V. art. 456 al. 2 et 4, art. 463 pour les actes d'administration et art. 457 al. 2 et 465 C. Civ. pour les actes de dispositions. (Code civil actuel)

²²⁸ Voir art. 473 alinéa 1^{er} C. Civ. nouveau

Dans le cadre d'une curatelle, le curateur ne peut faire seul aucun acte juridique sauf percevoir les revenus du majeur. C'est ainsi une pointe de représentation dans un régime d'assistance.

S'agissant d'une sauvegarde de justice, selon l'article 437 C. Civ. nouveau, le mandataire spécial peut accomplir seul les actes, de disposition, d'administration ou conservatoires, « nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée » déterminés par le juge.

Lorsqu'est mise en œuvre une mesure d'accompagnement judiciaire, le MJPM ne peut seul que percevoir et gérer les prestations perçues par le majeur selon les termes de l'article 495-7 C. Civ. nouveau.

Enfin, dans le cadre d'une MASP, le Département peut percevoir et gérer tout ou partie des prestations du majeur affectées en priorité au paiement du loyer sur autorisation du majeur. L'accompagnement social personnalisé est un contrat entre l'intéressé et le département par lequel le premier autorise le second à accomplir certains actes d'administration en vertu de l'article L 271-2 al.2 CASF.

Le champ matériel des actes juridiques accomplis seul par le représentant est réduit. De même, l'article 509 C. Civ. nouveau prévoit expressément une liste d'actes interdits au tuteur : il s'agit des actes d'aliénation à titre gratuit, d'acquisition de droit ou créance contraire à l'intérêt de la personne protégée, de l'exercice d'une activité commerciale ou une profession libérale au nom de la personne protégée ou, de l'acquisition d'un bien de la personne protégée.

Ainsi, la loi du 5 mars 2007 renforce la place de la parole du majeur à l'épreuve de sa protection en réduisant au maximum les pouvoirs de son représentant : les actes de ce dernier sont soit limités lorsqu'il a pouvoir de les accomplir seul, soit soumis à autorisation pour être valables.

2) Actes accomplis avec autorisation

Certains actes requièrent un double consentement pour être valables : celui du représentant et celui du Conseil de famille ou du majeur selon le régime de protection.

S'agissant de la tutelle, la validité des actes de disposition résulte du consentement du tuteur après autorisation du Conseil de famille selon les dispositions de l'article 505 C. Civ. nouveau.

S'agissant de la curatelle, les actes de disposition de première importance sont soumis à l'accord du curateur et du majeur. En effet, il s'agit pour le régime d'assistance, des seuls actes relatifs à la vente, l'aliénation ou la sortie du patrimoine du majeur.

L'étude des actes juridiques interdits ou accomplis par le représentant avec ou sans autorisation permet deux remarques. D'abord, la classification des actes juridiques selon leur gravité reste inchangée. Ensuite, la place du majeur est renforcée pour deux raisons alternatives. Soit parce que le majeur peut accomplir seul les actes juridiques de sorte que le tuteur est subsidiaire ; soit parce que le tuteur est nécessaire, mais ses pouvoirs sont alors limités ou contrôlés par le double consentement.

D'autres actes ne peuvent être accomplis que par le majeur seul. Il s'agit des actes réservés à la personne protégée, de manière indifférente au prononcé d'une incapacité d'exercice.

II – Actes réservés du majeur

Le domaine des actes réservés au majeur (A) comme les sanctions des actes irréguliers (B) place la volonté de la personne protégée au cœur de sa protection patrimoniale.

A. Domaine

La classification des actes (1) concerne le majeur protégé pour les actes traditionnels comme pour les actes spécifiques (2).

1) Classification des actes

La classification des actes juridiques par gravité s'applique au majeur, comme à son représentant, selon le régime de protection mis en œuvre. Par effet de miroir par rapport à ceux du représentant, les pouvoirs du majeur varient selon le degré d'incapacité.

S'agissant de la tutelle, selon l'article 473 alinéa 2, le juge peut autoriser le majeur à accomplir seul certains actes. Il s'agit d'une sphère de capacité accordée par le juge. Il en est ainsi pour les « actes usuels nécessaires à la vie courante et quotidienne ».

S'agissant de la curatelle, le majeur accomplit seul les actes de disposition de seconde importance, les actes d'administration et les actes conservatoires ; et, avec l'assistance de son curateur les actes de disposition de première importance. De plus, un aménagement peut être prévu par le juge sur le fondement de l'article 471 C. Civ. nouveau. L'énumération des actes que le majeur peut faire seul ou non limite ou aggrave sa capacité juridique.

S'agissant de la sauvegarde de justice, de la mesure d'accompagnement judiciaire et de la mesure d'accompagnement social personnalisé, le majeur peut accomplir seul tous les actes juridiques. Ces trois régimes se cantonnent respectivement à un contrôle par le juge des actes conclus par le majeur, à une gestion de ses prestations sociales, et, à une action sociale en vue de favoriser un retour à l'autonomie de la personne protégée.

Les pouvoirs du majeur, quelle que soit sa capacité, sont une condition essentielle de la participation effective de la personne à sa protection juridique. L'objectif poursuivi pour le droit des majeurs vulnérables de demain, est de faire la promotion de la volonté de la personne pour les actes traditionnels, comme pour les actes spécifiques.

2) Actes spécifiques ou la promotion de la volonté du majeur

La nature juridique de certains actes sera précisée par voie réglementaire lors de la publication de décrets en Conseil d'Etat selon l'article 496 al. 3 C. Civ. nouveau. Cela étant, certaines dispositions législatives prévoient le sort d'actes spécifiques pour lesquels le majeur est partie.

Il s'agit, notamment, des actes relatifs au logement (a), aux comptes bancaires (b), aux libéralités (c) et aux contrats d'assurance-vie (d).

a) Logement

La protection du logement a été renforcée dès 1968 car elle est déterminante « *des choix de vie du majeur* »²²⁹. L'article 426 C. Civ. nouveau, maintient cette protection qui est dédoublée selon qu'il s'agit d'un acte relatif à la vente, la résiliation ou la conclusion d'un bail, ou, d'un acte relatif à l'accueil de l'intéressé dans un établissement de santé. Dans le premier cas, de pur aspect patrimonial, selon l'article 426 al. 2 C. Civ. nouveau, le majeur ne peut signer, avec l'autorisation nécessaire et suffisante du juge des tutelles, que des conventions de jouissance précaire. Dans la seconde hypothèse, relative à la protection personnelle du majeur, l'autorisation du juge doit être complétée par l'avis d'un médecin spécialiste.

b) Comptes bancaires

L'article 427 C. Civ. nouveau fait preuve d'innovation en matière de droits fondamentaux. En effet, le représentant du majeur ne peut ni ouvrir, ni clôturer le compte bancaire d'un majeur sauf circonstances particulières avec autorisation du juge.

c) Droit des successions

Le droit des successions a fait l'objet d'une réforme par la loi du 23 juin 2006²³⁰. La loi du 5 mars 2007 précise le droit des libéralités concernant les majeurs protégés. Seules la tutelle et la curatelle modifient la capacité du majeur à consentir des donations ou testaments.

Lorsque le majeur est sous tutelle, selon l'article 476 C. Civ. nouveau, il peut avec autorisation du juge des tutelles et du Conseil de famille librement consentir une donation ou un testament. Le tuteur ne peut l'assister ou le représenter qu'à l'occasion d'une donation.

²²⁹ FOSSIER (T.), « la réforme des tutelles : protection des intérêts patrimoniaux », *Op. Cit.*

²³⁰ Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n°145 du 24 juin 2006, p. 9513

Lorsque le majeur est sous curatelle, selon l'article 470 C. Civ. nouveau, il peut librement consentir une donation avec l'assistance de son curateur, toutefois, celle-ci ne peut être au bénéfice de ce dernier. De plus, le majeur peut librement tester à peine de nullité en cas d'insanité d'esprit ou de vice du consentement.

Enfin, selon l'article 507-1 C. Civ. nouveau, le tuteur ne peut accepter une succession qu'à concurrence de l'actif net. L'acceptation pure et simple n'est possible qu'après autorisation du juge et lorsque l'actif est supérieur au passif. La renonciation par le tuteur à la succession n'est possible qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du Conseil de Famille.

d) Contrat d'assurance-vie

Un contrat d'assurance vie est une convention par laquelle, en échange de cotisations versées par le souscripteur, l'assureur s'engage à verser à un bénéficiaire, une prestation déterminée en cas de décès ou de vie à une date déterminée.

L'article L132-3-1 du Code des assurances., modifié par la loi du 5 mars 2007 prévoit que le majeur sous tutelle ou curatelle ne peut signer un contrat d'assurance-vie qu'après autorisation du juge des tutelles ou du Conseil de Famille. De plus, lorsque le contrat a été conclu moins de deux ans avant l'ouverture de la mesure de protection, et si la cause de celle-ci était notoire ou connue du cocontractant, ce dernier peut demander la nullité relative selon les termes de l'article L 132-3-1 alinéa 3 C. Ass.

