

REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE  
SORBONNE LAW REVIEW

*n° 12*  
*janvier 2026*

**DOSSIER :**  
PENSER LE DROIT DES  
MAJEURS VULNÉRABLES

## **Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review***

### **Comité scientifique**

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université

Mireille BACACHE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Florence BELLIVIER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes

Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université

David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université

Mathieu CARPENTIER, Professeur à Université Toulouse 1 Capitole

Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris Nanterre

David CHILSTEIN, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Vincent EGEA, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster

Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg

Norbert FOULQUIER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Daniel GUTMANN, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Jérémy HOUSSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas

Laurence JÉGOUZO, Maître de conférences HDR à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Emmanuel JEULAND, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Xavier LAGARDE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pascal LOKIEC, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes

Vincent MALASSIGNÉ, Professeur à CY Cergy Paris Université

Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Etienne PATAUT, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise

Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Catherine PRIETO, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université

Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po

Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Directrice de la publication**

Christine NEAU-LEDUC, Présidente de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Directrice de la revue**

Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Comité de rédaction**

Nicolas BARGUE, Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Christophe VERNIÈRES, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Équipe éditoriale****- Volet édition :**

Emile FLORIN-ROUQUETTE, Responsable des éditions

Paul LENAS, Assistant d'édition

**- Volet communication et diffusion :**

Nicolas ARMENGAUD, Chargé de communication et de l'événementiel

Erick JIMENEZ LICONA, Chargé de communication et de l'événementiel

Revue semestrielle (2 numéros/an ; juin et décembre)

Revue gratuite, en open access

Disponible sur : <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>

Langues de publication : français, anglais.

**crédit photo de couverture :** Søren Laursen, Licence Pixabay.

IRJS éditions – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : [irjs-editions@univ-paris1.fr](mailto:irjs-editions@univ-paris1.fr) / Tel : 01 89 68 52 20

ISSN : 2739-6649

Dépôt légal : janvier 2026.





# TABLE DES MATIÈRES

## DOSSIER :

### PENSER LE DROIT DES MAJEURS VULNÉRABLES \_\_\_\_\_7

Présentation du séminaire \_\_\_\_\_ 9

Introduction au dossier \_\_\_\_\_ 11

Emmanuel JEULAND, Sophie PRÉTOT

Quelles fonctions de l'accompagnement face à une protection juridique des personnes vulnérables ? \_\_\_\_\_ 13

Sylvie MOISDON-CHATAIGNER

Le notaire et la protection des majeurs vulnérables \_\_\_\_\_ 21

*Les enseignements des droits belge et allemand*

Nathalie BAILLON-WIRTZ

De nouveaux acteurs : l'exemple du notaire \_\_\_\_\_ 31

Christophe VERNIÈRES

Opposition et conflit d'intérêts en droit des majeurs vulnérables \_\_\_\_\_ 37

Nathalie PETERKA

La protection des majeurs vulnérables en droit allemand \_\_\_\_\_ 45

Frédérique FERRAND

Les participants au rapport procédural de protection des personnes vulnérables. \_\_\_\_\_ 63

Emmanuel JEULAND

Autonomie du majeur protégé dans les décisions médicales \_\_\_\_\_ 71

*Étude à partir du patient âgé sous mesure de protection juridique*

Camille BOURDAIRE-MIGNOT, Tatiana GRÜNDLER



**DOSSIER :**  
**PENSER LE DROIT DES**  
**MAJEURS VULNÉRABLES**

*Dossier sous la direction scientifique de  
S. PRÉTOT, F. BELLIVIER, et E. JEULAND*

*Actes issus du Séminaire 2024-2025 sous la  
responsabilité de S. PRÉTOT, F. BELLIVIER,  
E. JEULAND, X. LAGARDE et C. VERNIÈRES*





## Présentation du séminaire

Actes issus de la deuxième année (année 2024-2025) du séminaire *Penser le droit des majeurs vulnérables*, sous la direction de Florence Bellivier (professeure de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Emmanuel Jeuland (professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Xavier Lagarde (professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Sophie Prétot (professeure de droit privé à l'Université Clermont-Auvergne) et Christophe Vernières (professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

Ce séminaire est le fruit de la collaboration de l'IRJS (département Droit de la famille et du patrimoine et département Sorbonne justice et procès, Université Paris 1) et du CMH (Centre Michel de l'Hospital, Université Clermont-Auvergne).

## Programme de l'année 2024-2025

### Les acteurs de la protection juridique

Séance 1 du vendredi 27 septembre 2024, de 14h à 16h

#### L'accompagnement du majeur protégé

Avec :

- Benoît Eyraud, maître de conférences à la faculté de sociologie et d'anthropologie de l'Université Lyon 2
- Sylvie Moisdon-Chataigner, professeure de droit privé à l'Université de Rennes (laboratoire IODE, UMR CNRS 6262)

Séance 2 du vendredi 15 novembre 2024, de 14h à 16h

#### De nouveaux acteurs : l'exemple du notaire

Avec :

- Nathalie Baillon-Wirtz, professeure à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
- Christophe Vernières, professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Séance 3 du vendredi 31 janvier 2025, de 14h à 16h

#### Opposition et conflit d'intérêts en droit des majeurs vulnérables

Avec :

- Nathalie Peterka, professeure de droit privé à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC, Paris 12)
- Thibaut Douville, professeur de droit privé à l'Université de Caen Normandie

Séance 4 du vendredi 4 avril 2025, de 14h à 16h

#### La notion de partie en droit des majeurs vulnérables

Avec :

- Frédérique Ferrand, professeure de droit privé à l'Université Jean Moulin (Lyon III)
- Emmanuel Jeuland, professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

### Le majeur protégé en milieu médical

Séance 5 du vendredi 13 juin 2025, de 14h à 16h

#### Autonomie des personnes âgées et mesures de protection juridique en milieu médical

Avec :

- Camille Bourdaire-Mignot, maîtresse de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre
- Tatiana Gründler, maîtresse de conférences en droit public à l'Université Paris Nanterre.



# Introduction au dossier

**Emmanuel JEULAND**

*Professeur des Universités, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne,  
Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (UR 4150)*

**Sophie PRÉTOT**

*Professeur des Universités, Université Clermont-Auvergne,  
Centre Michel de l'Hospital (CMH UPR 4232-UCA)*

La première année du séminaire *Penser le droit des majeurs vulnérables* (2023-2024), dont les actes ont été publiés dans la *Revue Juridique de la Sorbonne | Sorbonne Law Review* n° 10 de décembre 2024 (p. 17 à 132), avait été consacrée aux notions fondamentales de la matière. Le droit interne, le droit international, le droit comparé ainsi que la philosophie, tous confrontés à la pratique, ont ainsi été explorés.

Cette deuxième année (2024-2025) a essentiellement porté sur les acteurs de la protection des personnes vulnérables. La dernière séance a ouvert une réflexion sur le majeur protégé en milieu médical.

Concernant les acteurs de la protection des personnes vulnérables, Sylvie Moisdon-Chataigner<sup>1</sup> a traité de l'accompagnement (étymologiquement "avec du pain") au sens large de partage et de soutien en montrant le spectre étendu des acteurs comprenant l'État, les collectivités locales et les associations. L'accompagnement, aujourd'hui « au cœur des dispositifs au profit des personnes vulnérables<sup>2</sup> », est un « mode de relation et d'action entre individus et, d'une manière plus globale, au sein d'une société<sup>3</sup> ». Également présent en amont de la mesure de protection juridique, l'accompagnement privilégie une logique d'aide aux personnes vulnérables, respectueuse de l'autonomie de celles-ci et se substituant ainsi à la logique de représentation caractérisant certaines mesures de protection. Nathalie Baillon-Wirtz<sup>4</sup> s'est

intéressée au rôle du notaire en Belgique et en Allemagne, deux droits qui ont convergé vers une mesure judiciaire unique, un principe de capacité remplaçant la logique d'incapacité traditionnelle et un déploiement réussi des mandats de protection future (beaucoup plus répandus qu'en France<sup>5</sup>). Christophe Vernières<sup>6</sup> a examiné le rôle du notaire en France. Il observe un double mouvement de contractualisation et de déjudiciarisation d'où il résulte tant un certain retrait du juge des tutelles qu'une place accrue du notaire, de plus en plus au centre du dispositif de protection des personnes vulnérables majeures<sup>7</sup>. Nathalie Peterka<sup>8</sup> a montré qu'à défaut de définition légale, les expressions d'opposition et de conflit d'intérêts en droit des majeurs vulnérables pouvaient être synonymes mais qu'il était crucial d'adopter une approche maximaliste de ces notions floues pour empêcher tant les convergences que les divergences d'intérêts entre la personne chargée de la protection et la personne protégée<sup>9</sup>. Frédérique Ferrand<sup>10</sup> a présenté la notion de « participant » en droit allemand des majeurs vulnérables qui doit être distinguée de la notion procédurale de partie même si la doctrine allemande, après avoir apporté des éléments de théorisation de cette question y a finalement largement renoncé en raison du développement des textes et même de l'édiction d'un texte spécial. L'idée était que la procédure volontaire (synonyme de procédure gracieuse en France) génère un rapport procédural

<sup>1</sup> Professeure de droit privé à l'Université de Rennes (laboratoire IODE, UMR CNRS 6262)

<sup>2</sup> S. MOISDON-CHATAIGNER, voir art. « Quelles fonctions de l'accompagnement face à une protection juridique des personnes vulnérables ? », p. 13.

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> Professeur de droit privé à l'Université de Reims Champagne-Ardenne.

<sup>5</sup> N. BAILLON-WIRTZ, v. art. « Le notaire et la protection des majeurs vulnérables », p. 21.

<sup>6</sup> Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1).

<sup>7</sup> C. VERNIÈRES, v. art. « De nouveaux acteurs : l'exemple du notaire », p. 31.

<sup>8</sup> Professeure de droit privé à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC, Paris 12).

<sup>9</sup> N. PETERKA, v. art. « Opposition et conflit d'intérêts en droit des majeurs vulnérables », p. 37.

<sup>10</sup> Professeure de droit privé à l'Université Jean Moulin (Lyon III).

de protection spécifique unissant des participants autour de la personne vulnérable<sup>11</sup>. Emmanuel Jeuland<sup>12</sup> propose d'appliquer ces propositions doctrinales au droit français où les textes à géométrie variable permettent de délimiter un cercle des participants au lien procédural de protection qui va au-delà de la famille et des amis pour englober également les mandataires judiciaires de protection des majeurs et le ministère public<sup>13</sup>. Il reviendrait au juge des tutelles le soin de déterminer qui doit être participant et donc avoir accès au dossier et pouvoir faire appel.

Lors de la dernière séance de l'année, Camille Bourdair-Mignot<sup>14</sup> et Tatiana Gründler<sup>15</sup> se sont intéressées à la question du majeur protégé en milieu médical pour montrer que l'autonomie et le consentement sont devenus le principe concernant les actes médicaux, mais qu'il existe un régime de représentation pour les personnes non aptes à exprimer leur volonté et des régimes spéciaux complexes pour certains actes, tels que les prélèvements *post mortem*<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> F. FERRAND, v. art. « La protection des majeurs vulnérables en droit allemand », p. 45.

<sup>12</sup> Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1).

<sup>13</sup> E. JEULAND, v. art. « Les participants au rapport procédural de protection des personnes vulnérables. », p. 63.

<sup>14</sup> Maîtresse de conférences en droit privé, Université Paris Nanterre, CEDCACE.

<sup>15</sup> Maîtresse de conférences en droit public, Université Paris Nanterre, CTAD - CREDOF, UMR 70/74.

<sup>16</sup> V. art. « Autonomie du majeur protégé dans les décisions médicales », p. 71.



# Quelles fonctions de l'accompagnement face à une protection juridique des personnes vulnérables ?

Sylvie MOISDON-CHATAIGNER

Professeur des Universités – Université de Rennes

Les personnes vulnérables ont des besoins spécifiques soit en raison de leurs situations médicales ou sociales ou d'un environnement défavorable qui crée ou accroît une situation de vulnérabilité<sup>1</sup>. Les manifestations en sont nombreuses pour toutes les personnes comme l'enfant abandonné, la famille surendettée, la personne âgée isolée, la personne handicapée, le migrant et dans tous les champs de la santé à la vie sociale sachant que plusieurs vulnérabilités peuvent se croiser ayant alors un effet multiplicateur.

À l'égard de ces personnes, la solidarité sociale est de mise<sup>2</sup> laquelle se manifeste de différentes manières et se caractérise par un enchevêtrement de nombreuses strates : l'État mais aussi les collectivités, les structures associatives et plus largement tous les acteurs de l'économie sociale et solidaire<sup>3</sup>. L'intervention sociale couvre ces différents aspects plaçant la personne au cœur des actions<sup>4</sup>. Cette intervention sociale croît de plus en plus compte tenu des besoins des personnes vulnérables. En effet, l'intervention des collectivités au titre

de l'aide et de l'action sociales est exponentielle afin de gérer financièrement et matériellement les besoins liés aux handicaps et au vieillissement de la population<sup>5</sup>. Par ailleurs les mesures de protection sont promues à un avenir certain, le doublement des mesures est annoncé<sup>6</sup>.

L'accompagnement rend compte de cet engagement des uns envers les autres. Il est intéressant de souligner la formation de ce terme à partir du mot « *compagnie* », du latin *cum* (avec) et *panis* (pain). Il se place après le sujet principal, ayant un rôle fondamental en matière musicale<sup>7</sup>. Cette étymologie évoque instinctivement le partage et le soutien que nous retrouvons dans la définition actuelle de l'accompagnement<sup>8</sup>. L'accompagnement est alors un mode de relation et d'action entre individus et, d'une manière plus globale, au sein d'une société<sup>9</sup>.

L'accompagnement est ainsi au cœur des dispositifs au profit des personnes vulnérables. Il a une place spécifique dans le système normatif français particulièrement pour organiser

<sup>1</sup> M. BRUGGEMAN, A.-M. SAVARD (dir.), *Protection des majeurs en situation de vulnérabilité, Regards croisés France-Québec sur un droit en mutation*, IFJD, coll. Colloques et Essais, 2025 ; F. GZIL, PH. CAMBERLEIN, A.-C. CLAUSE-VERDREAU, M. MAGLIO, C. NIEUWJAER, *L'éthique dans les établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux, Espace Ethique Région Ile-de-France*, Dunod, 2025, p. 506.

<sup>2</sup> Pour l'analyse des mécanismes sociaux de solidarité sociale, cf. G. HUTEAU (dir.), *Politiques sociales et de santé, Comprendre pour agir*, 4<sup>e</sup> éd., Presses de l'EHESP, Manuel Références Santé Social, 2025 ; C. BEC, *La sécurité sociale, Une institution de la démocratie*, Gallimard, NRF, Bibliothèque des sciences humaines, 2014, A. STERGIOU, « La solidarité, fondement des droits sociaux », in I. DAUGAREILH, M. BADEL (dir.), *La sécurité sociale, Universalité et Modernité, Approche de droit comparé*, éd. Pédone, 2019, p. 463 et s.

<sup>3</sup> R. LAFORE, « La République sociale et ses structures juridico-institutionnelles », *RDSS* 2025/5, p. 789-797 ; R. LAFORE, UNIOPSS, *Refonder les solidarités, les associations au cœur de la protection sociale*, éd. Dunod, coll. Santé Social, 2016.

<sup>4</sup> Rapport du Conseil supérieur du travail social, *L'intervention sociale d'aide à la personne*, avant-propos C. De Robertis, Presses EHESP, Politiques et Interventions sociales, 2022.

<sup>5</sup> Panoramas de la DREES Social, « L'aide sociale pour les personnes âgées et les personnes handicapées. Perte d'autonomie et handicap », DREES, Statistique publique de la santé et des solidarités, Édition 2025 ; Petits frères des pauvres, *Baromètre Solitude et Isolement, Quand on a plus de 60 ans en 2025*, n° 10, septembre 2025.

<sup>6</sup> Infostat Justice, « Mesures de protection juridique : deux tiers d'ouvertures supplémentaires par an à l'horizon de 2070 », SSER, Statistique publique de la Justice, n° 202 - septembre 2025.

<sup>7</sup> E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, v° « Accompagnement », 1873-1874, p. 32.

<sup>8</sup> *Encyclopédie Universalis*, v° « Accompagnement » (consultation en ligne).