Les actes du majeur, accomplis avec ou sans représentant, lorsqu'ils ne remplissent pas les conditions de formation sont irréguliers. La sanction des actes irréguliers du majeur doit être envisagée.

B. Sanction des irrégularités

Alors que les loi de 1964 et 1968 sont muettes quant à la sanction des irrégularités, laissant la doctrine et la jurisprudence forger leurs théories, l'article 465 C. Civ. nouveau distingue le non-respect du formalisme par le majeur (1) ou son tuteur (2).

1) Le non-respect du formalisme par le majeur

Selon l'article 465 al. 1^{er} 1° C. Civ. nouveau, tous les actes réservés du majeur peuvent faire l'objet d'une action en rescision pour lésion ou réduction pour excès. Autrement dit, lorsqu'un acte est accompli par le majeur seul, nonobstant sa validité, les deux actions spéciales prévues pour la sauvegarde de justice sont ouvertes.

Lorsque le majeur conclut seul un acte dont l'assistance ou la représentation est nécessaire, l'article 465 al. 1^{er} 2° et 3° C. Civ. prévoit respectivement deux sanctions : l'acte conclu sans assistance est nul s'il porte préjudice au majeur alors que l'acte conclu sans représentation est nul de plein droit.

La sanction du non-respect du formalisme des actes juridiques par le majeur est une condition de la protection de ses intérêts patrimoniaux. La sanction des actes irréguliers du tuteur poursuit un objectif identique.

2) Le non-respect du formalisme par le tuteur

L'article 465 al. 1^{er} 4° C. Civ. prévoit une action en nullité de plein droit pour les actes soumis à autorisation lorsque celle-ci fait défaut, sauf confirmation de l'acte par le Conseil de Famille ou le juge des tutelles.

Les actions en nullité des actes du tuteur ou du majeur se prescrivent par 5 ans à compter de la cessation du régime de protection conformément à l'article 1304 C. Civ.

De plus, l'action en nullité pour trouble mental prévue à l'article 414-1 C. Civ. nouveau est également ouverte.

La protection patrimoniale du majeur prend davantage en considération la volonté de la personne. Ainsi, elle s'accompagne d'une protection des intérêts extrapatrimoniaux.

Section 2 : Protection des intérêts extrapatrimoniaux

L'affirmation de la protection des intérêts personnels du majeur vulnérable est prévue par les dispositions des articles 415, 425 à 427 et 458 à 463 C. Civ. nouveau. La loi du 5 mars 2007 répond ainsi à la doctrine²³¹, inspirée par la position de la Cour de cassation²³². En effet, la protection juridique des majeurs ne peut se réduire à un volet patrimonial, ou à une protection personnelle à travers le seul acte médical. Mais, elle doit associer les protections patrimoniale et personnelle les plus adaptées aux besoins de l'intéressé car « *il n'y a pas un majeur protégé mais une multitude de personnalités, de pathologies et de degrés de protection* »²³³.

Par ailleurs, la place accordée à la famille par le droit des incapacités a évolué au cours des quarante dernières années. A l'époque de la loi du 3 janvier 1968, il semblait que « *la famille du malade faisait souvent partie de sa maladie* »²³⁴. Aujourd'hui encore, « *la garantie suprême de la liberté civile paraît bien être dans ce délicat équilibre de pouvoirs entre le familial, le médical et le judiciaire* »²³⁵.

Les actes relatifs au statut personnel et familial du majeur vulnérable (I) se distinguent de la question de sa santé (II)

I – Actes relatifs à l'état et au statut familial du majeur vulnérable

Les articles 457-1 à 463 C. Civ. nouveau, relatif à la protection de la personne permettent de dissocier les actes relatifs à l'état de la personne (A) de la vie familiale du majeur protégé (B)

A. Etat de la personne vulnérable

La participation effective du majeur à sa protection personnelle est l'un des effets de la curatelle ou de la tutelle. L'article 457-1 C. Civ. nouveau ouvre au majeur un droit à l'information sur sa situation personnelle ainsi que la nature, gravité et effets des actes qui le

²³¹ FOSSIER (T.), « La protection de la personne, un droit flexible », Dr. Fam. mai 2007, étude n°17, p. 15

²³² V. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 avril 1989, D. 1989, p. 493 note J. Massip

²³³ HAUSER (J.), « La notion d'incapacité », LPA 2000, n° 164, p. 3 Cité par FOSSIER (T.) *in Op. Cit.*

²³⁴ HAUSER (J.), « La famille et l'incapable majeur », AJ Famille 2007 p. 198

²³⁵ *Ibid*

concernent. Lorsque « *son état le permet* »²³⁶, le majeur conserve un libre-arbitre « *strictement personnel* »²³⁷ quant aux décisions relatives à sa personne sauf dispositions particulières ou danger, exception faite pour ce dernier, d'une atteinte « *à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou l'intimité de sa vie privée* »²³⁸.

De plus, l'article 459-2 C. Civ. nouveau reconnaît au majeur un droit de choisir son logement, d'entretenir des relations avec toute personne de son choix, et d'être visitée.

Par ailleurs, l'article 5 du Code électoral interdit au majeur sous tutelle la qualité d'électeur sauf autorisation du juge des tutelles.

Le majeur est une personne à part entière qui bénéficie d'un droit au respect de la vie familiale.

B. Le droit du majeur vulnérable au respect de la vie familiale

Selon l'article 8 Conv. EDH, « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». La vie familiale est une notion autonome définie par la Cour de Strasbourg comme le lien existant entre deux personnes appartenant à la même famille. Ainsi, le droit au respect de la vie familiale²³⁹, comme le droit à la protection de la vie familiale²⁴⁰, concerne le majeur vulnérable. La question du couple (1) puis de l'enfant (2) du majeur vulnérable seront présentées.

1) Majeur vulnérable en couple

Le mariage du majeur vulnérable est prévu à l'article 460 C. Civ. nouveau. La validité du mariage nécessite l'assistance du curateur lorsque le majeur est sous curatelle, et, l'autorisation du juge des tutelles après audition des futurs époux et avis des proches parents²⁴¹ lorsqu'il est sous tutelle.

²³⁶ Art. 459 C. Civ. nouveau

²³⁷ Art. 458 C. Civ. nouveau

²³⁸ Art. 459 al. 4 *in fine*

²³⁹ Prévu à l'article 8 Conv. EDH

²⁴⁰ Droit mis en œuvre en cas de violation de l'article 8 Conv. EDH

²⁴¹ L'avis des proches parents se substitue à celui du médecin traitant exigé par l'article 506 al. 3 C. Civ. actuel.

La validité du pacte civil de solidarité conclu par un majeur vulnérable obéit aux mêmes règles²⁴². La rupture seule unilatérale par le majeur est possible selon l'article 461 C. Civ. nouveau.

Lors des travaux préparatoires, un amendement avait proposé l'introduction d'un article 460-1 C. Civ. nouveau proposant la remise en cause du divorce par consentement mutuel par le majeur protégé. Cette proposition est restée lettre morte.

2) Majeur vulnérable et son enfant

L'article 458 C. Civ. nouveau prévoit expressément un « *consentement strictement personnel* »²⁴³ du majeur pour l'accomplissement de certains actes juridiques. L'énumération de ces actes, relatifs à son enfant, est prévue à l'alinéa 2. Il s'agit de la déclaration de naissance et reconnaissance d'un enfant, des droits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, au changement de nom ou à l'adoption d'un enfant.

La protection des intérêts extrapatrimoniaux est complétée par l'application au majeur vulnérable des dispositions du Code de la santé publique.

II – Droit de la santé du majeur protégé

La personne malade fait partie de l'une des trois catégories²⁴⁴ visées par le droit de la protection des personnes vulnérables. Elle peut être définie, *a contrario*, comme la personne qui est en bonne santé. Mais, qu'est ce que la santé ? La définition de la santé, proposée par l'Organisation Mondiale de la Santé, est l'état de complet bien être physique mental et social ne consistant néanmoins pas en une absence de maladie ou d'infirmité. Dès lors, existe-t-il un droit à la santé ?

²⁴² Voir art. 461 C. Civ. nouveau

²⁴³ Art. 458 al. 1^{er} C. Civ. nouveau

²⁴⁴ Sont concernées également la personne handicapée et la personne âgée

Le droit à la santé ne paraît pas envisageable parce qu'il impliquerait une maîtrise complète de la santé. Or, cet objectif est au-delà des possibilités humaines actuelles. D'ailleurs « *le droit à la santé n'existe pas parce que l'homme est mortel* »²⁴⁵

Néanmoins, le droit aux soins de santé existe car ces derniers sont à portée des possibilités humaines et médicales. Cela étant, l'obligation du médecin découlant du contrat médical n'est qu'une obligation de moyen et non de résultat. Le médecin doit prouver qu'il a mis en œuvre tous les moyens dont il dispose pour parvenir à un résultat, sans pour autant garantir l'obtention de ce dernier. Le droit de la santé trouve de nombreux fondements juridiques.

Le droit de la santé est un droit social fondamental prévu par les conventions internationales²⁴⁶ ou régionales²⁴⁷ et par le droit français²⁴⁸. La loi du 5 mars 2007 associe étroitement le corps médical à la protection juridique du majeur en garantissant le droit de la santé du majeur vulnérable.

La superposition des dispositions (A) élève le principe du consentement aux soins médicaux (B).

A. Superpositions des dispositions

La réforme de 2007 n'opère pas une refonte du droit de la santé.

L'article 459-1 C. Civ. nouveau superpose aux dispositions relatives à la protection personnelle du majeur, celles du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles pour trois raisons distinctes. D'abord, pour conserver le corpus de règles actuelles. Ensuite, parce que les dispositions du Code civil doivent s'intégrer à leurs homologues du Code de la santé publique, et non l'inverse. Puis, pour des raisons pratiques car le majeur est bien souvent livré aux mains du corps médical.

²⁴⁵ PRIMIS (A.), « Le droit à la santé dans les législations nationales en Europe » in *Droit des personnes et service de santé en Europe*, Actes du colloques du 11 juin 1991, Lyon, Ed. Alexandre Lacassagne, 1993, p. 27

²⁴⁶ Préambule de la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé signée le 22 juillet 1946 à New York, Art. 25-1 Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 août 1948 signée à Paris, Art. 12-1 du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels signé le 16 décembre 1966

²⁴⁷ Articles 11 et 13 de la Charte Sociale Européenne signée par les membres du Conseil de l'Europe à Turin le 18 octobre 1961

²⁴⁸ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 faisant partie du Bloc de Constitutionnalité, Code de la santé publique

La protection personnelle du malade mental prévue aux articles L 3211 du Code de la santé publique ainsi que les dispositions relatives aux mesures d'internement d'office²⁴⁹ sont ainsi applicables.

De plus, l'article 457-1 C. Civ. nouveau s'inspire grandement de l'article L 1111-2 CSP relatif au droit à l'information²⁵⁰.

La place donnée à la volonté du majeur au cœur de sa protection est primordiale lorsqu'il s'agit de sa santé. Personne humaine à part entière, le majeur doit consentir aux soins et actes médicaux.

B. Le consentement aux soins et actes médicaux

Le principe du consentement de la personne à l'acte médical est suivi d'exceptions strictement encadrées. Sont ainsi combinées les dispositions générales applicables à toute personne humaine et celles spécifiques au majeur protégé.

Selon l'article 16-3 C. Civ., « *il ne peut être porté atteinte au corps humain* » sauf en cas de nécessité médicale pour la personne. De plus, le consentement doit impérativement être préalablement recueilli sauf lorsque la personne est hors d'état de manifester sa volonté. Dans ce dernier cas, l'intervention peut avoir lieu si elle est justifiée par une nécessité thérapeutique.

Par ailleurs, l'article R 4127-12 CSP précise que « *le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* ». Et, s'agissant des soins prodigués au majeur sous tutelle, le médecin doit, après avoir recueilli son consentement dans la mesure du possible, prévenir et obtenir éventuellement celui de son représentant selon l'article R 4124-42 CSP.

²⁴⁹ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, JORF n° 150 du 30 juin 1990, p. 7664

²⁵⁰ V. *Supra*

En pratique, lorsque le majeur ne peut exprimer sa volonté, la décision est attendue par les médecins de la part des tuteurs. Or, ces derniers refusent souvent d'endosser une telle responsabilité. Sur ce point, la loi du 5 mars 2007 propose de combler le vide juridique.

L'article 459-1 al. 2 C. Civ. nouveau prévoit ainsi une exception lorsque la personne majeure protégée est admise dans un établissement de santé. En effet, l'accomplissement des actes graves en vertu du Code de la santé publique, dont la liste sera fixée par décret, nécessite l'autorisation expresse du juge.

Le consentement de la personne n'est soumis à aucun formalisme. Et, en cas de refus de traitement, l'obligation du médecin ne porte que sur les soins indispensables.

Toutefois, le formalisme du consentement est renforcé s'agissant de certains actes médicaux. Il doit en effet être exprimé par écrit pour les actes relatifs à la recherche biomédicale²⁵¹ ou la stérilisation à des fins contraceptives²⁵².

En outre, certains actes médicaux sont interdits lorsqu'ils concernent une personne faisant l'objet d'une mesure de protection juridique. Il s'agit du don d'organes²⁵³ et du prélèvement de produits du corps humain²⁵⁴.

La volonté est prise en compte en droit de la santé de façon à renforcer la liberté et la dignité de la personne protégée.

²⁵¹ Art. L 1122-2 II CSP

²⁵² Art. L 2123-2 CSP L'autorisation du juge des tutelles est dans ce cas nécessaire

²⁵³ Art. L 1231-2 CSP

²⁵⁴ Art. L 1241-2 CSP

CHAPITRE 2ND : LIBERTÉ ET DIGNITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE

La liberté et la dignité de la personne humaine sont deux principes inhérents à la loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs vulnérables (Section 1). La réforme du droit français s'inspire de ses voisins européens comme le met en relief l'étude de la vulnérabilité au-delà des frontières françaises (Section 2).

Section 1 : Deux principes inhérents à la loi du 5 mars 2007

La liberté (I) et la dignité (II) connaissent toutes deux des fondements juridiques universels sous-jacents dans la loi du 5 mars 2007.

I – La liberté

La liberté au-delà de ses fondements juridiques (A) est le premier principe directeur de la loi du 5 mars 2007 (B).

A. Fondements juridiques

Premier mot de la devise de la République²⁵⁵, matrice de la démocratie, la liberté est l'une des libertés fondamentales²⁵⁶ définie à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* »²⁵⁷. Ainsi, pour les partisans du droit naturel, la liberté est antérieure au droit car l'homme est libre par nature et sa liberté est limitée pour la vie en société.

²⁵⁵ « Liberté, Egalité, Fraternité »

²⁵⁶ En doctrine, les libertés fondamentales se distinguent des droits de l'homme, des libertés publiques ou des droits fondamentaux.

²⁵⁷ Art. 4 DDHC

Selon Montesquieu, la liberté connaît un sens plus restrictif car elle consiste à faire tout ce que les lois permettent. Être libre est synonyme « d'avoir droit de » de sorte que la liberté ne s'épanouit que dans la légalité.

Benjamin Constant distingue la liberté des anciens²⁵⁸ de la liberté des modernes²⁵⁹.

La proclamation de la liberté apparaît dans des textes à vocation internationale, telle que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948²⁶⁰, à vocation régionale, telle que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales²⁶¹, et à vocation nationale. Il s'agit notamment, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 faisant partie du bloc de constitutionnalité et des Principes Fondamentaux reconnus par les lois de la République²⁶².

La liberté est le premier principe directeur de la loi du 5 mars 2007.

B. Premier principe directeur de la loi du 5 mars 2007

La loi du 5 mars 2007 accorde davantage de liberté au majeur protégé. Certes, il est le premier acteur de sa protection patrimoniale²⁶³, de sa protection personnelle et notamment de sa santé. Mais, il peut aussi anticiper une incapacité à travers le mandat de protection future prévu aux articles 477 et suivants C. Civ. nouveau. Qualifié en doctrine de « semi protection » ou « protection illusoire », cet instrument efficace garantit une protection sans régime de protection. L'intéressé peut librement organiser pour quelques actes son avenir sans pour autant se sentir diminuer. Le majeur conserve une pleine capacité. Aucune formalité de publicité au répertoire civil ni de mention en marge de l'acte d'état civil n'est prévue.

²⁵⁸ La liberté des anciens est la liberté politique de sorte que la notion d'individu autonome par rapport à l'Etat n'existe pas.

²⁵⁹ La liberté des modernes est la liberté d'autonomie qui est une possibilité pour l'individu de résister à l'Etat. C'est la jouissance de l'indépendance.

²⁶⁰ Art. 1^{er} de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

²⁶¹ Art. 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

²⁶² Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977 relative à la liberté individuelle, JORF du 13 janvier 1976, p. 344

²⁶³ *Supra* pp. 72 (pour la MASP) et 83 (pour la MAJ)

La liberté du majeur est fortifiée par le mouvement de généralisation ou « *désécialisation* »²⁶⁴ de la loi puisque « l'état »²⁶⁵ ou « la situation »²⁶⁶ de la personne se substituent aux catégories administratives ou médicales appréciées lors de l'ouverture d'un régime de protection.