<sup>9</sup> « L'accompagnement est animé par l'accueil et le respect d'autrui, de sa singularité, de son altérité, la valorisation de l'écoute et de la parole, celle de l'accompagnant est incontournable et une pratique essentielle en aide et action sociale : L'accompagnement social », MAIS, Mouvement pour l'accompagnement et l'insertion sociale (dir.), *Histoire d'un mouvement, concepts et pratiques*, 2010, Presses EHESP ; S. PAUGAM, *Repenser la solidarité*, PUF Quadrige, 2015, p. 974.

les solidarités à leur profit<sup>10</sup>. Il est naturellement employé dans le Code de la santé publique (201 occurrences) pour la prise en charge des patients, de l'accompagnement lors d'annonce des pathologies ou encore pour les soins palliatifs<sup>11</sup>. Nous le retrouvons tout autant dans le Code de l'action sociale et des familles (180 fois). Le Code civil l'emploie « seulement » à 12 reprises soit à propos du mineur dans l'article 375-2 sur le maintien du mineur dans son milieu familial et, en ce qui concerne les adultes majeurs, pour la mesure d'accompagnement judiciaire (articles 495 et s. du Code civil) laquelle est la suite judiciaire donnée à la mesure d'accompagnement social personnalisé (articles L. 271-1 et s. CASF). Néanmoins l'accompagnement est sous-jacent dans de nombreux dispositifs civilistes et principalement par les mesures de protection juridique des Titres XI et XII du Livre 1<sup>er</sup> du Code civil intitulés respectivement « de la majorité et des majeurs protégés par la loi » et « de la gestion du patrimoine des mineurs et des majeurs en tutelle ».

À l'échelle de la Nation et dans une perspective professionnelle, les services sociaux sont les premiers acteurs de l'accompagnement<sup>12</sup>. Ces interventions sociales supposent l'accueil, l'écoute, le conseil, le diagnostic, l'orientation, le suivi. Elles se font dans le respect de l'autonomie de la personne<sup>13</sup>. Au cœur de ces procédures et mesures, la prise en considération de la personne est essentielle. Il s'agit de prendre en considération à la fois la personne dans sa singularité en tant qu'être humain et sujet de droit et aussi l'être social qui noue des relations sociales avec plus ou moins de facilité et parfois peut en être empêchée. L'accompagnement

est ainsi une réponse à la vulnérabilité et un marqueur d'une solidarité et d'une aide.

Dans différentes hypothèses les difficultés de la personne sont telles qu'il est constaté une altération des facultés empêchant l'expression d'une volonté (article 425 du Code civil). Cependant la frontière peut être très poreuse entre les besoins sociaux d'une personne et les difficultés liées à de telles altérations. L'accompagnement social peut, selon les circonstances, suffire à compenser la situation de la personne même lorsqu'il y a une altération des facultés. La mesure de protection ne sera pas alors nécessaire répondant ainsi à une ouverture parcimonieuse des mesures de protection conformément à la Convention internationale des droits des personnes handicapées<sup>14</sup>.

Cependant lorsqu'une mesure de protection est mise en œuvre, l'accompagnement<sup>15</sup> n'est pas pour autant écarté de ce champ de la protection juridique<sup>16</sup>. La loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 « portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie » s'empare de l'accompagnement (elle comprend 67 occurrences pour le mot « accompagnement » ou « accompagné »). L'article L. 471-1 du code de l'action sociale et des familles est complété par cinq alinéas parmi lesquels il est précisé que « la mission d'accompagnement des mandataires judiciaires à la protection des majeurs s'exerce sans préjudice de l'accompagnement social auquel la personne protégée peut avoir droit [...] ». La référence à l'article 415 du Code civil dans cet article L. 471-1 du code de l'action sociale et des familles très enrichi par la loi de 2024, suppose que la mesure de protection soit dans le respect des droits fondamentaux, des libertés individuelles, de la dignité de la personne et dans le respect de l'autonomie de la personne dans la mesure du possible.

L'accompagnement prend ainsi place parmi l'engagement des organes de protection. Cette place interroge créant une

<sup>10</sup> Ph. MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, LGDJ, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2015, p. 187-190.

<sup>11</sup> L'une des propositions de loi relatives à la fin de vie s'intitule « proposition de loi visant à garantir l'accès de tous à l'accompagnement des et aux soins palliatifs » et prévoit la création de « maisons d'accompagnement et de soins palliatifs », Proposition de loi n° 121, votée par l'Assemblée Nationale le 27 mai 2025.

<sup>12</sup> L'accompagnement est ici envisagé dans un cadre professionnel (par exemple, selon l'article 495-6 du Code civil, seul un mandataire judiciaire à la protection des majeurs peut exercer une mesure d'accompagnement judiciaire). Cela n'exclut pas que les familles aient un rôle d'accompagnant, ce qui pose d'autres enjeux que ceux étudiés dans ces quelques pages.

<sup>13</sup> T. BIERLA, E. LEWCZYK-KULINSKI, M.-L. TIERS, « Le juste accompagnement du sujet porteur de handicap dans l'appropriation de sa nouvelle vie », in N. W. HESBEEN, (coord), *Inclusion, exclusion et vulnérabilités dans les établissements de soins et médico-sociaux. Quelle éthique pour un juste accompagnement ?*, Seli Arslan, 2024, spéc. p. 48.

<sup>14</sup> A. CARON-DÉGLISE, E. PECQUEUR, Th. VERHEYDE, « Capacité et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », *D.* 17/2016, p. 958-963.

<sup>15</sup> H. FULCHIRON (dir.), « L'accompagnement des personnes majeures vulnérables, entre nécessité juridique et exigence éthique », *Dr. famille* 2017, dossier 17.

<sup>16</sup> A. CARON-DÉGLISE, Avocate générale à la Cour de cassation (dir.), *États généraux des maltraitances, Rapport de mission interministérielle, Penser les protections juridique et sociale à partir des droits des personnes les plus vulnérables à être entendues et soutenues dans une société solidaire*, juillet 2023.

sorte de face à face entre « être aux côtés de » propre à l'accompagnement et « avoir un pouvoir pour autrui » propre à la protection juridique. Pourtant l'accompagnement s'intègre bel et bien dans le domaine de cette protection juridique à la fois pour répondre à des besoins spécifiques et prendre place parmi les prérogatives tant de l'organe de protection que du majeur protégé. L'accompagnement a ainsi des fonctions bien déterminées à l'égard des personnes vulnérables supposant ainsi d'en comprendre le caractère original.

L'accompagnement des plus vulnérables lui confère avant tout une fonction en amont de la mesure de protection juridique (I). Lorsque la mesure de protection est nécessaire l'accompagnement répond à une fonction plus individualisante de la protection juridique (II).

## I.- La fonction de l'accompagnement en amont de la mesure de protection juridique

Les principes directeurs<sup>17</sup> applicables à la mesure de protection supposent qu'une mesure de protection judiciaire soit prononcée en cas de nécessité, par subsidiarité, de manière proportionnée et individualisée (art. 428 du Code civil). La nécessité conduit à prendre en compte l'impossibilité pour une personne à pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération des facultés mentales (ou de facultés corporelles empêchant l'expression de la volonté). Par la subsidiarité la mesure de protection exige que les autres voies d'aides aient été exploitées. L'accompagnement sera déterminant pour faire face aux difficultés sociales de la personne (A). Lorsque la mesure de protection juridique est inévitable cet accompagnement jouera alors un rôle au moment de l'évaluation situationnelle de la personne (B).

### A.- L'accompagnement pour faire face aux difficultés sociales d'une personne

La vulnérabilité d'une personne peut provoquer des difficultés sociales et, réciproquement, celles-ci sont l'un des marqueurs de la vulnérabilité. Il convient alors d'articuler au mieux les engagements de solidarité, de protection des personnes tout en préservant leur capacité juridique. D'ailleurs, la Convention internationale des droits des personnes handicapées notamment en son article 12<sup>18</sup> et, encore plus, les travaux de suivi de l'effectivité de ladite convention par le comité des droits, protège avec vigueur la capacité des personnes handicapées visant même la personnalité juridique dans des conditions d'égalité avec les autres.

Ainsi lorsqu'une personne éprouve des difficultés, le besoin d'une aide ne se traduit donc pas a priori et en première intention par une mesure de protection. Les mesures sociales sont très variées allant de l'aide à la complétude d'un dossier jusqu'à l'accompagnement pour mobiliser les droits des personnes ; l'enjeu étant d'éviter le non-recours aux droits<sup>19</sup>. Ces interventions ne modifient en rien la capacité juridique de la personne.

Concrètement, en droit français, cela conduisit à la suppression des mesures de protection pour oisiveté, intempérance ou prodigalité (mesure qui existait sous l'égide de l'ancien article 488 du Code civil)<sup>20</sup> qui pouvaient être un cadre juridique utilisé pour un soutien social. En réciprocité, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 donne un nouveau visage aux « tutelles aux prestations sociales » par la mise en place de la mesure d'accompagnement social personnalisé (articles L. 271-1 et s. CASF). Cette mesure a une double finalité, aider à la gestion des prestations sociales et permettre à la personne de recouvrer son autonomie d'administration patrimoniale. Cette mesure est totalement dans le sens donné à une intervention sociale, l'intervention du professionnel de l'accompagnement social assurant la coordination des

<sup>17</sup> Th. FOSSIER, A. BATTEUR, A. CARON-DÉGLISE, M.-C. DALLE, L. PÉCAUT-RIVOLIER, T. VERHEYDE, *Curatelle, Tutelle, Accompagnements Protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, préf. P. CATALA, Litec, coll. « Litecprofessionnels, droit civil », 2009, n° 12 et s. ; J. DUGNE, *La vulnérabilité de la personne majeure*, Préf. F. VIALLA, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 216, 2022.

<sup>18</sup> C. KLIPFEL, « Réflexions sur la protection internationale de l'autonomie de la personne vulnérable dans le cadre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », dossier *Penser le droit des majeurs vulnérables*, *Sorbonne Law Review* 2024, p. 27-33.

<sup>19</sup> Ph. WARIN, *Agir contre le non-recours aux droits sociaux : Scènes et enjeux politiques*, PUG, 2019.

<sup>20</sup> L. MAUGER-VIELPEAU, « Le retour du prodigue », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2008, n° 36, Étude 1269 ; CEDH 6 juillet 2023, n° 46412/21, *Dr. famille* n° 11, novembre 2023, comm. 158, note L. MAUGER-VIELPEAU.

acteurs et la participation et la maîtrise juridique des actes par la personne accompagnée<sup>21</sup>.

Lorsque la mesure d'accompagnement social personnalisé ne permet plus de remplir sa mission, le procureur de la République en est informé par le professionnel. Ainsi l'article L. 271-6 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que « l'évaluation de la situation sociale et pécuniaire de la personne ainsi qu'un bilan des actions personnalisées menées auprès d'elle en application des articles L. 271-1 à L. 271-5 CASF. Il joint à ce rapport, sous pli cacheté, les informations dont il dispose sur la situation médicale du bénéficiaire. Si, au vu de ces éléments, le procureur de la République saisit le juge des tutelles aux fins du prononcé d'une sauvegarde de justice ou de l'ouverture d'une curatelle, d'une tutelle ou d'une mesure d'accompagnement judiciaire, il en informe le président du conseil départemental. ». L'accompagnement sera judiciairisé par la mesure d'accompagnement judiciaire (articles 495 et s. du Code civil). Les liens entre la disposition sociale et l'intervention judiciaire se font par cette passerelle entre le Code de l'action sociale et des familles et le Code civil. Le régime juridique de la mesure d'accompagnement judiciaire reste très protecteur de la capacité juridique visant expressément le maintien de celle-ci à l'article 495-3 du Code civil. Pourtant ce maintien est sous réserve des pouvoirs conférés au mandataire judiciaire à la protection des majeurs, nommés à l'article 495-7 du même code. Le mandataire aura le même pouvoir sur les prestations sociales que le curateur en curatelle renforcée, donc un pouvoir de représentation. Cette spécificité la distingue sensiblement de la mesure d'accompagnement social personnalisé et l'intègre déjà, par ce pouvoir conféré au mandataire judiciaire à la protection des majeurs, dans le socle des mesures de protection juridique<sup>22</sup>.

La mesure d'accompagnement judiciaire sort du giron de l'accompagnement social mais pourrait être un premier degré d'intervention de la protection juridique. Or l'article 428 du Code civil n'y fait pas référence parce que la mesure d'accompagnement judiciaire n'est envisageable que s'il

existe au préalable une mesure d'accompagnement social personnalisé, primeur est donné à l'intervention sociale dans ce cas de figure. Il y aurait là matière à évolution afin de favoriser encore plus l'accompagnement dans la protection juridique. Quoi qu'il en soit, lorsque cette protection juridique devient inévitable le fil n'est pas rompu avec l'accompagnement social qui sera primordial pour évaluer la situation de la personne lors de la demande de protection juridique.

### *B.- L'accompagnement pour évaluer la situation au moment de la demande de protection juridique*

La demande de protection juridique repose sur une évaluation avant tout médicale attestée par un certificat médical circonstancié<sup>23</sup>. Mais à ce stade de la demande il appartient aussi au requérant de fournir tous les éléments nécessaires à l'évaluation de la situation, les documents fournis par les tribunaux pour réaliser la requête l'y invitent<sup>24</sup>.

Surtout l'évaluation sociale a été introduite dans la procédure de demande de mesure de protection lorsqu'un professionnel réalise un signalement auprès du procureur de la République. Ainsi depuis la loi 2029-222 du 23 mars 2019 qui a modifié parmi d'autres intentions le droit des majeurs protégés l'article 431 alinéa 3 du Code civil prévoit expressément que : « [l]orsque le procureur de la République est saisi par une personne autre que l'une de celles de l'entourage du majeur énumérées au premier alinéa de l'article 430, la requête transmise au juge des tutelles comporte en outre, à peine d'irrecevabilité, les informations dont cette personne

<sup>21</sup> N. PÉTERKA, A. CARON-DÉGLISE, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz, 2024-2025, notamment n° 421-11 et s. Pourtant alors même que ce dispositif permet une conciliation intéressante, il reste sous utilisé, cf. sur ce point DRESS, *Études et Résultats, Mesure d'accompagnement social personnalisé : un dispositif qui peine à se développer*, août 2020, n° 1158.

<sup>22</sup> B. LAVAUD-LEGENDRE « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : la contradiction d'un "droit de la vulnérabilité" en construction », *RDSS* 3/2010, p. 520-543.

<sup>23</sup> cf. sur les modalités d'application de cette exigence, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 avril 2017, pourvoi n° 16-17.672, lequel précise dans un attendu de principe que « selon ce texte [article 431 du Code civil], la demande d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire doit, à peine d'irrecevabilité, être accompagnée d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République ; qu'au sens de ce texte, le certificat circonstancié peut être établi sur pièces médicales, en cas de carence de l'intéressé. »

<sup>24</sup> L'article 1238-1 du Code de procédure civile précise : « La requête aux fins de protection d'un majeur prévue à l'article 1218 mentionne également les personnes appartenant à l'entourage du majeur à protéger énumérées au premier alinéa de l'article 430 et à l'article 494-1 du code civil ainsi que le nom de son médecin traitant, si son existence est connue du requérant. Celui-ci précise, dans la mesure du possible, les éléments concernant la situation familiale, sociale, financière et patrimoniale du majeur, ainsi que tout autre élément, relatif notamment à son autonomie. »



dispose sur la situation sociale et pécuniaire de la personne qu'il y a lieu de protéger et l'évaluation de son autonomie ainsi que, le cas échéant, un bilan des actions personnalisées menées auprès d'elle. La nature et les modalités de recueil des informations sont définies par voie réglementaire. Le procureur de la République peut solliciter du tiers qui l'a saisi des informations complémentaires. ». De plus, le juge des contentieux de la protection en sa qualité de juge des tutelles pourra aussi ordonner toute mesure d'instruction notamment envisager une enquête sociale.

Tous ces éléments transmis au juge lui permettront d'évaluer la nécessité de la mesure car, répétons-le, même s'il y a une altération des facultés les besoins de la personne ne peuvent qu'être sociaux et être assumés par les mesures d'accompagnement sociales. Si la mesure est inévitable, elle permettra de déterminer quel degré de protection doit être envisagé. Ces éléments de synthèse deviennent nécessaires même si des progrès restent à faire pour donner une dimension plus pluridisciplinaire et multidimensionnelle<sup>25</sup>. Ainsi même lorsqu'il y a une mesure de protection, l'accompagnement ne disparaît pas. Il acquiert des fonctions spécifiques dans une logique plus individualisante.

## II.- La fonction de l'accompagnement plus individualisante de la mesure de protection.

L'accompagnement est toujours au cœur des principes directeurs de la mesure de protection permettant à ce second stade lorsque la mesure est mise en œuvre, de favoriser l'individualisation et la proportionnalité dans l'exercice de la mesure de protection (A). Il s'agit dans ces modalités de rechercher le plus possible l'expression de volonté de la personne et d'assurer le plus longtemps possible son autonomie. L'accompagnement participe à cet équilibre et aura une place particulière par rapport au mandat confié à l'organe de protection (B).

### *A.- Favoriser la proportionnalité et l'individualisation dans l'exercice de la mesure de protection.*

En premier lieu, l'accompagnement rend effectif la proportionnalité et l'individualisation qui sont au cœur de la mesure de protection. Cette proportionnalité vise à choisir la mesure de protection la plus adaptée supposant ainsi que le juge s'interroge sur les mesures les moins contraignantes avant d'envisager celles plus attentatoires à la capacité juridique de la personne<sup>26</sup>. Il s'agit aussi de faire vivre cette proportionnalité pendant la mesure. Ainsi lorsque l'article L. 471-1 du code de l'action sociale et des familles précise que « la mission d'accompagnement des mandataires judiciaires à la protection des majeurs s'exerce sans préjudice de l'accompagnement social auquel la personne protégée peut avoir droit [...] », il en ressort deux éléments.