La loi entérine la jurisprudence²⁶⁷ et fait de l'intérêt de la personne, à l'instar de l'intérêt supérieur de l'enfant, un principe essentiel de la protection juridique des majeurs vulnérables du XXI^e siècle.

Aux côtés de la liberté, la dignité de la personne humaine s'impose comme un second principe directeur.

II – La dignité

De manière analogue à la liberté, la dignité connaît de nombreux fondements juridiques (A). C'est le second principe directeur de la loi du 5 mars 2007 (B).

A. Fondements juridiques

Le droit au respect et à la dignité de la personne humaine a été reconnu aux lendemains de la Seconde Guerre Mondiale. « *C'est le refus de la dégradation de l'humain dans l'homme* »²⁶⁸.

La primauté de la personne humaine et le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ainsi que l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence du caractère patrimonial du corps humain quel que soit l'âge, le sexe, la santé physique ou mentale, la religion, la condition sociale ou l'origine de l'individu forment le principe de dignité de la personne humaine

²⁶⁴ *Ibid*

²⁶⁵ Art. 415 à 420 C. Civ. nouveau remplacent les articles 427, 488 al. 2 et 490-1 C. Civ.

²⁶⁶ *Ibid*

²⁶⁷ Cass. Civ. 1^{ère} 18 avr. 1989, Bull. Civ. 1989 I n° 156

²⁶⁸ PAVIA (M.-L.) et REVET (T.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, 1999

proclamé par les textes internationaux²⁶⁹, ou nationaux²⁷⁰ et la jurisprudence du Conseil Constitutionnel²⁷¹ ou du Conseil d'Etat²⁷².

Par ailleurs, la portée de la dignité humaine qui apparaît dans la définition des crimes contre l'humanité en droit pénal est étendue en matière médicale²⁷³ afin d'éviter que le corps humain soit traité comme une entité dissociée de la personne humaine, ou encore en matière de droit au logement²⁷⁴ ou de droit des étrangers²⁷⁵.

Sur recommandation du Conseil de l'Europe²⁷⁶, la loi du 5 mars 2007 inscrit le respect de la dignité de la personne humaine protégée comme second principe directeur.

B. Second principe directeur de la loi du 5 mars 2007

Les droits fondamentaux du majeur sont renforcés au cours de sa protection juridique qu'il s'agisse d'actes strictement personnels, d'actes de la vie courante ou d'actes relatifs à sa santé.

Diverses dispositions nouvelles garantissent le respect dû à la dignité de la personne humaine protégée : l'audition du majeur lors de l'ouverture ou de la main levée d'une mesure, le droit à l'information ou encore le droit au respect de sa vie privée par exemple. Néanmoins, la publicité de la mesure de protection en marge de l'acte de naissance est maintenue et la présence d'un avocat au cours de la procédure n'a pas été rendue obligatoire. Cela étant, selon l'article 432 C. Civ. nouveau, la personne protégée peut être assistée au cours de la procédure par toute personne de son choix de sorte que prévaut la primauté de la liberté de la personne.

²⁶⁹ Art. 1^{er} Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 ; Déclaration Internationale sur les données génétiques humaines lors de la Conférence Générale de l'UNESCO du 16 octobre 2003 ; Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne du 7 décembre 2000

²⁷⁰ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; Constitution du 4 octobre 1958

²⁷¹ DCC 27 juillet 1994, loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF, du 29 juillet 1994, p. 11024. Référence pour la première fois à la dignité humaine en matière de bioéthique

²⁷² CE, Ass., 27 oct. 1995, Commune de Morsang sur Orges, n° 136727, Lebon. La dignité est une composante de l'ordre public

²⁷³ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11056 et Loi 22 avril 2005, *Op. Cit.*

²⁷⁴ DCC 19 janv. 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat, JORF du 21 janvier 1995, p. 1166

²⁷⁵ DCC 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JORF du 27 novembre 2003, p. 20154

²⁷⁶ Conseil de l'Europe, recomm. N° 99-4F, 23 fév. 1999, *Infra*

Enfin, l'autonomie du majeur est non seulement une fin mais aussi un moyen. C'est par l'autonomie progressive permise par un « accompagnement humain »²⁷⁷ du majeur protégé, que le retour à une autonomie et indépendance intègre est possible. L'intérêt du majeur guide le choix de la mesure de protection.

La liberté et la dignité forment la pierre angulaire de la réforme française du 5 mars 2007. Ainsi, le droit des incapacités cède sa place au droit – plus général – des personnes vulnérables, inspiré par ses voisins européens. La vulnérabilité au-delà des frontières françaises éclaire les choix législatifs de la réforme du 5 mars 2007.

Section 2 : La vulnérabilité au-delà des frontières françaises

La pleine capacité est acquise dès la majorité, soit à l'âge de 18 ans révolus, de manière uniforme dans tous les pays européens. En revanche, les lois nationales européennes régissant le statut relatif à l'état et la capacité des personnes sont variées. Ainsi, le droit des personnes vulnérables rénove le droit actuel des incapacités par la conjugaison et la coexistence d'une pluralité d'acteurs et de dispositifs.

Sous la dominance certaine de l'Europe, le droit français des incapacités connaît un ajournamento (I). Bien au-delà des plus précises règles juridiques, c'est une prise de conscience que la loi ne peut régir à elle seule la situation d'une personne gagnée par le handicap, l'âge ou la mauvaise santé. La protection des majeurs vulnérables de demain sortirait-elle du droit ? (II)

I – L'influence européenne sur le droit français ou une mise à jour programmée

Les droits des personnes vulnérables en Europe influencent de manière certaine la réforme du 5 mars 2007 (A) qui rappelle le principe de droit international privé d'application à l'état et la capacité des personnes de la loi nationale (B). En effet « les mêmes causes, un peu partout sur la planète, ont produit les mêmes effets »²⁷⁸

²⁷⁷ MALAURIE (Ph.), « La réforme de la protection juridique des majeurs », *Op. Cit.*

²⁷⁸ CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois, Op. Cit.*

A. Panorama européen de droit comparé des personnes vulnérables

Le droit des incapacités est dans certains pays européens identique ou analogue au droit français. En Belgique, l'article 488 du Code civil belge connaît un système équivalent à la loi française du 3 janvier 1968 puisqu' une mesure de protection peut être ouverte en cas prodigalité²⁷⁹, de démence²⁸⁰ ou lorsque l'intéressé est hors d'état de gérer ses biens²⁸¹. Le Luxembourg²⁸² connaît comme en France la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle. Il est en de même s'agissant de la curatelle et de la tutelle pour la Suisse²⁸³, la Suède²⁸⁴ et la Finlande²⁸⁵.

D'autres pays européens ont inspiré la réforme du 5 mars 2007. Il s'agit de l'Allemagne et de l'Autriche qui connaissent la mesure d'assistance²⁸⁶ dont les mesures d'accompagnement²⁸⁷ s'inspirent. Le principe de subsidiarité des régimes de protection prévu à l'article 428 C. Civ. nouveau est une condition de licéité de la mesure dans le Code civil autrichien. Enfin, le mandat de protection future s'inspire du droit britannique qui prévoit la planification par l'intéressé d'une incapacité éventuelle. Le choix de la désignation d'un tuteur aux biens distinct du tuteur à la personne privilégiant les co-tuteurs ou co-curateurs, émane du droit hollandais²⁸⁸ qui distingue l'incapacité partielle de gestion du patrimoine (*bewind*) de celle des actes courants non patrimoniaux (*mentorschap*).

Enfin, un groupe de pays prévoit une mesure de protection méconnue du droit français. Il s'agit de « *l'inhabilitation* »²⁸⁹ en cas de déficience, de prodigalité, d'alcoolisme ou de

²⁷⁹ En droit français, les dispositions permettant le placement d'un majeur sous curatelle pour prodigalité, prévues à l'article 488 al. 3 C. Civ. ont été abrogées par la loi du 5 mars 2007

²⁸⁰ Le droit français connaît l'action en nullité pour trouble mental à l'article 489 C. Civ. actuel, art. 414-1 C. Civ. nouveau

²⁸¹ Voir mauvaise utilisations des prestations sociales pour la TPSA

²⁸² Article 488 et suivants C. Civ. Luxembourgeois *in* Code civil et code de procédure civile en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg

²⁸³ Art. 360 et suivants C. Civ. Suisse du 10 décembre 1907

²⁸⁴ Lois Suédoises n° 974 du 30 juin 1955 et n° 1433 du 1^{er} décembre 1994

²⁸⁵ Loi Finlandaise n° 442 du 1^{er} avril 1999

²⁸⁶ Paragraphes 1196 à 1198 et 1900 à 1908 du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) prévoyant la *Betreuung* et Articles 254, 275 et 250 et suivants de Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (AGBG) prévoyant la *Sachwalterschaft* (mesures d'assistance)

²⁸⁷ *Supra* pp. 72 (pour la MASP) et 83 (pour la MAJ)

²⁸⁸ Articles 378 et suivants du livre I^{er} du Nederland Burgerlijk Wetboek

²⁸⁹ *Infra* p. 117

toxicomanie empêchant la gestion du patrimoine. Le Portugal²⁹⁰, L'Italie²⁹¹, le Danemark²⁹² ou la Norvège²⁹³ connaissent, à des degrés plus ou moins équivalents, la protection de la personne victime d'alcools ou de drogues.