D'une part, les acteurs sociaux doivent se mobiliser pour les majeurs protégés et continuer à agir dans leur périmètre d'action sans faire reposer les actions sur l'organe de protection. D'autre part, il s'agit de prendre en compte l'autonomie de la personne pouvant réaliser des démarches auprès des services sanitaires, sociaux et médico-sociaux alors même qu'elle bénéficie d'une mesure de protection. Concrètement pour les personnes ayant une mesure d'assistance, leur niveau d'autonomie est réel et permet d'être indépendant sur la gestion courante de leur vie personnelle, financière et administrative. Dans ce mouvement de proportionnalité, en matière de protection à la personne, l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 a pu harmoniser le plus possible le Code civil, le Code de l'action sociale et des familles et le Code de la santé publique en précisant que les organes de protection dans les domaines personnelles visés par l'article 459-1 du Code civil n'interviennent que lorsque la mesure de protection

<sup>25</sup> N. PÉTERKA, A. CARON-DÉGLISE, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz, 2024-2025, notamment n° 211-14, p. 317 ; A. CARON-DÉGLISE, Avocate générale à la Cour de cassation (dir.), *Op. cit.*

<sup>26</sup> L'article 440 du Code civil exprime clairement cette gradation entre les mesures de protection : « La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle. La curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante. La personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle.

La tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante. »

prévoit une protection à la personne avec représentation<sup>27</sup>. L'accompagnement reste et doit rester une réalité pour les personnes protégées sans que les organes de protection portent toutes les démarches, ce qui est une invite pour les personnes protégées à garder cette autonomie mais aussi pour les partenaires-acteurs de santé et sociaux à ne pas ignorer la place des majeurs protégés<sup>28</sup>.

En second lieu, l'individualisation sera possible si un lien est créé avec le majeur protégé. Une telle affirmation semble évidente et peut étonner. Mais les mesures de protection peuvent être exercées très différemment selon l'organe de protection. La différence peut être très nette entre un protecteur familial et un protecteur professionnel ou même entre professionnels. Les travaux menés par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sur les principes éthiques de la profession visent des engagements comme « Informer-Communiquer-Dialoguer ; Evaluer-Analyser-Apprécier ; Assister-Représenter ; Rendre compte-Saisir-Alerter. ». Ceci participe à la construction de cette posture professionnelle dans la singularité de chaque personne<sup>29</sup>. L'accompagnement est en filigrane de toutes ces dispositions.

Ces orientations permettent de retrouver l'écoute active, la prise en compte de la temporalité de la personne ou encore l'appréciation des volontés exprimées par la personne. Et lorsque cette volonté est inexprimable, l'intérêt de la personne prime<sup>30</sup>. Envisager l'exercice des pouvoirs conférés par la mesure de protection par le biais d'une réflexion éthique permet de répondre aux tensions éthiques qui ne manquent pas d'intervenir dans l'exercice de la mesure de protection, tensions telles qu'entre sécurité et liberté ou encore

l'appréciation du risque et du danger<sup>31</sup>. Cette tension est aussi palpable entre le pouvoir conféré à l'organe de protection (qui peut aller jusqu'à une substitution) et la place du majeur protégé. Leur relation est ici en jeu, l'accompagnement aura aussi une fonction à jouer.

### *B.- L'accompagnement dans une relation symétrique entre l'organe de protection et le majeur protégé.*

Lorsqu'une mesure de protection juridique est prononcée un pouvoir<sup>32</sup> est transféré judiciairement ou contractuellement à l'organe de protection. L'accompagnement des personnes s'insère dans les modalités d'agir pour la protection juridique, entre l'assistance et la représentation. Ce pouvoir inhérent à la mesure est précisément dans cette logique de protection, il est considéré comme légitime par notre système normatif et les discussions autour de l'article 12 de la Convention internationale des droits des personnes handicapées portent précisément les débats autour des risques d'emprise et de domination dans l'exercice de la mesure de protection. Si les enjeux de pouvoir sont aussi envisagés par les conflits d'intérêts<sup>33</sup>, il faut aller au-delà et prendre en considération la qualité de la relation entre l'organe de protection et le majeur protégé. L'accompagnement pourra être un élément d'équilibre.

Intrinsèquement dans les relations entre le majeur et l'organe de protection, l'accompagnement est déterminé par la confiance : confiance en la personne qui aide l'autre car cela va supposer que l'aidé dévoile volontairement ou non des éléments de vie le concernant ; confiance de l'aidant pour la réalisation des actes, en ces capacités. Par une telle posture, la relation devient symétrique, fondée sur l'écoute et la confiance entre les personnes alors que l'assistance et la

<sup>27</sup> G. RAOUL-CORMEIL « Les distorsions entre la théorie et la pratique du droit des majeurs protégés », *JCP G* 2019, étude n° 5 ; S. MOISDON-CHATAIGNER, « Quelles avancées juridiques pour les décisions médicales et sociales des personnes vulnérables ? Analyse de l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 », *RJPF* 2020/5, p. 11-14.

<sup>28</sup> Cf. I. MARIA, A. GAUTHIER, *Le (s) temps dans la protection juridique des majeurs*, IFJD, coll. « Colloques & Essais », 2025 et notamment A. RODRIGUES, « Faire le vide, pas à pas – Madame P », p. 149-151.

<sup>29</sup> Ministère de la justice, Ministère des Solidarités et de la Santé et les fédérations et unions tutélaires (FNMJI, FNAT, UNAF, UNAPEI, CERFRAS, ANMJPM, ANDP), *Repères pour une réflexion éthique des mandataires judiciaires à la protection des majeurs*, 2021 ; Recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité en Santé, *Accompagner la personne nécessitant une mesure de protection juridique*, 2024.

<sup>30</sup> K. LEFEUVRE et S. MOISDON-CHATAIGNER (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables, L'intérêt de la personne protégée*, Préface J. TOUBON (Défenseur des droits), Presses EHESP, 2017.

<sup>31</sup> Cf. F. GZIL, PH. CAMBERLEIN, A.-C. CLAUSE-VERDREAU, M. MAGLIO, C. NIEUWJAER, *L'éthique dans les établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux, Espace Éthique Région Ile-de-France*, Dunod, 2025.

<sup>32</sup> Ce pouvoir renvoie à une prérogative juridique, une aptitude à exercer « les droits d'autrui et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue », cf. v° « Pouvoir », in G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 15<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Quadrige », 2024.

<sup>33</sup> Th. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Préf. C. ALLEAUME, Insitut Universitaire Varennes, coll. des thèses, n° 104, 2014.

représentation donnent du pouvoir à l'organe de protection s'inscrivent dans une relation asymétrique. Or la relation à l'autre dépend largement de la perception de ce pouvoir donné à l'organe de protection. L'accompagnement implique ainsi une relation entre les personnes, une posture d'écoute qui sera de même teneur et donc de même valeur<sup>34</sup>.

Extrinsèquement dans les relations avec les tiers, envisager une place à l'accompagnement rend effectif la place de chacun dans la protection juridique. Cela suppose que les organes de protection eux-mêmes et que les partenaires des organes de protection soient dans cette logique de donner une place à l'accompagnement. L'organe de protection sera plutôt un coordinateur. Les travaux préparatoires de La loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 « portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie » fait ainsi référence à l'approche globale que l'organe de protection doit avoir de la mesure comme on peut l'avoir dans un accompagnement social en plaçant la personne étant au cœur du dispositif.

Parler ainsi d'accompagnement dans les mesures de protection juridique est une manière de quitter la verticalité de la protection où la personne était objet de protection pour s'orienter vers plus de transversalité où elle est sujet au cœur de cette protection.

<sup>34</sup> H.-J. STIKER, J. PUIG et O. HUET, « L'accompagnement : approche et repérage » ; in H.-J. STIKER, J. PUIG et O. HUET (dir.), *Handicap et accompagnement : Nouvelles attentes, nouvelles pratiques*, 2014, Dunod, p. 5-26.





# Le notaire et la protection des majeurs vulnérables

## *Les enseignements des droits belge et allemand*

Nathalie BAILLON-WIRTZ

*Professeure à l'Université de Reims Champagne-Ardenne*

### 1. Une double convergence des droits belge et allemand.

Les droits allemand et belge offrent un terrain d'observation privilégié pour comprendre l'évolution contemporaine des régimes de protection des majeurs vulnérables<sup>1</sup>. Tous deux ont entrepris, à des rythmes différents, une refonte profonde de leurs dispositifs. La comparaison fait apparaître deux points de convergence majeurs : d'une part, l'unification des régimes de protection autour d'une mesure judiciaire unique, articulée à une mesure conventionnelle d'anticipation ; d'autre part, la consécration de la capacité juridique comme principe fondamental, l'incapacité ne constituant qu'une exception strictement encadrée.

**2. Les réformes outre-Rhin : de l'incapacité à l'assistance.** En Allemagne, ce mouvement s'enracine dans la loi du 12 septembre 1990<sup>2</sup>, texte fondateur qui a substitué au morcellement des anciens régimes d'incapacité une mesure judiciaire unique d'assistance (*Betreuung*). Inspirée par la Loi fondamentale, et plus particulièrement par le principe de dignité de la personne, le droit à l'intégrité physique et le libre épanouissement de la personnalité<sup>3</sup>, cette réforme a érigé en priorité la préservation du bien-être et de l'autonomie individuelle. Elle a surtout marqué un refus clair des mesures standardisées et incapacitantes, en instituant un régime unique de protection sans incidence automatique sur la capacité juridique. L'étendue de la mesure dépend ainsi, conformément aux principes de nécessité et de proportionnalité, de

la situation concrète de la personne concernée<sup>4</sup>. Le droit à l'autodétermination y occupe désormais une place centrale. La récente réforme issue de la loi du 4 mai 2021, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023<sup>5</sup>, est venue renforcer encore cette orientation en affermissant le rôle de la volonté individuelle dans toute décision de protection.

**3. Le mandat de protection future allemand.** À côté de cette mesure judiciaire, le législateur allemand a reconnu, dès la loi du 25 juin 1998<sup>6</sup>, un instrument d'anticipation de la vulnérabilité : le *Vorsorgevollmacht*, généralement traduit par « mandat de protection ». Ce mandat permet à toute personne d'organiser sa propre représentation pour le jour où elle ne serait plus en mesure d'exprimer sa volonté. Lorsqu'un tel mandat existe, le juge n'a pas, en principe, à ouvrir une mesure judiciaire.

**4. La réforme belge.** La Belgique a engagé plus tardivement sa réforme, mais selon une logique comparable. La loi du 17 mars 2013<sup>7</sup>, complétée par celle du 21 décembre 2018<sup>8</sup>, a procédé à une refonte d'ensemble du droit de la protection des majeurs, en s'inspirant explicitement de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, ratifiée par la Belgique le 2 juillet 2009. Le législateur belge a souhaité dépasser la vision strictement patrimoniale de la protection pour y intégrer les dimensions personnelles et relationnelles de la vie du majeur. Il a également modernisé la terminologie,

<sup>1</sup> N. BAILLON-WIRTZ, « La mesure judiciaire unique en Allemagne et en Belgique : un modèle pour le droit français ? », in *Majeurs protégés : bilan et perspectives, De la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?*, ss. la dir. de G. RAOUL-CORMEIL, M. REBOURG et I. MARIA, Lexis Nexis, 2020, p. 227.

<sup>2</sup> *Gesetz zur Reform des Rechtes der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1992.

<sup>3</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949.

<sup>4</sup> N. BAILLON-WIRTZ, « Le droit allemand de la protection des majeurs : un exemple à suivre ? », in *La vie privée de la personne protégée, in memoriam Thierry Verheyde*, ss. la coord. de G. RAOUL-CORMEIL et A. CARON-DÉGLISE, Éd. Mare et Martin, 2019, p. 124.

<sup>5</sup> *Gesetz zur Reform des Vormundschaft- und Betreuungsrechts*.

<sup>6</sup> *Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999.

<sup>7</sup> Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.

<sup>8</sup> Loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice.

revalorisé la fonction de la personne de confiance et affirmé la nécessité d'associer le majeur protégé à la décision qui le concerne. Le système issu de cette réforme repose sur une mesure judiciaire unique, adaptée aux circonstances de l'espèce, et sur un régime de protection extrajudiciaire, le « mandat extrajudiciaire », qui prime sur la mesure judiciaire lorsqu'il a été conclu.

**5. Un engouement mesurable : les chiffres de l'anticipation.** Cette dynamique d'anticipation s'accompagne d'un fort engouement pour les dispositions volontaires, mesurable à la densité des chiffres d'enregistrement. En Belgique, on estime que près de 500 000 personnes ont déjà établi un mandat depuis 2014. En 2024, le registre national des contrats de mandat (CRL) recensait 122 734 mandats enregistrés sur l'année, dont près de neuf sur dix avaient été signés en Flandre – signe d'une culture juridique plus prévoyante, mais aussi d'un niveau d'information et de patrimoine plus élevé que dans les autres régions<sup>9</sup>. En Allemagne, les chiffres sont encore plus impressionnants : au 30 septembre 2023, plus de 6,7 millions de dispositions volontaires étaient enregistrées<sup>10</sup>, dont environ 390 000 pour la seule année 2024<sup>11</sup>. Ces chiffres incluent non seulement les mandats de protection, mais aussi les directives médicales<sup>12</sup>, les dispositions anticipées pour le cas d'une mesure judiciaire<sup>13</sup> et, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2023, les oppositions au droit de représentation d'urgence du conjoint en cas d'hospitalisation<sup>14</sup>.

Ces données témoignent d'une véritable culture de l'anticipation, que le droit français peine à développer.

**6. Capacité juridique.** Le second point commun entre les deux systèmes allemand et belge réside dans la conception même de la capacité juridique. L'une des caractéristiques majeures des deux régimes est en effet l'absence d'effet automatique de la mesure judiciaire sur la capacité d'exercice. La personne protégée demeure, en principe, pleinement capable de conclure seule des actes juridiques, sauf disposition contraire. En résumé, la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Concernant le mandat, le mandant conserve lui-même sa capacité d'agir : la protection ne se substitue pas à la liberté, elle l'encadre pour la rendre effective.

**7. Quelle place pour le notaire ?** Reste à s'interroger sur la place du notaire dans ces dispositifs. Contrairement à la France, où le mouvement de déjudiciarisation a renforcé son rôle, ni le Code civil belge ni le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) allemand ne lui confèrent une position centrale dans la protection des majeurs. Le terme « notaire » y apparaît rarement, ce qui reflète une conception différente du partage des compétences. Plusieurs facteurs l'expliquent : en Allemagne, la présence d'un maillage dense de juridictions – près de 637 tribunaux (*Amtsgerichte*)<sup>15</sup> – permet d'assurer un suivi des mesures sans transfert de mission vers les notaires. En Belgique, la répartition régionale du notariat et la coexistence de trois espaces juridiques – flamand, wallon et bruxellois – assignent au notaire une fonction de conseil et d'accompagnement, sans empiéter sur le domaine juridictionnel. Cette position contraste avec celle du notaire français, que les lois successives de modernisation et de déjudiciarisation du droit ont progressivement investi d'attributions empruntées à la sphère judiciaire, au point d'en faire un auxiliaire de justice, sinon un substitut du juge.

**8. Le paradoxe français : un retard en matière conventionnelle.** Toutefois, ce renforcement du rôle du notaire dans la protection judiciaire contraste avec sa position plus discrète en matière de protection conventionnelle. Alors que les droits belge et allemand ont placé le notaire au cœur de l'anticipation de la vulnérabilité, le droit français demeure hésitant. Le mandat de protection future, malgré son potentiel, reste sous-utilisé, faute d'un cadre suffisamment incitatif. L'absence, jusqu'à très récemment, d'un registre des mandats de protection future constituait un handicap

<sup>9</sup> Chiffres de la Fédération du Notariat (Fednot).

<sup>10</sup> ZVR-Statistik 2023, Zentrales Vorsorgeregister, Bundesnotarkammer.

<sup>11</sup> ZVR-Statistik 2023 : sur les 390 000 actes enregistrés au 31 décembre 2024, 360 000 contiennent un mandat de protection, 320 000 une désignation anticipée de l'assistant, 261 000 des directives médicales anticipées et près de 7000 une opposition à la représentation du conjoint hospitalisé.

<sup>12</sup> « Patientenverfügung », V. *infra*.

<sup>13</sup> « Betreuungsverfügung », V. *infra*.

<sup>14</sup> En vertu du § 1358 BGB, le conjoint a le droit de représenter en urgence l'autre en matière de santé dès lors que ce dernier est hospitalisé ou incapable d'exprimer sa volonté, tant qu'il n'existe pas de mandat de protection, de désignation anticipée d'un assistant ou de directives anticipées médicales. Ce droit a une durée limitée à six mois et ne peut être exercé si le conjoint malade a préalablement exprimé son opposition à une telle représentation. Cette opposition peut être inscrite au registre central des dispositions anticipées (« Zentrales Vorsorgeregister »).