La Cour européenne des droits de l'Homme n'intervient que timidement et ponctuellement en matière de protection des personnes vulnérables. Seules quelques décisions²⁹⁴, isolées et fondées sur le principe du droit au respect au procès équitable²⁹⁵, sont prononcées.

La Cour de Strasbourg protège la personne vulnérable à travers les relations individuelles et la notion de protection de la vie familiale prévue à l'article 8 Conv. EDH. Il s'agit de la reconnaissance et du maintien du lien constitutif de la vie familiale.

La mosaïque de dispositifs étrangers de protection juridique des majeurs, *a fortiori*, face à un droit européen discret, nécessite leur prise en compte par le droit français. Donc, l'application du droit international privé s'impose.

B. Loi nationale applicable à l'état des personnes, un principe de droit international privé

Aux termes de l'article 3 al. 3 C. Civ., en l'absence de règles spéciales, la loi applicable au statut personnel²⁹⁶ est la loi nationale de l'intéressé, qu'il s'agisse d'un français résidant à l'étranger ou d'un étranger résidant en France²⁹⁷. La Cour de cassation a par deux arrêts récents²⁹⁸ rappelé ce principe en prévoyant toutefois des aménagements, propres au droit international privé.

Lorsque les règles des régimes de protection françaises et étrangères sont « *similaires en leurs effets* »²⁹⁹, le juge saisi peut appliquer indifféremment l'un ou l'autre droit sans pour autant qu'il soit celui désigné par la règle de conflit de lois. La jurisprudence consacre ainsi la théorie des effets équivalents admise par le nouvel article 443 al. 2 C. Civ.

²⁹⁰ Article 138 et suivants C. Civ. Portugais (Código Civil Português)

²⁹¹ Article 414 et suivants C. Civ. italien (Codice Civile Italiano)

²⁹² Loi Danoise n° 277 du 30 juin 1922

²⁹³ Lois Norvégiennes du 28 novembre 1898 et du 22 avril 1927

²⁹⁴ CEDH, 30 janv. 2001, V. c/ France

²⁹⁵ Art. 6 Conv. EDH

²⁹⁶ Lois relatives au nom, prénom, capacité, nationalité, domicile, état civil, sexe, âge

²⁹⁷ La règle de l'article 3 al. 3 C. Civ. a été bi latéralisée car ne porte pas atteinte à la souveraineté nationale.

²⁹⁸ Cass. Civ. 1^{ère} 14 nov. 2006, n° 05-12.353 et Cass. Civ. 1^{ère} 18 janv. 2007, n° 05-20.529

²⁹⁹ FOSSIER (T.), « Etats des personnes et incapacités », Dr. Fam. mars 2007, p. 45

En effet, le juge français va pouvoir ordonner la mainlevée d'une mesure de protection d'un majeur établi à l'étranger lorsque le suivi de la mesure sera difficile.

La loi applicable à l'état et la capacité des personnes demeure la loi nationale, nonobstant la théorie des effets équivalents, dans l'attente de la ratification par la France de la Convention Internationale sur la protection des adultes signée à La Haye le 13 janvier 2000.

Le principe d'application de la loi nationale est énoncé à l'article 13 § 1 de ladite Convention de La Haye. Mais, il est suivi de nombreuses exceptions. La loi d'un autre Etat peut en effet être applicable lorsque l'intéressé a avec ce dernier un « lien étroit » (art. 13 § 2), lorsqu'il possède la nationalité de cet Etat ou lorsqu'il avait occupé une « résidence habituelle précédente » sur cet Etat (art. 15 §2).

La France a récemment ratifié la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 rendant ses dispositions applicables en droit français en matière protection internationale des adultes. La loi n°2008-307 du 28 juillet 2008³⁰⁰ a en effet autorisé ratification de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000.

Le droit de la protection des majeurs vulnérables est ainsi réformé aussi bien à l'échelle nationale, par la loi de 2007, qu'à l'échelle internationale par la loi de 2008... A l'heure où le droit français de la protection juridique abandonne la distinction entre « adulte et majeur », celle-ci réapparaît en droit international à travers la protection internationale des adultes !

Le droit de la protection juridique est certes modernisé. Mais la protection des majeurs est-elle réellement résolue aux seuls aspects juridiques ? La protection des majeurs vulnérables ne relève-t-elle pas de questions qui dépassent le droit ou dont le droit est parfois seulement accessoire face à la vie humaine ?

³⁰⁰ Loi n°2008-307 du 28 juillet 2008 autorisant la ratification de la convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, JORF du 30 juillet 2008, p. 12202

II – La protection des majeurs vulnérables hors du droit ?

L'extension du droit des incapacités (A) démontre qu'il existe des lois au-delà du droit (B).

A. Extension du droit des incapacités

La loi du 5 mars 2007 est une alliance du médical et du juridique (1) dont le rôle apparaît par le jeu des responsabilités (2).

1) La loi du 5 mars 2007, l'alliance du médical et du juridique

Une collaboration étroite entre la médecine et la justice (a) est nécessaire car le rôle du médecin expert est en toutes hypothèses prépondérant (b).

a) Une collaboration étroite de la médecine et de la justice

En réponse à de nombreuses attentes, de la part notamment des médecins, des associations des gérants de tutelle et préposés d'établissements de soins, des organismes débiteurs de prestations sociales, la loi du 5 mars 2007 associe la protection patrimoniale à la protection personnelle du majeur vulnérable. La volonté du majeur est une condition de sa protection notamment en matière médicale où est requise l'expression du consentement aux soins.

Le rôle du médecin expert est essentiel car selon les pathologies, l'avis qu'il rendra permettra l'ouverture d'une mesure de protection.

b) Le rôle du médecin sur le devant de la scène de la protection juridique

La loi du 5 mars 2007 distingue l'avis du médecin traitant de celui rendu par un médecin spécialiste agréé³⁰¹. Dans ce dernier cas, l'avis du médecin est déterminant pour certifier d'une altération des facultés mentales, se prononcer sur la nature de la mesure, son allègement ou renforcement. Le médecin spécialiste est également compétent pour s'exprimer sur le lieu et ou préjudice éventuel de l'audition de la personne. Enfin, la décision relative au placement

³⁰¹ Art. 431 C. Civ. nouveau : « le médecin [est] choisi sur liste établie par le Procureur de la République ».

dans une maison de retraite ou d'un retour à domicile ainsi que celle relative à la nature des soins aux vues de son état de santé incombent également au médecin expert.

Les pathologies³⁰² sont variées comme les causes d'infirmité : coma prolongé, aphasie ou affaiblissement dû à l'âge, première cause d'ouverture d'un régime de protection.

Le médecin soigne, le juge protège les intérêts patrimoniaux et personnels de l'intéressé. La responsabilité civile³⁰³ souligne le rôle du droit.

2) La responsabilité civile, le rôle de la justice

Le juge des tutelles est tenu à une gestion « *prudente, diligente et avisée* »³⁰⁴, à l'instar des organes de protection.

En droit romain, l'adage « *Qui auctor est non se obligat* »³⁰⁵ fait obstacle à la responsabilité du juge. Lorsqu'une décision a autorité de la chose jugée, le droit français a une réticence à retenir la responsabilité des décisions juridictionnelles sauf lorsqu'elles ne sont pas définitives. Les tribunaux civils adoptent une position différente par la responsabilité du fait des dommages causés par la mise en œuvre d'autorisations.

Des lors, la responsabilité du juge des tutelles est un équilibre entre la gestion « *en bon père de famille* » et l'autorisation judiciaire.

Les articles 421 à 423 C. Civ. nouveaux prévoient expressément la responsabilité des organes de protection en cas de faute commise par le protégé sauf pour la curatelle simple où le dol ou une faute lourde est exigée. Selon la nature de la faute, la mise en œuvre des responsabilités varie : pour les fautes commises dans l'organisation, le fonctionnement de la mesure par le juge des tutelles, le greffier en chef, une action en responsabilité contre l'Etat est ouverte ; s'agissant des fautes commise par le MJPM, une action en responsabilité est ouverte contre le

³⁰² KERAVEL (J.-F.), « Le rôle du médecin expert », AJ Famille 2002, p. 409. Selon le Docteur J.-F. Kéavel, psychiatre à l'hôpital Saint Anne à Paris, il peut notamment s'agir de pathologies psychotiques (schizophrénie, paranoïa), d'états dépressifs (mélancolie, désintérêt, apragmatisme), de conduites addictives (alcool, toxicomanie, jeux) ou d'arriération mentale.

³⁰³ *Supra* p. 93

³⁰⁴ Art. 496 al. 2, *Op. Cit.*

³⁰⁵ FOSSIER (T.), « Juge et bon père de famille, les responsabilités du juge des tutelles dans la gestion patrimoniale pour le mineur. », AJ Famille 2007, p. 363. Celui qui ne conçoit pas un acte ni ne l'exécute mais a pour seule mission de l'autoriser n'engage jamais sa responsabilité.

mandataire personne physique ou contre l'Etat. Enfin, en cas de faute commise par le tuteur ou le curateur, une action directe en responsabilité contre la personne physique est ouverte.

Par ailleurs, le rôle du Parquet est renforcé par la loi du 5 mars 2007 puisqu'il assure une mission de surveillance et peut visiter ou faire visiter les personnes protégées selon l'article 416 C. Civ. nouveau. Il fixe la liste des médecins spécialistes agréés (art. 431 C. Civ. nouveau) et donne un avis conforme pour les retraits et annulations d'agréments.

La mutation du droit des incapacités vers le droit – plus global – des personnes vulnérables fait état d'une prise en compte par le droit d'un fait social à géométrie variable. La vulnérabilité, non définie par le droit, relève sans doute de lois qui dépassent le droit.

B. Des lois au-delà des lois

Avec l'extension du droit des incapacités au droit des majeurs vulnérables, il apparaît que la protection de la personne humaine échappe en partie au droit. D'autres lois, au-delà des lois, dictent la protection des majeurs. Et, l'expansion incontrôlée de la catégorie des « personnes vulnérables » permet sinon de donner un statut à une personne, d'en discuter le contenu par diverses mesures « à la carte ». Jamais, le droit n'a permis de lutter contre la nature, la vie ou la mort, le hasard...

A une époque où l'on ne veut ni souffrir ni mourir, il existe une réelle « incapacité » à accepter les limites de la vie, de la réalité et du droit. La proclamation de la liberté et de l'égalité pour tous n'empêchera pas l'existence éternelle et malheureuse d'inégalités en tout genre.

CONCLUSION

L'entrée dans le III^e millénaire marque une véritable révolution juridique. Le droit de la famille est totalement « repensé » en une dizaine d'années. La (ré)adaptation du droit aux exigences et réalités de la société contemporaine est apparue essentielle en raison notamment de l'éclosion de la vulnérabilité.

Le droit des tutelles subit actuellement quelques remaniements comme l'expose la présente étude de la protection des intérêts patrimoniaux des majeurs vulnérables, de la tutelle aux prestations sociales adulte à la mesure d'accompagnement judiciaire.

La superposition mal comprise des tutelles en tout genre se nove en un dispositif tutélaire sous forme pyramidale, unifié et adapté aux besoins de l'intéressé. Le Code civil, fondement légal de la tutelle, de la curatelle ou de la sauvegarde de justice mais aussi de la mesure d'accompagnement judiciaire, a ainsi un quasi monopole de la protection juridique. Le Code de l'action sociale et des familles, en lieu et place du Code de la sécurité sociale, régit la nouvelle mesure d'accompagnement social personnalisé. En effet, une synergie entre les dispositifs de l'action sociale et du droit civil est indispensable.

L'enjeu de la réforme du 5 mars 2007, par héritage historique, est la protection des biens : d'une gestion patrimoniale limitée aux seules prestations sociales à travers la TPSA, une protection complète du patrimoine et de la personne sera désormais possible avec les mesures d'accompagnement.

A partir du 1^{er} janvier 2009, la protection juridique des intérêts patrimoniaux ne pourra plus être dissociée de la protection des intérêts extrapatrimoniaux car la participation de la personne sera nécessaire à sa protection.

De plus, le profil du majeur vulnérable a changé au cours des quarante dernières années : le « mauvais » père de famille ou « mauvais gestionnaire » (ab)usant des tutelles aux prestations sociales est aujourd'hui une personne souvent sans famille, démunie, touchée par les fléaux des temps modernes : le chômage, la maladie, la solitude, la divortialité ou le « démariage »...

Anticiper sa mort de son vivant est possible. Le droit des libéralités autorise le *de cujus* à toutes formes de testaments (olographe, authentique, mystique) et de legs (particuliers, universels, ou à titre universel)... Le droit médical admet depuis peu, dans le cadre de l'accompagnement du patient en fin de vie que ce dernier puisse formuler des « directives

anticipées »³⁰⁶ . Dans cet esprit, prévoir une future incapacité a été entériné par le mandat de protection future. Et, parce que mieux vaut une décision choisie qu'imposée, le droit de la protection des personnes vulnérables fait la promotion de la volonté de la personne humaine. C'est ainsi que s'opère une contractualisation du droit des incapacités...

La contractualisation du droit, comme sa privatisation, est un phénomène inhérent au droit contemporain de la famille au nom de la libre concurrence des modes de vie. Le contrat est la loi des parties. C'est un droit disponible fait de l'autonomie des volontés dans la limite du respect de l'ordre public. A l'inverse, le « *status* », l'état (et la capacité) représente un droit indisponible qui est donné par la société et ne se négocie pas. Plutôt que de rentrer dans un statut, le droit de la protection des majeurs vulnérables de demain permettra d'en discuter les frontières.

Le droit de la protection des personnes vulnérables rénove et étend le droit des incapacités. La notion de vulnérabilité est une nouveauté pour le droit civil mais n'est pas méconnue du droit. En droit pénal, elle est un élément constitutif d'infractions ou une circonstance aggravante.

La loi du 5 mars 2007, quelques mois avant son entrée en vigueur, semble plutôt bien accueillie notamment par les gérants de tutelles à qui est consacré un véritable statut professionnel de mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Mais, il faudra attendre la pratique pour apprécier pleinement l'efficacité et le succès de cette loi d'avenir.

³⁰⁶ Art. L 1111-11 CSP

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- ALLAND (D.) et RIALS (S.) (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, 1649 p.
- BATTEUR (A.), *Droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, Manuel, 2^o éd., 2003, 487 p.
- BEIGNIER (B.), *Le droit de la personnalité*, Paris, P.U.F., Que sais-je ?, 1992, 125 p.
- CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.) (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 14^o éd., 2008, 860 p.
- CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 2^o éd., 1995, 336 p.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 7^o éd., 1992, 419 p.
- CARBONNIER (J.), *Introduction, les personnes*, Paris, P.U.F., Thémis Droit, 1984, 431 p
- CARBONNIER (J.), *Les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales*, Paris, P.U.F., Thémis Droit, 1990, 356 p.
- CASTALDO (A.) et LEVY (J.-Ph.), *Histoire du droit civil*, Paris, Précis Dalloz, Droit privé, 2002, 1554 p.
- CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, Domat droit privé, 12^o éd., 2005, 733 p.
- FENOUILLET (D.) et TERRE (F.), *Droit civil, les personnes, les familles, les incapacités*, Paris, Dalloz, Droit Privé, 2002, p. 1212
- FULCHIRON (H.) et MALAURIE (Ph.), *La famille*, Paris, Defrénois, Droit civil, 2^o éd., 2006, 727 p.
- MALAURIE (Ph.), *Les personnes, les incapacités*, Paris, Defrénois, Droit civil, 2^o éd., 2005, 330 p.
- THERY (I.), *Le démariage : justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, Opus, 2001, 425 p.

OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES DE DOCTORAT

- ARBELLOT (F.), *Droit des tutelles, protection judiciaire des majeurs et des mineurs*, Paris, Dalloz, Dalloz service, 2003, 356 p.
- ATIAS (C.), *Les personnes, les incapacités*, Paris, P.U.F., Droit fondamental, Droit civil, 1985, 265 p.
- AUNE (A.-C.), *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, Aix en Provence, P.U.A.M., Centre Pierre Kayser, 2007, 469 p.
- BAUER (M.) et FOSSIER (T.), *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, Paris, ESF, Actions sociales, 4^e éd., 2008, 489 p.
- BAUER (M.), FOSSIER (T.) et PECAUT-RIVOLIER (L.), *La réforme des tutelles, ombres et lumières*, Paris, Dalloz, 2006, 208 p.
- BAUER (M.) et FOSSIER (T.), Préface des Ministres d'Etat VEIL (S.) et MEHAIGNERIE (P.), *Les tutelles, protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, Paris, ESF, 1994, 326 p.
- CAMBERLEIN (Ph.), *Le dispositif de l'action sociale et médico-sociale en France*, Paris, Dunod, Action sociale, 2^e éd., 2005, 440 p.
- DEFEUWER-DEFFOZEZ (F.), *Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice*, Paris, La Documentation française, 1999, 256 p.
- DOUET (F.), *Le droit patrimonial de la famille*, Paris, P.U.F., Que sais-je ?, 1999, 127 p.
- JEAN (A.) et JEAN (J.), *Tutelle et curatelle, organisation et acteurs, le système des tutelles aujourd'hui, que prévoit la réforme ?*, Paris, Vuibert, Lire agir, 2007, 282 p.
- PAVIA (M.-L.) et REVET (T.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, Etudes Juridiques, 1999, 181 p.
- PHILIPPE (C.) (sous la direction de), *Le guide du droit des seniors*, P.U.F.C., Liaisons sociales, 2007, 254 p.