<sup>15</sup> Übersicht der Gerichte des Bundes und der Länder, Bundesamt für Justiz, 1<sup>er</sup> août 2023.

structurel majeur. Le décret du 16 novembre 2024<sup>16</sup> a certes institué un tel registre, mais faute d'arrêté d'application, celui-ci n'est toujours pas opérationnel et le notaire, qui dresse pourtant près de 90 % des mandats<sup>17</sup>, est étonnamment laissé à la marge du dispositif. Cette situation illustre les hésitations du législateur français et le décalage persistant avec les systèmes belge et allemand, qui disposent depuis près de deux décennies d'une infrastructure de publicité pleinement fonctionnelle avec l'aide de la profession notariale<sup>18</sup>.

**9. L'objet de la comparaison.** C'est précisément sur le terrain de la protection conventionnelle que la comparaison des trois droits s'avère la plus instructive. Comment le notaire intervient-il dans l'établissement, la publicité et le contrôle du mandat de protection future ? Quels enseignements le droit français peut-il tirer des modèles belge et allemand ? Telles sont les questions qui guideront la présente étude.

Il convient dès lors de préciser d'emblée les limites de cette contribution. Nous n'aborderons pas ici le rôle du notaire instrumentaire d'un acte conclu par une personne protégée ou par une personne atteinte de troubles cognitifs, problématique qui nécessiterait à elle seule un développement d'envergure. La vérification du discernement et de la capacité au moment de la signature d'un acte, si elle constitue une mission essentielle du notaire, relève d'une logique distincte de celle de l'organisation anticipée de la protection juridique. De même, nous ne traiterons pas du contrôle des comptes de gestion dans le cadre de la protection judiciaire, tel qu'instauré par la loi du 23 mars 2019, qui confère au notaire français une mission spécifique de « professionnel qualifié ». Ce mécanisme, propre à la protection judiciaire, obéit à des règles et à une finalité différentes de celles qui gouvernent la protection conventionnelle. Notre propos se concentrera donc exclusivement sur le rôle du notaire dans l'anticipation de la vulnérabilité par des instruments conventionnels : le mandat de protection future et les désignations anticipées.

**10.** L'étude suivra un cheminement en trois mouvements. Elle s'attachera d'abord à éclairer le rôle du notaire dans l'organisation de la protection juridique, qu'il s'agisse de la

rédaction du mandat de protection ou des mécanismes de désignations anticipées (I). Elle portera ensuite son attention sur l'enregistrement et la publicité des mesures, maillon essentiel de leur effectivité et de leur reconnaissance (II). Enfin, elle s'interrogera sur les formes de contrôle propres à la protection conventionnelle et sur la place singulière qu'y occupe le notaire dans chacun des systèmes juridiques (III).

## I. Le notaire et l'organisation de la protection anticipée

**11. Une double dimension de l'anticipation.** Les deux systèmes ici comparés reconnaissent à toute personne la possibilité d'organiser de manière anticipée sa protection future selon deux modalités complémentaires. D'une part, le mandat de protection permet de désigner un mandataire qui sera chargé de la représenter ou de l'assister dans la gestion de ses biens et, le cas échéant, dans les décisions relatives à sa personne, lorsqu'elle ne sera plus en mesure d'exprimer sa volonté. D'autre part, des mécanismes permettent d'identifier à l'avance celui ou celle qui devrait être désigné comme assistant ou administrateur si une mesure de protection judiciaire devait être ouverte. Il est aussi d'usage en Allemagne d'insérer au sein du mandat de protection des directives médicales anticipées, notamment pour la fin de vie (*Patientenverfügung*), organisant de manière globale l'ensemble des aspects de la vulnérabilité. Dans ces deux dimensions – mandat et désignations anticipées –, le notaire occupe une place variable selon les systèmes, tantôt centrale, tantôt marginale, révélant des conceptions divergentes du formalisme et du rôle de l'anticipation dans l'architecture d'ensemble de la protection des majeurs vulnérables. Nous examinerons successivement le rôle du notaire dans la rédaction du mandat (A) puis des désignations anticipées (B).

### A. Le mandat

**12.** Le notaire occupe une place centrale dans l'établissement du mandat de protection ou mandat extrajudiciaire, tant en Belgique qu'en Allemagne.

**13. La prééminence de fait de l'acte notarié.** En droit belge, le mandat peut certes être conclu sous seing privé, mais

<sup>16</sup> Décret n° 2024-1032, 16 nov. 2024 relatif au registre des mandats de protection future, JO n° 0272, 17 nov. 2024.

<sup>17</sup> Selon les chiffres de l'Institut d'études juridiques du Conseil supérieur du notariat, in *Lever les freins au développement du mandat de protection future : les propositions du notariat*, oct. 2022, p. 20.

<sup>18</sup> V. *infra*.

la forme notariée s'impose largement. Cette prééminence de fait devient une obligation juridique lorsque le mandant donne au mandataire le pouvoir de conclure en son nom des actes solennels, telle la vente d'un immeuble<sup>19</sup>. Le recours à l'acte authentique présente tous les avantages classiques : force probante, conservation sécurisée, date certaine permettant d'apprécier l'intégrité du consentement au moment précis de la conclusion du mandat. Depuis 2019, le mandat peut couvrir non seulement les actes de gestion des biens, mais également les actes de représentation relatifs à la personne. Le coût de l'acte varie entre 200 et 500 euros, auxquels s'ajoutent divers frais dont ceux couvrant son enregistrement sur le registre spécial<sup>20</sup>. Tout cela explique que la grande majorité des mandats belges revêtent aujourd'hui la forme notariée.

**14.** Si le droit allemand proclame la liberté de forme du mandat qui peut, comme en France et en Belgique, être établi sous seing privé ou par acte notarié, la pratique, notamment bancaire, impose toutefois le recours à l'acte authentique. De nombreuses banques refusent en effet de donner effet aux mandats sous seing privé dont la signature des parties n'aurait pas été authentifiée, obligeant ainsi le mandant à multiplier les procurations s'il dispose de comptes dans différents établissements. Par ailleurs, l'intervention du notaire devient obligatoire lorsque le mandataire est autorisé en vertu du mandat à disposer de biens immobiliers. L'établissement de l'acte notarié est alors tarifé sur la base de la valeur globale du patrimoine du mandant, ce qui peut représenter un coût significatif pour les patrimoines importants, mais garantit au notaire une rémunération proportionnée à l'enjeu.

**15.** D'une durée indéterminée mais toujours révocable, le mandat de droit allemand détermine l'étendue des pouvoirs du mandataire : gestion de tout ou partie du patrimoine et/ou représentation du mandant pour les aspects personnels et médicaux. Contrairement au droit français, la forme du mandat ne commande pas, sauf exceptions, l'ampleur de sa mission. L'acte confère dans tous les cas un pouvoir de représentation et régit les relations externes (« *Außenverhältnis* ») entre le mandataire et les tiers (administrations, professionnels de santé, compagnies d'assurance, établissements bancaires, etc.) ainsi que les relations internes (« *Innenverhältnis* »)

entre le représenté et le représentant. Cette séparation entre rapports internes et rapports externes est courante et permet de délimiter expressément et en détail les missions du mandataire.

#### **16. Un modèle français hybride, source d'incertitudes.**

Comparé aux droits allemand et belge, le dispositif français du mandat de protection future souffre d'une architecture hybride peu lisible. La réforme de 2007 a en effet retenu un formalisme dual : d'un côté, le mandat sous seing privé réservé aux actes conservatoires et d'administration (C. civ., art. 493<sup>21</sup>) ; de l'autre, le mandat notarié qui peut inclure tous les actes patrimoniaux, dont les actes de disposition (C. civ., art. 490). Présenté comme une manière d'offrir au futur mandant un choix proportionné, cette dualité a paradoxalement contribué à brouiller les repères et entretient encore une confusion entre les compétences accordées au mandataire selon la forme retenue.

Cette insécurité se manifeste particulièrement dans l'usage du mandat sous seing privé. Si sa simplicité apparente (notamment avec l'imprimé *Cerfa*) et son faible coût peuvent séduire, il n'offre aucune garantie équivalente à celle de l'acte authentique, tant en matière de vérification du consentement que de conservation de l'acte. Surtout, la frontière – déjà délicate – entre actes d'administration et actes de disposition suscite des incertitudes qui fragilise la mise en œuvre et la sécurité du dispositif.

### *B. Les désignations anticipées*

**17.** – Au-delà de la simple rédaction du mandat, les droits belge et allemand offrent des instruments complémentaires qui permettent d'anticiper de manière globale la vulnérabilité, instruments dans lesquels le notaire joue un rôle déterminant.

**18. La déclaration de préférence belge.** Le droit belge prévoit ainsi la possibilité d'établir une déclaration de préférence, par acte notarié ou au greffe du tribunal de paix. Cette déclaration permet de désigner par avance la personne que l'on souhaiterait voir désignée par le juge comme administrateur des biens et/ou de la personne, en l'absence de

<sup>19</sup> N. DANDOY, « La protection juridique des majeurs vulnérables en droit belge », *Revue juridique de la Sorbonne*, IRJS, déc. 2024, n° 10, p. 83, spéc., p. 85.

<sup>20</sup> Soit 18,15 euros, TVA comprise.

<sup>21</sup> Ce qui oblige le mandataire, si l'accomplissement d'un acte qui est soumis à autorisation ou qui n'est pas prévu par le mandat s'avère nécessaire, à saisir le juge pour le voir ordonner : C. civ., art. 493, al. 2.



mandat extrajudiciaire. Bien que non contraignante pour le juge, elle constitue un indicateur précieux de la volonté de la personne. Cette déclaration fait l'objet d'un enregistrement dans un registre dématérialisé spécifique, distinct du registre des mandats de protection extrajudiciaire, également géré par la Fédération du Notariat belge. Le juge de paix, avant de désigner un administrateur judiciaire, doit consulter ce registre et, dans la mesure du possible, respecter le choix exprimé par la personne si celui-ci est adéquat<sup>22</sup>.

**19. La personne de confiance : un contrôle interne.** Le droit belge valorise également la personne de confiance, qui peut être désignée soit dans le mandat lui-même, soit dans une déclaration dédiée. Cette personne veille à sauvegarder les intérêts de la personne protégée et exerce une surveillance complémentaire sur l'administrateur ou le mandataire. Le notaire, par son conseil, oriente le mandant vers ces dispositifs de contrôle interne qui renforcent la sécurité du mécanisme conventionnel. La personne de confiance n'a pas de pouvoir de représentation, mais elle dispose d'un droit d'information et peut alerter le juge de paix si elle estime que les intérêts du mandant ne sont pas ou plus suffisamment protégés.

**20. L'organisation anticipée de la mesure judiciaire en Allemagne.** Le droit allemand va plus loin encore avec la *Betreuungsverfügung*, organisation anticipée de la mesure d'assistance judiciaire. L'un des apports majeurs de la réforme de 1990 a été de traduire le droit à l'autodétermination par la possibilité d'organiser à l'avance la mesure judiciaire si elle devait s'ouvrir. Cette « assistance prévisionnelle » ne se limite pas à désigner l'assistant, comme le prévoit timidement le droit français depuis 2007, mais permet de déterminer largement le régime d'exercice de la mesure. L'auteur de l'acte peut définir les modalités touchant à sa santé, son cadre de vie ou à la gestion de son patrimoine : favoriser ou exclure un placement en établissement médicalisé préalablement identifié, désigner le médecin chargé de son suivi, déterminer les personnes avec lesquelles il souhaite maintenir des contacts réguliers. La forme est libre, mais l'établissement d'un acte notarié est recommandé. Le tribunal, comme l'assistant une fois désigné, doivent respecter ces choix s'ils ne sont pas contraires aux intérêts de la personne.

**21. Les directives médicales anticipées.** Il est aussi possible en Allemagne d'établir des directives médicales anticipées

(*Patientenverfügung*), souvent rédigées conjointement avec le mandat de protection et permettant d'exprimer ses volontés pour le cas où, inconsciente ou inapte, la personne ne pourrait plus le faire elle-même. Ces directives peuvent préciser les traitements que la personne accepte ou refuse, les conditions dans lesquelles elle souhaite ou non être maintenue en vie artificiellement, ou encore les soins palliatifs qu'elle privilégie. Le notaire allemand joue ici un rôle de conseil essentiel, en accompagnant la personne dans la réflexion sur ces questions et en veillant à ce que les directives soient rédigées de manière claire et conforme à la volonté réelle du mandant.

**22. Le retard français : une désignation anticipée peu utilisée.** La France, là encore, accuse un retard. Si l'article 448 du Code civil permet depuis 2007 de désigner par avance son curateur ou tuteur par déclaration spéciale devant notaire<sup>23</sup>, ce mécanisme reste peu utilisé et surtout encore trop peu articulé avec le mandat de protection future. La désignation anticipée reste méconnue du grand public et rarement mise en œuvre. Elle ne fait l'objet d'aucune publicité organisée, ce qui en limite considérablement la portée pratique puisque le juge n'a pas de moyen simple de vérifier l'existence d'une telle désignation avant de désigner un tuteur ou un curateur.

**23. La fragmentation des instruments d'anticipation français.** Par ailleurs, l'absence de vision globale de l'anticipation se traduit par une juxtaposition d'instruments – mandat de protection future, directives anticipées de fin de vie, désignation d'une personne de confiance, désignation anticipée d'un curateur ou d'un tuteur – qui ne forment pas un système cohérent. Ces dispositifs obéissent à des logiques différentes, relèvent de législations distinctes et ne s'articulent pas entre eux de manière harmonieuse. Une personne qui établit un mandat de protection future ne pense pas nécessairement à rédiger également des directives anticipées de fin de vie, et inversement. Cette fragmentation nuit à l'efficacité du dispositif d'anticipation et prive la personne vulnérable d'une protection d'ensemble cohérente.

Le notaire français, faute d'un cadre légal incitatif, ne peut dès lors jouer pleinement son rôle de conseil en matière de prévoyance de la vulnérabilité. Alors que le notaire belge ou allemand accompagne la personne dans une démarche d'anticipation globale, incluant la désignation du représentant

<sup>22</sup> Art. 496, ancien Code civil belge.

<sup>23</sup> Ou par un acte d'écrit en entier, daté et signé de la main du majeur concerné : CPC, art. 1255.

ou de l'assistant, la formulation de directives médicales et l'organisation de mesures de contrôle, le notaire français intervient dans un cadre plus restreint qui le cantonne en général à la sphère essentiellement patrimoniale.

## II. L'enregistrement et la publicité : le maillon essentiel

**24.** C'est sans doute sur la question de l'enregistrement et de la publicité des mandats que l'écart entre les systèmes allemand, belge et français se révèle le plus criant, et que le rôle du notaire apparaît dans toute sa dimension.

**25. L'enregistrement en Belgique : une condition de validité.** En Belgique, l'enregistrement constitue une condition de validité du mandat. Celui-ci doit être inscrit au registre central des contrats de mandat, géré par la Fédération Royale du Notariat (Fednot). L'enregistrement est effectué soit par le notaire qui a dressé l'acte, soit par le greffier de la justice de paix, dans un délai de quinze jours suivant la demande. Le registre centralise toutes les informations essentielles : identité du mandant, du mandataire, date de l'acte, modifications éventuelles. Le mandat se met en place sans l'intervention du juge de paix, mais celui-ci peut consulter le registre pour vérifier l'existence d'une protection conventionnelle avant d'envisager une mesure judiciaire, conformément au principe de subsidiarité. L'accès au registre est réservé aux notaires, aux juges de paix, au procureur du Roi dans l'exercice de leurs fonctions, et bien entendu au mandant lui-même. Le coût de l'enregistrement, modique (18,15 euros), et la gratuité de l'accès favorisent l'effectivité du système. Parallèlement existe un registre central des déclarations, qui recense les déclarations de préférence. Le notaire belge apparaît ainsi comme le relais institutionnel d'un système de publicité organisé, garant de la connaissance et de l'opposabilité des mandats.

**26. Le dispositif allemand : un enregistrement recommandé.** En Allemagne, l'enregistrement de l'existence du mandat n'est pas une condition de sa validité, mais il est fortement recommandé. Le registre central (*Zentrales Vorsorgeregister*), tenu par la *Bundesnotarkammer* (équivalent du Conseil supérieur du notariat français), ne conserve pas le mandat lui-même mais les données qu'il contient : identité

du mandant, du ou des mandataires, personne à contacter, lieu de conservation de l'acte, etc. En 2024, 83,3 % des enregistrements ont été effectués par un notaire, 4,2 % par un avocat, 8,2 % par le mandant lui-même<sup>24</sup>. La quasi-totalité des enregistrements (98,1 %) s'effectue en ligne. Le registre peut être consulté par les tribunaux, et depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2023, par les médecins. En 2024, 168 727 consultations ont été effectuées par les tribunaux<sup>25</sup> et 312 par les médecins. Ce système, souple et accessible, garantit l'opposabilité du mandat et facilite le travail du juge, qui peut vérifier l'existence d'une protection conventionnelle avant d'ordonner une mesure judiciaire d'assistance.