- POHER (A.), DURIEUX (B.) et LALUMIERE (C.) (sous la direction de), *Droit des personnes et service de santé en Europe, Actes du colloque du 11 juin 1991, Palais du Luxembourg, Paris, Lyon, Ed. Alexandre Lacascagne, 1993, 127 p.*

ARTICLES, CHRONIQUES, ETUDES

- ANGHELOU (D.) et VOISIN (J.), « La réforme de la protection juridique des majeurs, rapport définitif du groupe de travail sur l'évaluation médico-sociale », Paris, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées, 2003, 88 p.
- CHEYNET DE BEAUPRE (A.), « La loi sur la fin de vie », D. 2005, p. 164
- FAVARD (J.) (sous la direction de), « Rapport définitif remis au ministre de l'emploi et de la solidarité, au ministre de la justice et au ministre de l'économie des finances et de l'industrie du Groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs », Paris, Ministère de la Justice, avril 2000, 232 p.
- FOSSIER (T.), « En attendant la ratification de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 », Dr. Fam. mars 2007, p. 45
- FOSSIER (T.), « Etats des personnes et incapacités », Dr. Fam. mars 2007, p. 45
- FOSSIER (T.), « L'utilisation des prestations sociales : contrôle ou assistance ? », RDSS 1994, p. 657
- FOSSIER (T.), « La protection de la personne, un droit flexible », Dr. Fam. mai 2007, p. 15
- FOSSIER (T.), « La réforme de la protection des majeurs : guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », JCP G., mars 2007, I. 118
- FOSSIER (T.), « La sanction pénale de l'inventaire inexact », Dr. Fam. sept. 2007, p. 34
- FOSSIER (T.), « Le droit des tutelles après sa réforme, nouvelle branche du droit de l'action sociale ? », RDSS 2007, p. 672
- FOSSIER (T.), « Le rapport du Conseil économique et social sur la réforme des tutelles », Dr. Fam. n°11, nov. 2006, alerte n°81
- FOSSIER (T.), « Quelques aspects de la vie quotidienne du majeur protégé », Dr. Fam. oct. 2007, p. 29

- FOSSIER (T.) et PECAUT-RIVOLIER (L.), « La protection des intérêts patrimoniaux », AJ Famille 2007, p. 167
- FOSSIER (T.), PECAUT-RIVOLIET (L.) et VERHEYDE (T.), « La mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) et les mesures administratives sociales personnalisées (MASP) », AJ Famille 2007, p. 175
- FOSSIER (T.) et VERHEYDE (T.), « La protection de la personne », AJ Famille 2007, p. 160
- GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Les incapacités des majeurs en Europe », AJ Famille 2005, p. 269
- HAUSER (J.), « Des incapables aux majeurs vulnérables », Dr. Fam. mai 2007, p. 5
- HAUSER (J.), « Faut-il brûler le droit des incapacités ? », RTD Civ. 1998, p. 656
- HAUSER (J.), « La famille et l'incapable majeur », AJ Famille 2007, p. 198
- HAUSER (J.), « Le piège de l'assurance-vie, présent et avenir », RTD Civ. 2008, p. 276
- « Interview de Josiane Timarche, membre du conseil d'administration nationale des gérants de tutelles préposés d'établissements », AJ Famille 2007, p. 218
- « Interview de Delphine Desuilhes, vice-présidente, Michel Poret, administrateur et André Boivin, président de la Fédération nationale des associations de gérants de tutelle privés », AJ Famille 2007, p. 219
- JONAS (C.), « Les aspects médicaux de la protection des majeurs », Dr. Fam. mai 2007, p. 8
- KARM (A.), « La sécurité patrimoniale du mineur et du majeur en tutelle », Dr. Fam. mai 2007, p. 20
- KERAVEL (J.-F.), « Le rôle du médecin expert », AJ Famille 2002, p. 409
- KLEIN (J.), « Le mandat de protection future ou la protection juridique conventionnelle », Dr. Fam. mai 2007, p. 36
- LABRUSSE-RIOU (C.), « Code civil et Code de la santé publique », RDSS 2008, p. 427

- LEMOULAND (J.-J.), « Les actes du tuteur : typologie et classification », Dr. Fam. mai 2007, p. 27
- LEMOULAND (J.-J.) et PLAZY (J.-M.), « Majeurs protégés (mars 2006 – juin 2007) », D. 2008, p. 313
- LEROYER (A.-M.), « Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RTD Civ. 2007, p. 394
- MALAURIE (Ph.), « La réforme de la protection juridique des majeurs », LPA 28 mars 2007, n° 63, p. 5
- MARGENAUD (J.-P.), « Hymnes à la vie et à l'autonomie personnelle », RTD Civ. 2002, p. 858
- MAZOYER (C.), « Tableau de correspondance », Dr. Fam. mai 2007, p. 44
- NAUDIN (E.), « Les comptes bancaires et la famille », AJ Famille 2006, p. 273
- PECAUT-RIVOLIER (L.), « Les acteurs de la protection, les professionnels », AJ Famille 2007, p. 220
- PECAUT-RIVOLIER (L.) et VERHEYDE (T.), « La juridiction des tutelles dans le nouveau dispositif de protection des majeurs », AJ Famille 2007, p. 208
- PERREAU-BILLARD (F.), « Le mandat de protection future ou comment anticiper son incapacité future ? », AJ Famille 2007, p. 213
- PETERKA (N.), « Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007 », Dr. Fam. mai 2007, p. 30
- PUYBASSET (L.), « Faut-il légaliser l'euthanasie ? », D. 2007, p. 1328
- RAOUL-CORMEIL (G.), « Le conjoint de la personne vulnérable », Defrénois, 30 juin 2008, n° 12 p. 1303
- REBOURG (M.), « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », Dr Fam. mai 2007, p. 11
- VERPEAUX (M.), « La liberté », AJDA 1998, p. 144

JURISPRUDENCE

- **Cour européenne des droits de l'Homme**
 - CEDH, 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, n°6933/74
 - CEDH, 15 octobre 1986, K. c. Royaume-Uni, n°11468/85

- **Conseil de l'Europe**
 - Recomm. (99) 4F, 23 février 1999, Recommandation du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables

- **Conseil Constitutionnel**
 - DCC n° 94-343 / 344 du 27 juillet 1994, loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF du 29 juillet 1994, p. 11024
 - DCC n° 94-359 du 19 janvier 1995, loi relative à la diversité de l'habitat, JORF du 21 janvier 1995, p. 1166
 - DCC n° 2003-484 du 20 novembre 2003, loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JORF du 27 novembre 2003, p. 20154
 - DCC n°2007-552 du 1^{er} mars 2007, loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF du 7 mars 2007, p. 4365

- **Cour de cassation**
 - Req. 21 octobre 1901
 - Req. 30 juillet 1906, DP 1907

 - Cass. Civ. 1^{ère}, 18 avril 1989, JCP 1990, I n° 21467
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 18 avril 1989, D. 1989, p. 493, note J. Massip
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, Bull. Civ. I n°38, p. 24
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 6 avril 1994, JCP 94 II n° 22413
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, Arrêt Piller, Bull. 1996 I n°286, p. 2000
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 1998, JCP 1998, II 10 118

- Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juin 1998, Dr. Fam. n° 177, note T. Fossier
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, Dr. Fam. 2000 n°135, note T. Fossier
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, Dr. Fam. 2003, n° 152
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2004, Dr. Fam. avril 2005, p. 29 n° 88
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n°05.12.353
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2007, n° 05.20.529
 - Cass. Civ. 2^{ème}, 18 décembre 1964, D. 1965, 191
 - Cass. Civ. 2^{ème}, 28 avril 1965, D. 1965, 758 note Esmein
- **Conseil d'Etat**
 - C.E., Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang sur Orges, n° 136727, Lebon

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	3
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	5
INTRODUCTION	6
• La liberté, le principe...sa privation, l'exception	7
• De l'égalité de droit au droit à l'égalité.....	11
• « Faut-il brûler le droit des incapacités ? »	12