**27. L'efficacité du registre allemand.** L'efficacité du système allemand de publicité des mandats et dispositions anticipées repose sur plusieurs piliers. Premièrement, la simplicité et la rapidité de l'enregistrement en ligne encouragent les mandants et les professionnels à procéder systématiquement à cette formalité. Deuxièmement, l'accessibilité du registre aux tribunaux permet de garantir effectivement la subsidiarité de la protection judiciaire : avant d'ouvrir une mesure, le juge consulte systématiquement le registre. Troisièmement, l'extension récente de l'accès aux médecins (même aux médecins traitants) constitue une innovation remarquable : en cas d'urgence médicale, le praticien peut vérifier si le patient dispose d'un mandataire habilité à prendre des décisions en son nom, ce qui facilite grandement la prise en charge. Cette ouverture aux professionnels de santé traduit une vision pragmatique et fonctionnelle de la publicité : il ne s'agit pas seulement d'informer les autorités judiciaires, mais de permettre à tous les acteurs concernés d'identifier rapidement le représentant de la personne vulnérable.

**28. Le notaire, pivot du système d'enregistrement.** Le notaire allemand joue un rôle central dans ce dispositif. Non seulement il rédige la très grande majorité des mandats enregistrés, mais il assure également l'enregistrement lui-même dans plus de huit cas sur dix. Il est ainsi devenu le pivot du régime conventionnel de protection, garantissant à la fois la validité formelle du mandat et sa publicité.

<sup>24</sup> Le coût de l'enregistrement varie entre 20,50 et 26 euros selon le mode de paiement et auquel on ajoute entre 3,50 et 4 euros par mandataire ou personne de confiance supplémentaire désigné dans l'acte.

<sup>25</sup> Pour 8.979 demandes de consultation faites par les juges, le registre a fait état de l'enregistrement de dispositions anticipées, soit 5,3 % par rapport au chiffre global des interrogations faites en 2024 : *Jahresbericht 2024, Zentrales Vorsorgeregister, Bundesnotarkammer*.

En Allemagne, l'État a confié sans ambiguïté à la *Bundesnotarkammer* la gestion du registre, consacrant ainsi la confiance institutionnelle portée au notariat : loin de n'être qu'un organe représentatif, la Chambre fédérale des notaires est aujourd'hui l'opérateur d'une infrastructure essentielle au régime de la protection des majeurs. La Belgique a adopté la même logique en s'appuyant sur la *Fednot*, investie d'une mission analogue.

**29. L'anomalie française.** Rien de tel en France, où il n'existe toujours aucun registre opérationnel des mandats de protection future en dépit du décret tant attendu du 16 novembre 2024. Faute d'arrêté d'application, le registre demeure en effet à l'état de projet et nul enregistrement n'est aujourd'hui possible. Cette situation tient aussi au choix singulier opéré par le décret, qui, à rebours des législations allemande et belge ayant confié leurs registres aux instances notariales, place la gestion du registre français sous la seule responsabilité du ministère de la justice. Ce choix, qui peut se comprendre dans la perspective plus large de la création d'un registre national de toutes les mesures de protection<sup>26</sup>, produit toutefois un résultat déconcertant : le notaire, pourtant acteur central du mandat dans la mesure où il en instrumente 9 sur 10, ne peut en l'état des textes ni enregistrer ni consulter ce registre. L'article 1260-2 du Code de procédure civile confie en effet l'alimentation du registre au seul mandant, au mandataire et, après la prise d'effet, au greffier. Quant à l'article 1260-7, il réserve strictement la consultation aux magistrats, aux agents des greffes et aux parties au mandat.

**30. Un notaire français relégué.** Le notaire se trouve ainsi relégué aux marges d'un dispositif qu'il met pourtant en œuvre quotidiennement. Cette exclusion interroge : comment justifier qu'un professionnel tenu par une obligation de confidentialité et disposant déjà d'un accès sécurisé à des bases sensibles (état civil, FCDDV, etc.) soit privé d'un outil indispensable à la sécurité juridique de l'acte qu'il reçoit, tout en compliquant la vie de ceux qu'il s'agit précisément de protéger ?

Dans ces conditions, la création du registre ressemble moins à un progrès attendu qu'à une « opportunité manquée »<sup>27</sup> : en écartant le notaire de tout accès, le ministère de la Justice conçoit un outil théoriquement prometteur, mais pratiquement fragile, déconnecté des exigences du terrain et de la réalité des pratiques. Si cette exclusion n'est pas corrigée, le registre – lorsqu'il (s'il ?) deviendra enfin opérant – risque d'ajouter une complexité supplémentaire, plutôt que d'assurer la publicité efficace et la sécurité juridique qu'il était pourtant destiné à garantir.

**31. Un écart devenu trop grand.** L'écart avec les modèles belge et allemand illustre l'ampleur du problème. Là où la publicité centralisée fonde une véritable culture de l'anticipation, la France reste enfermée dans un système fragmenté, dépourvu d'infrastructure fiable. Cette inertie s'explique sans doute par une réticence persistante face à la centralisation des données, un attachement mal compris à l'idée que les mesures de protection non incapacitantes n'ont pas à être publiées et à une certaine apathie administrative. Pourtant, l'expérience comparée montre que publicité et protection de la vie privée ne s'excluent pas : un registre bien conçu, à accès strictement encadré, renforce la protection des personnes vulnérables en évitant l'ouverture de mesures judiciaires inutiles.

Au-delà des enjeux internes, la France prend le risque de se marginaliser dans un espace européen en voie d'évolution sur le sujet des personnes vulnérables. Le projet de règlement du 31 mai 2023 sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection des adultes valorise explicitement les systèmes centralisés de publicité et à terme leur interconnexion. L'absence d'un registre national opérationnel place la France en contradiction avec cette dynamique et affaiblit la reconnaissance de ses mandats dans l'Union. Tant que le registre demeurera un dispositif virtuel, la protection anticipée restera, en France, un outil fragile et sous-utilisé.

<sup>26</sup> La loi « Bien vieillir » du 8 avril 2024 a en effet inséré dans le Code civil un nouvel article 427-1 qui prévoit la création avant le 31 décembre 2026 d'un registre national dématérialisé des mesures de sauvegarde de justice, de curatelle, de tutelle, d'habilitation familiale, des mandats de protection future ayant pris effet et des désignations anticipées de curateur ou de tuteur. Mais il est actuellement envisagé de repousser l'entrée en vigueur de ce registre au 31 décembre 2028...

<sup>27</sup> N. BAILLON-WIRTZ et J. COMBRET, « Le registre des mandats de protection future : enfin ? », *JCP N* 2024, 1258.



### III. Le contrôle de la protection conventionnelle

32. La comparaison des droits belge, allemand et français met en évidence deux manières d'organiser le contrôle de la protection conventionnelle. Dans les systèmes allemand et belge, la liberté contractuelle constitue le principe directeur : le contrôle du mandat repose essentiellement sur les stipulations convenues entre les parties, et le juge n'intervient qu'à titre subsidiaire, en cas de dysfonctionnement avéré. Le droit français adopte une logique plus encadrée et interventionniste en prévoyant une surveillance périodique du mandataire lorsque le mandat est établi par un notaire.

33. **Le modèle belge : les modalités contractuelles de reddition des comptes.** En droit belge, le contrôle du mandat extrajudiciaire repose sur les stipulations du contrat lui-même. Il revient au mandant de déterminer les modalités de reddition des comptes : forme, teneur, périodicité, degré de précision, désignation d'une personne de confiance ou d'un tiers chargé de contrôler les comptes. La loi n'impose donc aucune forme de contrôle, hormis celle prévue dans l'acte, mais cette liberté, souvent présentée comme la garantie d'une large autonomie du mandant, est également dénoncée par une partie de la doctrine : en l'absence de tout mécanisme de supervision, le mandataire pourrait en effet disposer d'une latitude telle qu'elle ouvre la voie à des abus<sup>28</sup>.

34. **La « sonnette d'alarme ».** La loi prévoit néanmoins une possibilité de contrôle du mandat par le juge de paix, mécanisme appelé « sonnette d'alarme », si la manière dont le mandataire exerce la mission est de nature à mettre en péril les intérêts du mandant<sup>29</sup>. Ainsi, dans le souci de préserver la nature essentiellement conventionnelle du mandat extrajudiciaire, le législateur belge a choisi de ne pas instaurer de contrôle automatique. Le juge de paix dispose certes de la faculté d'intervenir de sa propre initiative, mais son action repose le plus souvent sur l'alerte d'un tiers, qu'il s'agisse d'une personne de confiance, d'un comandataire ou de toute personne justifiant d'un intérêt à agir. Lorsqu'il constate que la protection voulue par le mandant n'est plus assurée

de manière satisfaisante, le juge peut alors mettre un terme au mandat et prononcer une mesure de protection judiciaire.

35. **L'absence du notaire belge.** Le notaire belge n'intervient pas en la matière. Son rôle se limite à l'établissement du mandat et, le cas échéant, à son enregistrement. Il ne dispose d'aucune mission légale de surveillance de l'exécution du mandat. En revanche, il peut comme tout tiers déclencher la procédure de « sonnette d'alarme ».

36. **Le dispositif allemand.** Le droit allemand repose sur une logique analogue. Le mandat peut désigner une personne de confiance, titulaire d'un droit d'information et chargée d'exercer un premier niveau de surveillance selon des modalités préalablement convenues dans l'acte. Si ce contrôle interne se révèle insuffisant et en cas de dysfonctionnements, le tribunal peut désigner un *Kontrollbetreuer*, chargé d'examiner les comptes de gestion du mandataire, de demander des informations complémentaires et de solliciter, le cas échéant, auprès du juge des mesures correctrices, comme la révocation du mandataire ou l'ouverture d'une mesure judiciaire.

Le notaire allemand n'intervient pas non plus dans le contrôle périodique des comptes, qui relève de la personne de confiance désignée dans le mandat ou, subsidiairement, du juge. Il peut cependant, comme en Belgique, alerter ce dernier pour qu'il désigne si nécessaire un *Kontrollbetreuer*.

37. **Le modèle français et le rôle du notaire.** Le droit français se distingue par l'instauration de modalités de surveillance spécifiques au mandat établi par un notaire. L'article 491 du Code civil prévoit que le mandataire rend compte de sa mission au notaire qui a établi le mandat en lui adressant chaque année un compte de sa gestion, accompagné des pièces justificatives ; le notaire conserve ces documents et saisit le juge en cas d'anomalie manifeste.

Ce mécanisme, qui confère au notaire français un rôle de premier plan que n'ont pas les notaires allemands et belges, présente l'avantage d'instaurer une vigilance régulière. Mais il présente aussi plusieurs limites : d'abord, il ne s'agit pas d'un contrôle en lui-même, approfondi et comparable à celui exercé par le juge une fois saisi. Ensuite, la mission ainsi reconnue au notaire n'est pas rémunérée à la hauteur des tâches à accomplir, ce qui peut dissuader certains de

<sup>28</sup> N. DANDOY, « La protection juridique des majeurs vulnérables en droit belge », *op. cit.* ; F. DERÈME, « Heurts et malheurs des mandats extrajudiciaires et autres mesures de prévoyance en cas d'incapacité », *RPP*, 2018, p. 243.

<sup>29</sup> Art. 490/2, § 2, ancien Code civil belge.

s'investir pleinement dans cette phase de surveillance. En outre, ce mécanisme ne fonctionne que pour les mandats notariés ; il est alors nécessaire que les stipulations du mandat sous seing privé définissent explicitement les modalités de vérification du compte annuel de gestion<sup>30</sup>. Enfin, quand le mandataire pressenti appartient au cercle familial, l'obligation d'établir chaque année un compte de gestion et de le déposer auprès du notaire constitue souvent un frein. Nombre de personnes renoncent alors à conclure un mandat de protection future notarié, estimant qu'en cas d'altération des facultés, une habilitation familiale – procédure perçue comme moins contraignante – pourra être sollicitée. En effet, hormis l'exécution des actes pour lesquels elle a été désignée, la personne habilitée n'est tenue à aucune formalité de reddition annuelle des comptes de gestion (sauf à l'issue de la mesure). Par ailleurs, le mandataire peut ressentir ces exigences comme une marque de suspicion à son égard, à l'image de ce que connaissent déjà les tuteurs soumis au même type de contrôle, alors que la personne habilitée bénéficie, elle, d'une confiance beaucoup plus large du législateur. Le mandant lui-même peut s'étonner d'un tel dispositif : c'est justement parce qu'il accorde toute sa confiance à son mandataire qu'il le désigne pour veiller sur ses intérêts.

**38. Vers une contractualisation élargie de l'obligation de reddition des comptes.** Afin d'éviter que les personnes souhaitant organiser à l'avance les effets d'une éventuelle altération de leurs facultés ne renoncent au mandat de protection future, il serait opportun, comme le propose la profession notariale<sup>31</sup>, de permettre une véritable contractualisation de l'obligation de tenir un compte de gestion.

À l'heure actuelle, le mandat ne peut fixer que les modalités de vérification des comptes établis, ce qui demeure trop limité. Une contractualisation plus large offrirait au mandant la possibilité, selon ses préférences, de dispenser entièrement le mandataire de cette obligation, à l'image de ce qui existe pour l'habilitation familiale, ou au contraire de la maintenir en en définissant avec précision le contenu. Le mandant pourrait ainsi déterminer la forme et la fréquence de la reddition, le niveau d'exigence attendu (présentation exhaustive et détaillée des opérations ou, à l'inverse, seules les

plus significatives), la faculté pour le mandataire de recourir à un professionnel du chiffre, la désignation d'un subrogé mandataire chargé du contrôle, ou encore la personne chargée de recevoir et conserver les comptes, etc.



**39. Propos conclusifs.** Au terme de cet examen comparé des droits belge, allemand et français, des conceptions nettement contrastées du rôle du notaire dans la protection conventionnelle des majeurs ont été mises en lumière. Alors que la Belgique et l'Allemagne ont intégré la profession notariale au cœur de leur dispositif, combinant conseil, authentification, enregistrement et tenue du registre centralisé, le droit français souffre encore d'un modèle inachevé, marqué par l'absence d'une publicité opérationnelle et par une dualité de formes qui fragilise l'efficacité du mandat.

Les expériences belge et allemande offrent en définitive plusieurs enseignements structurants : affirmation claire de la primauté de la protection conventionnelle sur la protection judiciaire ; existence d'un registre centralisé garantissant la connaissance et l'opposabilité des mandats ; reconnaissance du notaire comme acteur pivot du dispositif. Ces éléments dessinent les contours d'un système dont le législateur français pourrait utilement s'inspirer.

Certes, la création fin 2024 d'un registre des mandats de protection future constitue une étape importante. Mais elle doit maintenant se réaliser et s'accompagner d'une refonte plus ambitieuse du mandat de protection future.

De même, le développement d'une véritable culture de l'anticipation s'impose. Les exemples belge et allemand montrent combien l'usage social du mandat dépend de la diffusion de l'information et de l'implication des professionnels susceptibles d'en recommander l'usage. Une politique cohérente de sensibilisation, à destination du public comme des praticiens, est donc indispensable.

Enfin, il conviendrait de mieux articuler le mandat de protection future avec les autres instruments d'anticipation. La coexistence des directives anticipées, de la désignation anticipée du tuteur ou du curateur et du mandat de protection future manque aujourd'hui de cohérence. Une approche plus globale permettrait d'en renforcer la lisibilité.

<sup>30</sup> C. civ., art. 486, al. 2.

<sup>31</sup> Conseil supérieur du notariat, Institut d'études juridiques, *Lever les freins au développement du mandat de protection future*, op. cit., proposition n° 7, p. 28.



# De nouveaux acteurs : l'exemple du notaire

**Christophe VERNIÈRES**

*Professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne*

1. La loi du 3 janvier 1968 a adopté un système dirigiste sous contrôle judiciaire étroit dont l'objet était de protéger le majeur, traité quasiment comme spectateur de sa protection.

Par suite de l'accroissement des libertés individuelles, le droit des incapacités est devenu un droit plus humaniste, un droit tourné vers la personne et ses droits fondamentaux. Il n'est plus question de parler de personnes incapables, mais de personnes protégées.

On a assisté petit à petit à un double mouvement.

D'une part, un mouvement de contractualisation dans lequel la personne à protéger et sa famille sont mises au centre du dispositif et pour lequel les techniques contractuelles et le pouvoir de la volonté sont mis en avant.

D'autre part, un mouvement de déjudiciarisation qui est consubstantiel au mouvement de contractualisation : le juge n'est plus le cœur du dispositif, il est en retrait, tel une vigie, dont la mission est de veiller à ce que les mesures de protection soient correctement exécutées. C'est ainsi que le législateur entend procéder au « *recentrage de la justice sur ses missions premières : trancher les conflits et protéger les droits et libertés des citoyens* » (*Rapp. annexé à la loi du 23 mars 2019*). Naguère, on reconnaissait à la justice trois fonctions : contentieuse, gracieuse, tutélaire. L'État veut aujourd'hui la recentrer sur la première et, à cet égard, le changement de nom du juge des *tutelles*, pour celui de juge des *contentieux* de la protection, est très révélateur. La protection est donc diversifiée et, à certains égards, déjudiciarisée.

Mais il faut reconnaître aussi que ce mouvement de déjudiciarisation se justifie aussi pour des raisons purement économiques : le coût.

2. Qu'en est-il du notaire ? Le notaire a toujours été une figure incontournable du droit des personnes protégées. Sans doute, pour deux raisons : d'abord, parce que le notaire est le juriste de la famille, celui dans l'Étude duquel l'intimité des clients se dévoile. Les actes du droit de famille sont toujours de la compétence privilégiée du notaire. Ensuite, le notaire, en sa qualité d'officier ministériel, est tenu à des obligations garantes de la sécurité des droits de la personne protégée : obligation d'impartialité, obligation de conseil, obligation de conservation des actes.

Comme une évidence, la place du notaire s'est trouvée renforcée sous l'impulsion de ce double mouvement de contractualisation et de déjudiciarisation de notre matière : le notaire a vu ses missions s'accroître dans l'ensemble des mesures de protection.

3. Nous sommes donc dans une période transitoire dans laquelle les mesures traditionnelles telles que la tutelle et la curatelle perdurent et forment le socle de la protection des personnes (I), alors que de nouvelles formes de protection émergent (II).

## I. Le notaire et les figures traditionnelles de la protection juridique

4. Une observation liminaire avant d'aborder les figures traditionnelles de la protection juridique.

Il n'est pas rare que le notaire soit confronté à des situations de « zone grise » : le client n'est pas l'objet d'une mesure de protection, mais il est affaibli, ses facultés cognitives sont diminuées. Pour autant, ce client entend accomplir

un acte juridique grave : vendre un immeuble, consentir une donation, rédiger un testament, modifier le bénéficiaire d'une assurance-vie.

Le notaire n'étant pas un médecin, il ne lui appartient pas d'évaluer les capacités cognitives de ses clients. Mais cette « zone grise » constitue un risque d'insécurité non négligeable, tant pour le client (la personne en état de faiblesse) que pour les tiers. Confronté à un doute sur les facultés cognitives de son client, le notaire doit prendre certaines précautions afin d'assurer la sécurité et la validité de son acte, mais aussi, par ricochet, éviter de voir sa responsabilité professionnelle engagée par la suite.

Raison pour laquelle le 116<sup>e</sup> congrès des notaires de France avait proposé d'ajouter un alinéa 2 à l'article 414-1 du Code civil, comme suit :

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

En cas de doute sérieux sur la santé d'esprit de l'une des parties à l'acte, en raison notamment de son grand âge, ou d'un état de santé précaire, le rédacteur de l'acte prendra le soin de solliciter la production d'un certificat rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le Procureur de la République avant, le cas échéant, de rédiger son acte. »

5. Sous le bénéfice de cette observation liminaire, abordons les mesures de protection traditionnelles. En la matière, la déjudiciarisation opérée par les lois successives, en dernier lieu la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice, a eu une double incidence sur le notariat : lorsque le notaire se trouve confronté à une mesure de protection (A), mais aussi dans l'exécution mêmes des mesures de protection (B).

### *A. Le notaire confronté à une mesure de protection*

Examinons tour à tour trois situations fréquentes : la conclusion du contrat de mariage ou d'un PACS ; l'acceptation pure et simple d'une succession ; le partage d'une indivision.

## **1. Le contrat de mariage et la conclusion d'un PACS**

6. Depuis la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice, le majeur en tutelle ou en curatelle peut se marier sans avoir à solliciter une autorisation judiciaire. Si le juge est évincé, il n'en demeure pas moins que le majeur protégé a l'obligation d'informer préalablement son tuteur ou son curateur afin que celui-ci puisse le cas échéant former opposition.

S'agissant du contrat de mariage, la loi prévoit que le majeur doit être assisté par son tuteur ou curateur (art. 1399). Toutefois, le tuteur ou le curateur peut, par dérogation à la règle de l'assistance, saisir le juge pour être autorisé à conclure seul le contrat de mariage « en vue de préserver les intérêts de la personne protégée » (art. 1399, al. 3). Ce système de conclusion forcée du contrat de mariage est critiquable : il est à redouter que le conjoint refuse de signer le contrat de mariage ; le système est illusoire en raison du laps de temps s'écoulant entre son information et la célébration du mariage (le tuteur ou le curateur aura-t-il le temps de saisir le juge et être autorisé à représenter le majeur au contrat de mariage ?).

Quant au PACS, le majeur en tutelle ou curatelle n'a pas à solliciter l'aval du juge et doit simplement être assistée de son tuteur ou curateur lors de la signature de la convention de PACS.

## **2. L'acceptation pure et simple d'une succession**

7. Classiquement, l'acceptation pure et simple d'une succession étant un acte grave, elle supposait l'autorisation du conseil de famille ou du juge.

La loi 23 mars 2019 déjudiciarise cet acte : le tuteur peut seul accepter purement et simplement au nom du majeur protégé, dès lors qu'il a recueilli au préalable une attestation du notaire chargé du règlement de la succession que l'actif dépasse manifestement le passif (art. 507-1). C'est donc le notaire qui se trouve substitué au juge pour délivrer, sous sa responsabilité, le sésame au tuteur.

### 3. Le partage

8. Le décret du 22 décembre 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, classe le partage parmi les actes de disposition, de sorte que le partage amiable à l'égard du majeur en tutelle devait être autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles qui désignait, si besoin, un notaire pour y procéder.

Désormais, le partage peut être conclu par le tuteur, sans autorisation judiciaire. Mais la mise à l'écart du juge est doublement cantonnée : aucune opposition d'intérêt entre le majeur et son tuteur ; l'état liquidatif demeure subordonné à l'approbation du juge. Or, il est fréquent que le notaire dresse un projet de « liquidation-partage », de sorte que le juge se prononce aussi sur le partage.

\*  
\*\*

9. De tout cela, il se dégage l'impression d'un certain désordre, la déjudiciarisation rendant de plus en plus floues les frontières entre tutelle et curatelle. En effet, le tuteur peut « assister » (contrat de mariage ou PACS), alors qu'il est censé représenter le majeur en tutelle ; le curateur peut « représenter » (contrat de mariage), là où il est censé n'avoir qu'un pouvoir d'assistance. Et la qualification de certains actes de disposition ne correspond plus au régime qui, par principe, est censé être le leur : le tuteur pouvant les accomplir sans autorisation judiciaire et le curatelaire pouvant agir seul.

Ainsi que le propose le rapport de mission interministérielle du groupe de travail dirigé par Madame Caron-Dégliise (2018), il serait sans doute souhaitable de créer une « mesure judiciaire unique, gérée par un juge des tutelles rénové, recentré sur sa mission de garante des libertés individuelles et des droits fondamentaux et d'arbitre en cas de conflit en cours de mesure ».

En attendant cette évolution, la déjudiciarisation risque d'entraîner une rejudiciarisation sur le terrain de la contestation des actes et de la responsabilité des acteurs de la protection, notamment le notaire dont le devoir de vigilance se trouve naturellement renforcé avec la mise en retrait du juge.

### *B. Le notaire au sein de la mesure de protection (dans l'exécution)*

10. La mise en place de mesures de protection judiciaires, notamment la curatelle renforcée et la tutelle, justifie l'existence d'outils de contrôle destinés à éviter des dérives de la part de l'organe de protection et à permettre au juge d'assurer la surveillance de la mesure de protection.

D'où l'obligation faite au mandataire de procéder à un inventaire des biens de la personne protégée puis, tout au long de la mesure, d'établir des comptes de gestion. À la suite d'un rapport de la Cour de comptes, rendu en 2016, qui constatait plusieurs défaillances, la loi du 23 mars 2019 a entendu améliorer le dispositif. Comment ? Dans la voie de la déjudiciarisation. On ne s'étonne guère de constater que le notaire s'est vu attribuer un rôle accru dans l'exécution de la mesure de protection.

#### 1. L'inventaire

11. En principe, il appartient au mandataire de procéder à l'inventaire des biens de la personne protégée. On perçoit les inconvénients d'un tel système, qui repose sur la bonne volonté du seul organe de protection et qui peut soulever des problèmes d'intégrité.

D'où la mesure prise par la loi du 23 mars 2019 qui prévoit que s'il « l'estime nécessaire, le juge peut désigner dès l'ouverture de la mesure un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice ou un notaire pour procéder aux frais de la personne protégée, à l'inventaire des biens meubles corporels » (art. 503).

#### 2. Le contrôle des comptes de gestion

12. De façon classique, la vérification du compte annuel de gestion du mandataire était opérée par le greffier en chef du tribunal. Si le greffier en chef refusait de donner son approbation, il dressait un rapport de difficultés qu'il transmettait au juge.

La Cour des comptes a pu constater que cette procédure était souvent inopérante : aucun texte ne définissait la méthode d'évaluation ; peu de tribunaux communiquaient



leur décision aux mandataires. À cela s'ajoutait le fait que les greffiers estimaient que la procédure était très chronophage.

13. D'où la loi du 23 mars 2019, qui a modifié en profondeur l'organisation du contrôle des comptes de gestion en procédant à une nouvelle déjudiciarisation. Désormais, il existe deux niveaux de contrôle.

D'une part, un contrôle interne : en présence de plusieurs personnes désignées (subrogé tuteur, plusieurs tuteurs), s'opère nécessairement un contrôle mutuel.

D'autre part, un contrôle externe opéré par des professionnels qualifiés, parmi lesquels figure le notaire (décret du 2 juillet 2024). Le notaire étant souvent un relais privilégié du juge, il est sans doute amené à être désigné par le juge. En la forme, le notaire doit assurer la conservation des comptes et pièces justificatives. Quant au fond, il doit vérifier que la gestion du mandataire est conforme aux intérêts du majeur protégé : il n'a pas à porter de jugement sur le choix des options budgétaires prises par le mandataire, il lui appartient de détecter les éventuelles anomalies de gestion, notamment des dépenses manifestement disproportionnées. En cas d'anomalies, le notaire peut refuser d'approuver les comptes. Il dresse alors un rapport de difficultés qu'il transmet au juge, lequel statuera sur la conformité des comptes.

## Le notaire et les figures nouvelles de la protection juridique

Le notaire assure une fonction centrale dans le mandat de protection future et l'habilitation familiale.

### A. Le mandat de protection future

14. Le mandat de protection future, issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, n'a pas eu le succès escompté par ses promoteurs. Selon une enquête menée par le Conseil Supérieur du Notariat en 2021, environ 15 000 mandats seraient conclus par an.

Ces chiffres sont relativement faibles lorsqu'on les compare avec ceux des pays étrangers. Au Québec, le rapport annuel

2020-2021 du Curateur public québécois révèle ainsi que 44 % des personnes adultes ont établi un mandat de protection. L'engouement est similaire en Belgique : selon le baromètre de la famille de la Fédération du Notariat (Fednot), le nombre de mandats de protection extrajudiciaire – mécanisme qui existe depuis 2013 – a augmenté de 15,8 % entre 2020 et 2021. Il y a eu ainsi en 2021 plus de 60 000 mandats conclus en Belgique.

15. Plusieurs raisons peuvent expliquer le faible succès en France du mandat de protection future.

*D'une part*, la création de l'habilitation familiale, issue de l'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, serait un sérieux concurrent au mandat de protection future, en ce qu'elle permet à la fois de décharger les tribunaux et de satisfaire les familles confrontées à l'absence d'autonomie d'un proche.

Néanmoins, le mandat de protection future présente une supériorité incontestable sur l'habilitation familiale. Ce n'est qu'avec le mandat de protection future que le majeur devant être protégé a pu lui-même organiser en détail sa propre protection : profitant de ce qu'il dispose encore de toutes ses facultés, il peut choisir celui qui pourra le représenter et lui donner une feuille de route.

*D'autre part*, plusieurs raisons d'ordre technique sont avancées.

*Primo*, pendant de nombreuses années, le mandat de protection future était dépourvu d'une mesure de publicité. Cette lacune a pu rendre aléatoire la nécessaire prise en compte d'un acte qui a pu être signé chez un notaire bien des années avant que le mandant perde ses facultés. Par une décision du 27 septembre 2023 (n° 471646), le Conseil d'État a enjoint le gouvernement de prendre un décret en Conseil d'État dans un délai de six mois et prononce à l'encontre de l'État une astreinte de 200 euros par jour de retard.

Par décret n° 2024-1032 du 16 novembre 2024 a été instauré le registre national des mandats de protection future. Reste que ce registre est affecté de deux vices : il n'est pas opérationnel, faute d'un arrêté pris par le garde des Sceaux, ministre de la Justice ; les notaires, comme d'ailleurs les avocats

sont curieusement absents, aussi bien pour l'enregistrement que pour sa consultation.

*Secundo*, la prise d'effet du mandat de protection future pose des difficultés. Dans le dispositif actuel, si la personne qui a établi un mandat de protection future se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, le mandataire qu'elle a désigné doit, pour que le mandat soit mis en œuvre, se présenter en personne au greffe du tribunal judiciaire dans le ressort duquel réside le mandant accompagné de ce dernier (sauf si sa présence au tribunal est incompatible avec son état de santé). Il présente alors au greffier un certificat médical attestant l'altération des facultés du mandant et la copie du mandat pour que le greffier opère certaines vérifications formelles. Il pourrait être de bonne pratique que de permettre aux notaires d'être investis de la mission de constater la prise d'effet du mandat.

*Tertio*, les actes de disposition sur le logement de la famille. Le mandant ne peut, même par un mandat de protection future notarié, autoriser son mandataire à vendre sa résidence principale, ni même sa résidence secondaire. Une fois le mandat devenu effectif, si la nécessité de la vente de l'un de ces biens se fait sentir, le mandataire doit, à l'image d'un tuteur mais aussi d'un habilité familial, obtenir du juge une autorisation. Or, la majorité des patrimoines comprend un seul bien immobilier : la résidence principale. Dès lors, l'intérêt d'un mandat de protection future perd de son évidence.

*Quartus*, contrairement à l'habilitation familiale, mais, comme en matière de tutelle, le mandataire a annuellement des comptes à rendre au notaire s'agissant du mandat notarié ; et ce, malgré la confiance que peut placer en lui le mandant.

*Quintus*, il n'y a pas de mandat de protection future à l'assistance, qui aurait pour objet d'organiser la période qui s'écoule entre la lucidité et l'inaptitude. Durant cette période, plusieurs mesures sont évidemment possibles : une mesure judiciaire, telle que la curatelle, le droit commun des contrats, notamment la conclusion d'un mandat ordinaire général ou le recours à des procurations ponctuelles. Ces mesures ne sont pas pleinement satisfaisantes. D'où l'idée de permettre la conclusion d'un mandat d'assistance dont

les règles de la curatelle constitueraient un modèle, puis un mandat de représentation dont les règles de la tutelle constitueraient le modèle.

## B. L'habilitation familiale

16. Le notaire est confronté à l'habilitation familiale à deux moments distincts.

Le premier se situe lors de la mise en place de l'habilitation familiale, lorsque le majeur ne fait pas encore l'objet d'une mesure de protection judiciaire. Le notaire est face à un client qui est dans la « zone grise ». Il pourra ici encourager les proches à entreprendre les démarches pour obtenir une habilitation familiale dont l'étendue peut varier : ce peut être une habilitation « représentation » ou une habilitation « assistance », ce peut être une habilitation spéciale (circonsrite à certains actes) ou générale (le plus souvent).

Le second moment se situe lors l'exercice de l'habilitation familiale. La difficulté est ici la connaissance de l'existence de l'habilitation familiale. Car toutes les habilitations familiales ne donnent pas lieu à publicité. Seule est soumise à cette formalité, l'habilitation générale (art. 494-6, al. 8). En revanche, lorsqu'elle est spéciale, l'habilitation familiale ne fait l'objet d'aucune publicité. Le notaire, en cas de doute, doit interroger le greffe du tribunal d'instance pour savoir si le juge n'a pas ordonné une habilitation familiale en vue de passer l'acte concerné.

\*  
\*\*

17. Des développements qui précèdent, il résulte que le notaire est un pivot de la protection de majeurs protégés, comme il l'est au demeurant dans la protection des mineurs. Les mouvements de déjudiciarisation et de contractualisation de la matière l'expliquent.

Un sentiment d'inachevé demeure, néanmoins. Les mesures de publicité sont en effet insatisfaisantes. À l'instar du rapport de mission interministérielle du groupe de travail dirigé par Madame Caron-Dégli, il conviendrait de créer un répertoire civil unique, national et dématérialisé assurant la publicité de toutes les mesures de protection judiciaires et

des dispositions anticipées, accessibles aux juridictions, aux notaires et aux avocats.