PARTIE I

LA GESTION PATRIMONIALE DE L'INCAPABLE MAJEUR LIMITÉE

TITRE 1 ^{ER} – L'insuffisante gestion sociale de l'adulte	17
Chapitre 1 ^{er} – La solidarité nationale face à la démission familiale.....	18
Section 1 – Banqueroutes de la <i>familia</i>	18
I – Familles en faillite ou constat de carence	18
A. Définition de la famille	18
B. Visages des familles du début du XX ^e siècle	19
C. Le cri des familles en péril.....	20
II –Naissance de la tutelle aux allocations familiales : le jeu de la double solidarité nationale	21
A. Solidarité de premier degré : allocations aux familles démissionnaires.....	21
B. Solidarité de second degré : la tutelle aux allocations familiales	23
Section 2 – Les tutelles aux prestations sociales, héritières de la tutelle aux allocations familiales	24
I – L'enlisement des familles d'après-guerre	24
II – La sauvegarde de l'enfance par la tutelle aux prestations sociales enfant	25
A. Objet de la TPSE.....	25
B. Procédure	26
1) Requête initiale	26
2) Convocation et audition	27
3) Décision	27
4) Notification	27
III – Extension de la TPSE à la TPSA.....	28
Chapitre 2 nd – Incapacité sociale, pleine capacité juridique.....	29
Section 1 – (Au) secours social d'un mauvais gestionnaire.....	29
I – De la sauvegarde de l' <i>infans</i> à la sauvegarde de l'âge adulte	29
II – La tutelle aux prestations sociales adulte, une sécurité sociale du patrimoine	31
A. Procédure civile	31
1) Ouverture de la procédure.....	31
2) Audience et jugement	32

3) Notification	32
4) Recours	32
B. Domaine	33
C. Tutelle hybride	34
Section 2 – Un géré civilement capable	35
I – Organisation fonctionnelle des incapacités	35
II – Adulte sous TPSA, majeur en sous tutelle : une double casquette conflictuelle	36
A. Les actes valables du majeur	37
B. La protection sociale de l’adulte	38
III – Incapacités par exceptions	39
A. Altération des facultés mentales, seule cause de protection	39
B. Droit commun au service de la gestion des biens	42
1) Gestions d’affaires par autrui	42
2) L’action en rescision pour lésion	53
 TITRE 2 ND – La protection indépendante des intérêts civils du majeur	 46
 Chapitre 1 ^{er} – Coexistence des tutelles pendant un demi-siècle	 47
Section 1 – Le temps des désordres	47
I – Le régime des incapacités, « l’honneur du droit » civil	47
A. Conditions d’ouverture	48
1) Conditions de fond	48
a) Quatre principes communs à tous les régimes	48
b) Conditions propres à chaque régime	49
2) Conditions de forme	50
a) Ouverture d’un régime de protection	50
b) Formalités de publicité	51
B. Effets	51
1) Effets communs	51
2) Effets spécifiques	52
a) Sauvegarde de justice, faible protection	52
b) Curatelle, protection intermédiaire	52
c) Tutelle, lourde protection	52
II – L’articulation, l’œuvre du juge des tutelles	53
A. Ressemblances et dissemblances des tutelles	54
1) Ressemblances	54
2) Dissemblances	54
B. « Qui se ressemble s’assemble » : compétence exclusive du juge des tutelles	55
C. Cumul de la TPSA et de la tutelle d’Etat : actes du tuteur	56
Section 2 – Instrumentalisation du droit ou exploitation de failles	56
I – Le doublon, une fin lucrative ?	56
II – Du surendettement au « mal endettement », nouvelle urgence sociale ?	57
 Chapitre 2 nd – De la diversité à l’unité : la réforme du 5 mars 2007	 61
Section 1 – La suppression de la « double mesure » (fin d’une hypocrisie)	61
I – Essoufflement de lois démodées	62
II – Nouveau souffle de loi	62

Section 2 – Nouvelle hiérarchie du droit des incapacités	63
I – Liberté et égalité, les deux principes directeurs	64
II – L’accompagnement du majeur protégé.....	65
PARTIE 2 – L’ACCOMPAGNEMENT DU MAJEUR PROTÉGÉ « SUR MESURE »	
TITRE 1 ^{ER} – Le contrat social ou l’accompagnement forcé	71
Chapitre 1 ^{er} – Un nouveau degré de protection : la mesure d’accompagnement social personnalisé (MASP).....	72
Section 1 – Aux origines de la loi de 2007, clés de compréhension	72
I – Besoin de rénovation du droit des « para incapacités »	72
II – Propositions de 20 ans de travaux préparatoires	73
A. L’évaluation médico-sociale.....	73
1) Préalable à la saisine judiciaire : l’évaluation médico-sociale.....	73
2) L’évaluation ou l’enquête médico-sociale : le rejet.....	74
B. La MABS, l’œuvre de la réforme	75
1) Objectif unique : accompagnement social	75
2) Deux moyens successifs semblables.....	76
a) La MGBS.....	76
b) La MABS.....	77
III – Le contrat social ou la MASP	78
A. <i>Du Contrat Social</i> au XXI ^e siècle.....	78
B. La MASP, un pacte d’essence démocrate	78
Section 2 – La mesure d’accompagnement social personnalisé ou le choix de la confiance.....	79
I – Le contrat	79
A. Conditions	79
B. Effets	79
II – La contrainte	80
A. Non-respect du contrat social, logement sauvé	80
B. Echec de la mesure, quelle issue ?	81
Chapitre 2 nd – Un droit civil à la vulnérabilité : la mesure d’accompagnement judiciaire (MAJ)	83
Section 1 – Entrée dans le Code civil d’une mesure exclusive.....	83
I – Modernisation de la TPSA : la MAJ	83
A. Conditions	83
1) Conditions de fond.....	83
2) Conditions de forme.....	84
B. Effets	85
1) Effets classiques.....	85
2) Effets spécifiques relatifs à la gestion des comptes	86
II – Alternative à l’incapacité juridique ou avènement de l’incapacité sociale	87
A. Incapacité discutée	87
B. Droit civil à la vulnérabilité	88

Section 2 – Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM), une nouvelle profession.....	89
I – Conditions	90
A. Conditions relatives au régime de protection	90
B. Conditions d'accès à la profession.....	91
1) Conditions de fond.....	91
2) Procédure d'agrément	91
a) Exercice à titre individuel.....	91
b) Exercice en qualité de préposé d'établissement de santé	92
II – Effets.....	92
A. Effets pour le mandataire.....	92
1) Responsabilité civile	93
2) Responsabilité pénale.....	93
B. Effets pour le majeur.....	94
1) Coût à charge du majeur	94
2) Droits et libertés de la personne protégée	95
 TITRE 2 ND – La parole du majeur au cœur de sa protection.....	 97
 Chapitre 1 ^{er} – Participation effective de la personne à sa protection	 98
Section 1 – Protection des intérêts patrimoniaux	98
I – Actes juridiques du représentant.....	98
A. Classification par gravité des actes juridiques.....	98
B. Actes du représentant	99
1) Actes accomplis sans autorisation	99
2) Actes accomplis avec autorisation.....	101
II – Actes réservés du majeur	101
A. Domaine.....	101
1) Classification des actes	102
2) Actes spécifiques ou la promotion de la volonté du majeur.....	102
a) Logement	103
b) Comptes bancaires.....	103
c) Droit des successions.....	103
d) Contrat d'assurance-vie	104
B. Sanction des irrégularités	104
1) Le non-respect du formalisme par le majeur	105
2) Le non-respect du formalisme par le tuteur	105
 Section 2 – Protection des intérêts extrapatrimoniaux.....	 106
I – Actes relatifs à l'état et au statut familial du majeur vulnérable.....	106
A. Etat de la personne vulnérable	106
B Le droit du majeur vulnérable au respect de la vie familiale	107
1) Majeur vulnérable en couple.....	107
2) Majeur vulnérable et son enfant.....	108
II – Droit de la santé du majeur protégé.....	108
A. Superpositions des dispositions	109
B. Le consentement aux soins et actes médicaux	110

Chapitre 2 nd – Liberté et dignité de la personne humaine	112
Section 1 – Deux principes inhérents à la loi du 5 mars 2007	112
I – La liberté	112
A. Fondements juridiques	112
B. Premier principe directeur de la loi du 5 mars 2007	113
II – La dignité	114
A. Fondements juridiques	114
B. Second principe directeur de la loi du 5 mars 2007	115
Section 2 – La vulnérabilité au-delà des frontières françaises	116
I – L’influence européenne sur le droit français ou une mise à jour programmée	116
A. Panorama européen de droit comparé des personnes vulnérables	117
B. Loi nationale applicable à l’état des personnes, un principe de droit international privé	118
II – La protection des majeurs vulnérables hors du droit ?	120
A. Exclusion du droit des incapacités	120
1) La loi du 5 mars 2007, l’alliance du médical et du juridique	120
a) Une collaboration étroite de la médecine et de la justice	120
b) Le rôle du médecin expert sur le devant de la scène de la protection juridique	120
2) La responsabilité civile, le rôle de la justice	121
B. Des lois au-delà des lois	122
CONCLUSION	123
Bibliographie	126
Table des matières	134