Au-delà, les mesures de protection des majeurs pourraient être rationalisées. L'instauration d'une mesure judiciaire unique, gérée par un juge des tutelles rénové, pourrait être une voie à privilégier. Quant aux mesures conventionnelles, la rénovation de la fiducie pourrait apporter la souplesse souhaitée par les praticiens.

# Opposition et conflit d'intérêts en droit des majeurs vulnérables

Nathalie PETERKA

Professeure de droit privé à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC, Paris 12)

## 1. Conflits d'intérêts et principe de subsidiarité.

De prime abord, le droit des majeurs vulnérables ne s'embarrasse pas, ou peu, de la gestion et de la régulation des conflits d'intérêts. Il en est ainsi tout au moins des conflits d'intérêts entre la personne vulnérable et celle en charge de la protection. Bien au contraire, la matière privilégie le recours à des mécanismes porteurs de tels conflits. Il en est ainsi, au premier chef, du principe de subsidiarité des mesures de protection judiciaire et des mesures parajudiciaires par rapport aux dispositifs alternatifs de protection qu'incarnent le mandat de protection future, le droit commun de la représentation et, lorsque la personne est mariée, le régime primaire et les régimes matrimoniaux. Ces dispositifs font la part belle à la famille et à l'entourage de la personne vulnérable dans l'organisation et l'exercice de sa protection. Le phénomène n'est pas nouveau. Introduite par la loi *Carbonnier* du 3 janvier 1968 au profit des seules personnes mariées, la subsidiarité de la protection judiciaire et parajudiciaire bénéficie désormais à tous les couples et, au-delà à toute personne, grâce à l'introduction par la loi du 5 mars 2007 de la référence au droit commun de la représentation et au mandat de protection future. Mieux, le rôle de ce dernier a été considérablement promu en 2019 par la loi de programmation et de réforme pour la justice 2018-2022 qui l'a propulsé au sommet de la hiérarchie de l'ensemble des dispositifs de protection, quels qu'ils soient<sup>1</sup>. Enfin, lorsqu'une mesure de protection judiciaire ou d'habilitation familiale est prononcée, le principe de priorité conjugale et familiale ainsi que le cercle restreint des membres de la famille auxquels l'habilitation familiale peut être dévolue favorise l'émergence de conflits d'intérêts entre le protecteur et la personne protégée<sup>2</sup>. La proximité des liens familiaux est propice, en effet, à la survenance de tels conflits.

## 2. Conflits d'intérêts et primat du droit matrimonial.

Il est particulièrement piquant de relever que les mécanismes du droit matrimonial, que soutient le principe de subsidiarité, ne prennent pas en considération, pour elles-mêmes, les situations de conflits d'intérêts. Ils le font, tout au plus, sous l'angle de l'intérêt du conjoint vulnérable ou de l'intérêt de la famille, lorsque le juge est saisi par le conjoint valide d'une demande d'autorisation ou de représentation judiciaire sur le fondement du régime primaire<sup>3,4</sup>. Il a été ainsi admis, par exemple, que le juge des tutelles pouvait habilitier un époux, sur le fondement de l'article 219, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, à représenter le conjoint vulnérable pour vendre le logement de la famille appartenant en propre à ce dernier, le conjoint habilité pouvant intervenir à l'acte en son nom personnel pour satisfaire à la règle de la cogestion requise pour la vente de ce logement<sup>5</sup>. L'intervention à l'acte du conjoint valide en une double qualité, au nom et pour le compte de son époux d'abord et en son propre nom ensuite, n'a pas été considérée comme un obstacle à la mise en place d'une habilitation judiciaire entre époux<sup>6</sup>.

**3. Définition du conflit d'intérêts en droit des majeurs vulnérables.** Cet exemple fait toucher du doigt la délicate question de la définition du conflit d'intérêts en droit des personnes vulnérables. Le Code civil ne comporte aucune définition en la matière. Pire, les dispositions relatives au droit des personnes protégées utilisent de manière alternative l'expression d'« opposition » et de « conflit d'intérêts ». On peut, dès lors, se demander s'il convient d'établir une distinction entre ces deux formules ou si elles recourent

<sup>1</sup> L. n° 2019-222, 23 mars 2019 ; C. civ., art. 428, al. 1<sup>er</sup> (protection judiciaire) et 494-2 (habilitation familiale).

<sup>2</sup> C. civ., art. 449 et 494-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>3</sup> C. civ., art. 217 et 219, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>4</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, N. PETERKA, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2025, n° 85 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, Dalloz, coll. Précis, 9<sup>e</sup> éd., 2024, n° 105 et s.

<sup>5</sup> C. civ., art. 215, al. 3.

<sup>6</sup> CA Paris, 16 déc. 1999, *JCP G* 2001. I. 309, n° 1, obs. G. WIEDERKEHR.

une seule et même réalité et, dans l'affirmative, laquelle. Le point crucial est ici de savoir si le conflit d'intérêts se réduit à la seule divergence des intérêts du protecteur et de la personne vulnérable ou s'il s'étend à la convergence de ces derniers ? La doctrine s'est bien sûr interrogée sur cette question. Gilles Raoul-Cormeil, dans un article intitulé « *L'opposition d'intérêts : une notion à définir* », estime qu'« *en droit des incapacités, les expressions de conflits d'intérêts et d'opposition d'intérêts peuvent être considérés comme synonymes* »<sup>7</sup>. Les deux expressions désignent l'émergence, chez la personne en charge de la mesure de protection, d'un intérêt étranger à celui de la personne majeure protégée. Si bien que le protecteur ne peut plus exercer la mesure dans le seul intérêt de celle-ci. Le conflit d'intérêts entraîne une « *confusion d'intérêts* » entre la personne protégée et son protecteur. Cette confusion empêche le mandataire d'exercer sa mission de manière neutre et impartiale. Elle constitue ainsi une violation du « *devoir de probité et d'indépendance du protecteur* », devoir qui incarne, selon cet auteur, un principe directeur de la protection juridique des majeurs. Ce principe dicte, en effet, le « *recrutement du protecteur, oriente son comportement et pose des limites dans l'exercice de ses pouvoirs* », qu'elle que soit la nature de la mesure de protection ouverte au bénéfice de la personne vulnérable<sup>8</sup>. On ajoutera que, parmi les dispositions du Code civil employant tour à tour les mots d'« *opposition* » et de « *conflit d'intérêts* », aucun élément ne permet d'introduire une distinction entre ces deux termes.

**4. Pour une conception maximaliste du conflit d'intérêts.** Alors que recouvrent-ils en droit des personnes vulnérables ? Le conflit d'intérêts englobe-t-il la convergence des intérêts du protecteur et du protégé ? Autrement dit, convient-il de retenir en cette matière une conception maximaliste de l'opposition d'intérêts ? La doctrine classique y était hostile<sup>9</sup>. Cette thèse est, à notre sens, critiquable. En effet, d'une part, la convergence d'intérêts peut masquer, dans certains cas, une divergence d'intérêts ou dériver vers une telle divergence. D'autre part, l'appréciation même de l'existence

d'une divergence ou d'une convergence d'intérêts crée en elle-même un conflit d'intérêts puisqu'elle est empreinte de partialité. Il y a donc un risque à exclure, par principe, l'existence d'un tel conflit en présence d'une convergence d'intérêts. Seule l'adoption d'une conception maximaliste paraît conforme à l'intérêt de la personne vulnérable et au devoir de probité du protecteur. Reste, alors, à cerner les cas d'opposition d'intérêts (I) puis leur régulation (II) en droit des personnes majeures vulnérables.

## I.- Les cas d'opposition d'intérêts en droit des majeurs vulnérables

**5. Focus sur les seules personnes protégées.** Il faut d'emblée préciser que le droit des majeurs vulnérables ne prête attention, s'agissant des conflits d'intérêts, qu'aux seules personnes bénéficiant d'une mesure de protection juridique des majeurs. Les personnes vulnérables à l'égard desquelles une telle mesure n'est pas ouverte sont donc davantage exposées à ces situations. En présence d'une mesure de protection, le législateur facilite le travail du protecteur et du juge, en posant des présomptions d'opposition d'intérêts. Ces dernières produisent des effets plus ou moins énergiques. Dans certains cas, elles imposent au protecteur de se déporter au profit d'un protecteur *ad hoc* pour passer l'acte. Le conflit d'intérêts est alors rémissible (A), pour emprunter au vocabulaire des incapacités. Dans d'autres cas, ces présomptions interdisent la conclusion de l'acte, même en recourant à la désignation d'un mandataire *ad hoc*. Le conflit d'intérêts est alors irrémédiable (B).

### A. Les conflits d'intérêts rémissibles

**6. Domaine des présomptions.** La première série de présomptions impose au protecteur de se déporter pour passer l'acte. Ce dernier pourra être conclu par un protecteur *ad hoc* ou un subrogé ne se trouvant pas lui-même en situation de conflit d'intérêts avec la personne protégée<sup>10</sup>. Ces présomptions se rencontrent, au premier chef, dans le domaine de la transmission de patrimoine. L'article 470, alinéa 3 du

<sup>7</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « L'opposition d'intérêts : une notion à définir » : in *Le patrimoine de la personne protégée*, J.-M. PLAZY et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), Lexis Nexis, 2015, p. 57 et s.

<sup>8</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « L'opposition d'intérêts : une notion à définir », *ibid.*

<sup>9</sup> C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 6<sup>e</sup> éd ; par E. BARTIN, t. I, Librairie Marchal et Billard, 1936, § 117.

<sup>10</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, Lexis Nexis, 25<sup>e</sup> éd., 2023, n° 1232 et s. ; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz action, 6<sup>e</sup> éd., 2024/2025, n° 332.31 et s.



Code civil précise ainsi, en matière de donations entre vifs, que « *le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsqu'il est le bénéficiaire de la donation* ». De manière assez étrange, la présomption n'est pas reprise s'agissant des donations du tuteur, bien qu'elles soient soumises à l'assistance ou - sous la condition d'être tout à la fois conforme à l'intention libérale de la personne protégée si elle avait été en mesure de l'exprimer et à son intérêt<sup>11</sup> - à la représentation du tuteur<sup>12</sup>. L'absence de présomption légale peut sans doute s'expliquer, en tutelle, par la soumission des donations du tuteur à l'autorisation préalable du juge. L'intervention de ce dernier, chargé d'apprécier l'intégrité de la volonté du majeur ou - lorsqu'il est hors d'état de la manifester - la conformité du projet d'acte à son intention libérale et son intérêt, permet alors de réguler le conflit, sans passer par l'édiction d'une présomption légale. On retrouve, en revanche, des présomptions comparables à celle de l'article 470, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil à propos de l'assurance-vie. L'article L. 132-4-1, alinéa 2 du Code des assurances décide que, pour « *la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie ainsi que la désignation ou la substitution du bénéficiaire* » (al. 1<sup>er</sup>), « *lorsque le bénéficiaire du contrat d'assurance sur la vie est le curateur ou le tuteur, il est réputé être en opposition d'intérêts avec la personne protégée* ». La règle figure aussi à l'article L. 223-7, alinéa 2 du Code de la mutualité. Enfin, en matière de Pacs, les articles 461 et 462 du Code civil réputent le curateur ou le tuteur en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsque la curatelle ou la tutelle est confiée à son partenaire, pour la signature de la convention de Pacs ou de la convention modificative ainsi que pour la rupture du Pacs.

**7. Oubli de certains actes.** On peut s'étonner de l'absence de certains actes de ces présomptions, tels que la renonciation ou l'acceptation pure et simple d'une succession à laquelle le protecteur et la personne protégée sont tous deux appelés ou le partage amiable auquel ils sont l'un et l'autre parties<sup>13</sup>. Cela d'autant plus que ces actes ont été largement déjudiciarisés par la loi du 23 mars 2019. Depuis

celle-ci, le tuteur peut représenter la personne protégée pour accepter purement et simplement une succession échue au tuteur sans saisir le juge, dès lors que le notaire en charge du règlement de la succession atteste de son caractère manifestement excédentaire. Le transfert de compétence du juge au notaire ignore, en revanche l'appréciation d'un éventuel conflit d'intérêts entre la personne protégée et son protecteur. S'agissant du partage amiable, l'éviction de l'autorisation du juge des tutelles est subordonnée, par la loi du 23 mars 2019, à l'absence de conflit d'intérêts entre le tuteur et le tuteur. Mais, là encore, aucune présomption n'est édictée. L'approbation de l'état liquidatif doit être néanmoins soumis au juge avant la signature de l'acte, ce qui doit permettre de sauvegarder les intérêts de la personne vulnérable<sup>14</sup>.

## B. Les conflits d'intérêts irrémédiables

**8. Actes interdits au protecteur.** La seconde série de présomptions conduit à mettre obstacle à la conclusion de l'acte même en sollicitant la désignation d'un protecteur *ad hoc*, en raison de la gravité du conflit d'intérêts. Ces présomptions prennent place au sein de la liste des actes interdits au tuteur, même avec l'autorisation du juge des tutelles. La Cour de cassation a précisé que cette liste s'applique en tutelle et en habilitation familiale par représentation<sup>15</sup>. Les mesures d'assistance y échappent, en revanche<sup>16</sup>. L'article 509 du Code civil prohibe au tuteur d'« *acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre la personne protégée* » et d'« *acheter les biens de la personne protégée ainsi que les prendre à bail ou à ferme* ». Cette dernière interdiction est réservée, néanmoins, aux seuls mandataires judiciaires à la protection des majeurs, exerçant à titre professionnel la mesure de protection. Lorsque la mesure est exercée par un mandataire familial, le Code civil lui permet d'acheter ou de prendre à bail les biens du tuteur, tout en le réputant en opposition d'intérêts avec la personne protégée pour la

<sup>11</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., avis, 15 déc. 2021, n° 21-70.022, *Dr famille* 2022, comm. 40, note I. MARIA et L. MAUGER-VIELPEAU ; *JCP G.* 2022, 278, concl. H. FULCHIRON ; *JCP G.* 2022, 279, note G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP N.* 2022, 1103, obs. N. PETERKA ; *LPA* 28 févr. 2022, n° 2, p. 57, note D. NOGUÉRO ; *Droit & patrim.*, 2022, n° 322, p. 12 à 17, note G. MILLERIOUX ; *D.* 2022, Somm., p. 1184, obs. J.-J. LEMOULAND.

<sup>12</sup> C. civ., art. 476.

<sup>13</sup> C. civ., art. 507-1.

<sup>14</sup> C. civ., art. 507.

<sup>15</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., avis, 20 oct. 2022, n° 22-70.011, *AJ fam.* 2022, p. 605, obs. V. MONTOURCY ; *D.* 2022, p. 2081, note J.-J. LEMOULAND et G. RAOUL-CORMEIL, et 2023, p. 1201, obs. D. NOGUÉRO ; *Dr. famille* 2023, comm. 11, note I. MARIA et L. MAUGER-VIELPEAU ; *JCP N.* 2023, 1018, n° 14, obs. N. PETERKA.

<sup>16</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., avis, 6 déc. 2018, n° 18-70.011, *AJ fam.* 2019, p. 41, note G. RAOUL-CORMEIL ; *Defrénois* 2019, n° 7, p. 21, note A. GOSSELIN-GORAND ; *JCP N.* 2019, act. 158, note N. BAILLON-WIRTZ ; *JCP G.* 2018, 1338, note D. NOGUÉRO ; *D.* 2019, p. 365, note N. PETERKA.



conclusion de l'acte<sup>17</sup>. Ce dernier peut donc être conclu par le subrogé tuteur, pourvu qu'il ne soit pas lui-même en situation de conflit d'intérêts avec la personne protégée, ou par un tuteur *ad hoc*.

**9. Présomptions simples ou irréfragables ?** En l'absence de présomption légale, l'appréciation du conflit d'intérêts s'avère délicate. Pour autant, si les présomptions facilitent la détection des conflits d'intérêts, elles ne règlent pas toutes les difficultés. Leur force est en effet incertaine. À vrai dire, la difficulté ne se pose pas pour les conflits d'intérêts irrémédiables visés à l'article 509 du Code civil, lequel exprime de véritables interdictions. Le procédé législatif ici à l'œuvre n'est pas sans évoquer celui tiré des incapacités de recevoir à titre gratuit frappant les professionnels de santé, les ministres du culte, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs<sup>18</sup> et, jusqu'à peu<sup>19</sup>, les employés à domicile intervenant auprès des personnes âgées ou handicapées<sup>20</sup>. L'incapacité repose ici, comme les prohibitions de l'article 509, sur une présomption irréfragable de conflit d'intérêts fondée sur le risque d'abus d'influence pratiqué par le professionnel, donc sur une suspicion, une défiance à son égard et, s'agissant de professionnels, sur la nécessité de la réguler la profession. Le procédé transparaît, au demeurant, des dispositions relatives au contrôle des comptes de gestion sous les régimes judiciaires de protection. Ces dernières interdisent à un mandataire

judiciaire à la protection des majeurs de contrôler, en qualité de professionnel qualifié, les comptes de gestion établis par un de ses confrères en qualité de tuteur, curateur, mandataire spécial ou subrogé. Elles excluent pareillement de l'exercice de la mission de contrôle les personnes ayant perçu, au cours des cinq années ayant précédé leur désignation, une somme de la part de la personne protégée ou de son protecteur ou ayant été employées par l'un d'eux ou exercé une activité de conseil à leur profit. D'une manière générale, le contrôleur ne doit avoir aucun intérêt dans la mission qui lui est confiée ni aucun lien de parenté ou d'alliance avec la personne protégée ou son protecteur<sup>21</sup>.

**10. Incertitude en matière de conflit d'intérêts remédiables.** La question de la force de la présomption est sans doute plus délicate s'agissant des oppositions d'intérêts remédiables. Le législateur utilise, certes, de manière récurrente le mot « réputé », ce qui semble faire référence à une présomption irréfragable et, donc, à une règle de fond. Mais cette analyse est parfois contestée au nom de l'esprit des textes, qui en transcenderait la lettre. Une partie de la doctrine estime ainsi « qu'on ne voit pas pourquoi le législateur aurait décidé, par principe, de priver le juge de son pouvoir d'appréciation »<sup>22</sup>. Au-delà de la charge de la preuve que la présomption simple se contente d'inverser, l'enjeu du débat sur la force de la présomption cède devant la question de la sanction du conflit d'intérêts. La mise en œuvre de la sanction, que la présomption soit simple ou irréfragable, laisse-t-elle au juge une marge d'appréciation ? C'est poser la question de la régulation des conflits d'intérêts par le droit tutélaire.

## II.- La régulation des oppositions d'intérêts en droit des majeurs vulnérables

**11. Double approche.** La régulation des conflits d'intérêts en droit tutélaire emprunte une double approche : une approche curative (A), d'une part, et une approche répressive (B), d'autre part.

<sup>17</sup> C. civ., art. 508.

<sup>18</sup> C. civ., art. 909.

<sup>19</sup> Cons. const., 12 mars 2021, n° 2020-888, QPC ; B. ALIDOR, « Le propriétaire âgé peut (à nouveau) disposer de ses biens en faveur de l'aide à domicile », *Defrénois* 2021, n° 20045, p. 13 ; J. CASEY, « Des réalités de terrain oubliées », *AJ fam.* 2021, n° 4, p. 231 ; M. COTTET, « Qui dit âgé ne dit pas nécessairement vulnérable », *D. act.*, 25 mars 2021 ; M. GRIMALDI, « Le droit d'être généreux envers ceux qui vous assistent à domicile », *RTD civ.* 2021, p. 464 ; M. NICOD, « Les aides à domicile peuvent de nouveau recevoir des libéralités », *Dr. famille* 2021, comm. 75 ; D. NOGUÉRO, « Incapacité de recevoir une libéralité, atteinte au droit de disposer librement du patrimoine, vulnérabilité et inconstitutionnalité de l'article L. 116-4, I, du Code de l'action sociale et des familles », *LPA*, n° 231, juin 2021, p. 38 ; N. PETERKA, « L'incapacité de recevoir à titre gratuit des professionnels accomplissant des services d'aide à la personne à domicile : le Conseil constitutionnel censure l'article L. 116-4 du CASF ! », *JCP N* 2021, 12 ; D. POLLET, « Quand le Conseil constitutionnel dénonce la discrimination par l'âge », *AJ fam.* 2021, n° 4, p. 230 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Levée de l'interdiction des dons et legs aux professionnels de l'aide à domicile », *RDS* 2021, n° 102, p. 571 ; N. REBOUL-MAUPIN, « Vulnérabilité *versus* propriété : un équilibre à trouver dans la protection », *D.* 2021, Point de vue, p. 750 ; B. REYNIS, « Les incapacités de recevoir dans le viseur du Conseil constitutionnel », *Defrénois* 2021, n° 17068, « Éditorial », p. 1.

<sup>20</sup> CASF, art. 116-4, I, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>21</sup> D. 2024-659, 2 juill. 2024, JO 3 juill. 2024, texte 53 ; *Dr. famille* 2024, comm. 135, obs. I. MARIA ; *JCP N* 2024, 1024, n° 7 et s., obs. N. PETERKA.

<sup>22</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « L'opposition d'intérêts : une notion à définir », *préc.*, spéc. p. 79

## A. L'approche curative des conflits d'intérêts

### 12. Exercice plural de la mesure de protection.

L'approche curative des conflits d'intérêts est plus ou moins aboutie suivant que la personne protégée bénéficie d'une mesure de protection judiciaire ou extrajudiciaire, c'est-à-dire d'une mesure d'habilitation familiale ou d'un mandat de protection future. Sous les mesures de protection judiciaire, le Code civil permet au juge de répartir l'exercice de la mesure entre plusieurs protecteurs. La mise en place en d'une co-tutelle ou d'une co-curatelle<sup>23</sup> ne permet certes pas de prévenir toujours, de manière satisfaisante, les conflits d'intérêts avec la personne vulnérable, dans la mesure où tous les protecteurs sont ici investis d'une mission identique, l'accord de tous étant requis pour les actes les plus graves. En revanche, la prévention de ces conflits peut résulter de la division de la mesure entre un ou plusieurs mandataires chargés de la gestion du patrimoine et un ou plusieurs mandataires chargés de la protection de la personne du majeur. La protection du patrimoine pourra être confiée à un mandataire professionnel, plus aguerri à la gestion patrimoniale et moins sujet aux conflits d'intérêts avec la personne vulnérable que sa famille. La protection de la personne du majeur pourra être confiée, quant à elle, à un ou plusieurs proches entretenant des liens privilégiés avec lui. Cette répartition des tâches trouve, cependant, une limite avec les actes mixtes qui revêtent une double dimension – patrimoniale et personnelle. L'aliénation du logement de la personne vulnérable – lorsqu'il est aussi le logement de la famille – en fournit une bonne illustration.

### 13. Désignation d'un organe suppléant ou adjoint.

C'est la raison pour laquelle le Code civil prévoit trois autres variétés d'organes susceptibles de désamorcer les situations de conflits d'intérêts. Le juge peut désigner un subrogé, chargé d'une triple mission de surveillance, de consultation et de suppléance du protecteur<sup>24</sup>. Le subrogé a vu son rôle considérablement amplifié depuis la réforme de la protection juridique des majeurs. D'une part, la loi du 5 mars 2007 autorise sa nomination non seulement en tutelle mais aussi en curatelle – ce qui est nouveau<sup>25</sup>. D'autre part, la loi du 23 mars 2019 a renforcé le rôle de surveillance du

subrogé en lui attribuant, sous la réserve de la désignation d'un professionnel qualifié, la mission de vérification et d'approbation des comptes-rendus de gestion du protecteur<sup>26</sup>. En l'absence de subrogé, le Code civil confère au juge des tutelles la faculté de nommer un tuteur ou un curateur *ad hoc* si les intérêts du protecteur sont, à l'occasion d'un acte ou d'une série d'actes, en opposition avec ceux de la personne protégée. Cette désignation peut également intervenir si le protecteur « ne peut [...] apporter son assistance ou agir pour (le) compte (de la personne) en raison des limitations de sa mission »<sup>27</sup>. La saisine du juge est ici très largement conçue puisqu'elle peut intervenir à la demande du protecteur, du procureur de la République ou de tout intéressé. Le juge des tutelles peut par ailleurs s'auto-saisir lorsqu'il a connaissance d'une situation de conflit d'intérêts, par exemple à l'occasion d'une demande d'autorisation d'un acte de gestion<sup>28</sup>. Entre ces deux possibilités, le Code civil offre une solution médiane consistant à désigner un tuteur ou un curateur adjoint<sup>29</sup>. Ce dernier se verra confier la gestion d'une partie du patrimoine de la personne ou la conduite de certaines procédures judiciaires impliquant la personne protégée ainsi que son tuteur ou curateur.

### 14. Ressources du mandat de protection future.

Ce large éventail offert sous les mesures judiciaires de protection contraste avec la pénurie de solutions propres à désamorcer les conflits d'intérêts sous les mesures extrajudiciaires. À vrai dire, il faut ici distinguer le mandat de protection future et l'habilitation familiale. Sous le mandat de protection future, il appartient au(x) mandant(s) de désigner un ou plusieurs subrogés mandataires chargés de remplacer le mandataire en cas de survenance d'un conflit d'intérêts entre ce dernier et le bénéficiaire du mandat. Il pourrait s'agir, par exemple, du notaire ou de l'avocat du mandant, pourvu qu'ils ne soient pas rédacteurs du mandat. En l'absence de subrogé mandataire, le juge peut aussi autoriser le mandataire ou un mandataire *ad hoc* à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat<sup>30</sup>. Cette disposition devrait permettre au juge de réguler les conflits d'intérêts entre le mandant ou l'enfant bénéficiaire du mandat, d'une part, et le mandataire de protection future, d'autre part, lorsque le

<sup>23</sup> Sur laquelle, G. RAOUL-CORMEIL, « La pluralité des organes de protection juridique (cotutelle, cocratelle, mandat de protection future et cohabilitation familiale) », *LPA* n° 7, déc. 2021, p. 29 à 40.

<sup>24</sup> C. civ., art. 454, al. 4 à 6.

<sup>25</sup> C. civ., art. 454, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>26</sup> C. civ., art. 512, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>27</sup> Par exemple, parce que son mandat judiciaire se limite à la protection de la personne.

<sup>28</sup> C. civ., art. 455.

<sup>29</sup> C. civ., art. 447, al. 3.

<sup>30</sup> C. civ., art. 485, al. 2.

mandat est insuffisant sur ce point. L'article 484 du Code civil autorise, en outre, à tout intéressé à saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en œuvre du mandat de protection future ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution, ce qui fournit un fondement textuel supplémentaire à la régulation judiciaire des conflits d'intérêts sous ce mandat. Il l'expose toutefois au risque de révocation judiciaire tirée de la contrariété du mandat aux intérêts de son bénéficiaire<sup>31</sup>.

**15. Carence et remède en habilitation familiale.** Le cas de l'habilitation familiale est bien plus complexe en raison du quasi-silence de la loi s'agissant de la régulation des conflits d'intérêts. Aucune disposition n'envisage en effet, sous cette mesure de protection, la désignation d'un subrogé ou d'un protecteur *ad hoc*, ce que prévoyait pourtant le projet d'ordonnance<sup>32</sup>. Cette lacune des textes est d'autant plus regrettable que le risque de conflits d'intérêts est élevé sous cette mesure puisqu'elle ne peut être exercée que par les membres de la très proche famille de la personne vulnérable, c'est-à-dire ses ascendants, ses descendants, ses frères et sœurs, son conjoint, partenaire de Pacs ou concubin à la condition que la communauté de vie au sein du couple n'ait pas cessé<sup>33</sup>. Deux dispositions entrouvrent, il est vrai, une possibilité de remédier aux conflits d'intérêts. D'une part, l'article 494-6 dispose que « *la personne habilitée dans le cadre d'une habilitation générale ne peut accomplir un acte pour lequel elle serait en opposition d'intérêts avec la personne protégée. Toutefois, à titre exceptionnel et lorsque l'intérêt de celle-ci l'impose, le juge peut autoriser la personne habilitée à accomplir cet acte* ». Cette disposition pose donc un principe d'interdiction assorti d'une exception. Le juge peut purger le conflit d'intérêts en autorisant la personne habilitée à agir. Mais encore faut-il que l'intérêt de la personne protégée l'impose et que le juge soit saisi du conflit. La solution joue aussi bien en habilitation familiale par représentation qu'en habilitation familiale par assistance. La Cour de cassation a par ailleurs précisé que la nécessité, pour la personne habilitée, d'obtenir l'autorisation du juge pour accomplir un acte pour lequel elle serait conflictée, ne lui confère pas en habilitation familiale par représentation le pouvoir d'effectuer un acte figurant dans la liste des actes

interdits au tuteur par l'article 509 du Code civil, tels que la renonciation gratuite au profit de la personne habilitée au capital d'une assurance-vie dénouée au bénéfice du majeur<sup>34</sup>.

**16. Co-habilitation.** D'autre part, l'article 494-1 permet au juge de co-habiller plusieurs personnes choisies au sein de la famille resserrée du majeur ou de son couple. Rien n'empêche ici le juge de confier à une ou plusieurs personnes habilitées les missions d'un subrogé ou d'un protecteur *ad hoc*. Mais encore faut-il que la personne co-habillée ne se trouve pas, elle aussi, en opposition d'intérêts avec la personne protégée en raison de la proximité de ses liens familiaux avec cette dernière. Ce manque de régulation des conflits d'intérêts en habilitation familiale, auquel une récente proposition de loi cherche à remédier<sup>35</sup>, préjudicie à la protection de la personne vulnérable ainsi qu'à la sécurité juridique des tiers, en raison des sanctions attachées aux conflits d'intérêts.

## B. L'approche répressive des conflits d'intérêts

**17. Imprécision de la sanction.** La sanction des conflits d'intérêts, c'est-à-dire l'approche répressive de ces derniers souffre, elle aussi, d'imprécision. La Cour de cassation a pu retenir, en 2009, la responsabilité civile d'un curateur s'étant abstenu de faire assister la personne protégée pour modifier en sa faveur les clauses bénéficiaires de contrats d'assurance-vie<sup>36</sup>. Dans un arrêt de 2010, elle a décidé, dans des circonstances semblables, que la souscription d'une assurance-vie au profit du curateur et la modification de la clause bénéficiaire d'un autre contrat au profit de celui-ci sans l'assistance d'un curateur *ad hoc*, encourraient la nullité facultative entachant les actes irréguliers de la personne accomplissant seule un acte pour lequel elle aurait dû être assistée<sup>37</sup>. Dans ces deux arrêts,

<sup>34</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., avis, 20 oct. 2022, n° 22-70.011, préc.

<sup>35</sup> Prop. loi, doc. Ass. Nat., n° 1943, visant à moderniser et à simplifier la protection juridique des majeurs, 14 oct. 2025, art. 6.

<sup>36</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 2009, n° 08-16.153, *Dr. famille* 2009, comm. 114, note I. MARIA.

<sup>37</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 2010, n° 08-15.658, *D.* 2010. 2115, obs. J.-J. LEMOULAND, D. NOGUÉRO et J.-M. PLAZY ; *D.* 2011. 1926, obs. H. GROUDEL ; F. SAUVAGE, « La nullité d'un contrat d'assurance-vie souscrit par le curatelaire au bénéfice de son curateur sans assistance d'un curateur *ad hoc* est facultative », *RJPF* 2010-6/30 ; D. NOGUÉRO, « Assurance-vie : défaut d'assistance du curateur et refus de qualification en donation (à propos de l'arrêt de la première chambre civile du 17 mars 2010) », *Defrénois* 2010, art. 39135, p.

<sup>31</sup> *Adde*, C. civ., art. 483, 4°

<sup>32</sup> N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, préc., n° 413.33.

<sup>33</sup> C. civ., art. 494-1, al. 1<sup>er</sup>.

c'était donc le défaut d'assistance qui était sanctionné et non pas le conflit d'intérêts entre le curateur et le curatelaire.

**18. Dépassement de pouvoir.** C'est sur le terrain du conflit d'intérêts que s'est placée, en revanche, la Cour de cassation par un arrêt du 5 octobre 2017. En l'espèce, un homme en curatelle avait délivré, avec l'assistance de son fils curateur, congé au preneur de parcelles de terre dont il était propriétaire, afin d'en permettre la reprise par son curateur. Contrairement aux arrêts de 2010 et 2009, le curateur conflicté ne s'était pas abstenu d'assister la personne protégée, de sorte que trouvaient à s'appliquer, non pas les l'article 465, 2° sanctionnant par la nullité facultative l'absence d'assistance du curatelaire, mais l'article 465, 4° relatif au dépassement de pouvoirs du curateur. La sanction du conflit d'intérêts réside ainsi dans une nullité de droit, dont le prononcé s'impose au juge. Pour autant, il s'agit d'une nullité relative dont peut seule se prévaloir la personne protégée. Or, en l'espèce, c'est le preneur congédié qui l'invoquait. En conséquence, la Haute juridiction censure l'arrêt d'appel ayant annulé le congé en décidant que « *l'action en nullité de droit des actes passés, postérieurement au jugement d'ouverture de la curatelle, par la personne protégée ou son curateur, ne peut être exercée [...] que par le majeur protégé assisté du curateur, pendant la durée de la curatelle, par le majeur protégé après la mainlevée de la mesure de protection et par ses héritiers après son décès* »<sup>38</sup>. La prescription est enfermée dans le délai de droit commun de cinq ans et court, sauf suspension de la prescription au profit de la personne protégée du vivant de celle-ci, à compter du jour de l'acte<sup>39</sup>. Ces solutions sont applicables sous les mesures de protection judiciaire et sous l'habilitation familiale, dont les dispositions reprennent celles de la tutelle et de la curatelle<sup>40</sup>. C'est dire tout l'enjeu attaché à la prévention des conflits d'intérêts en droit tutélaire.

1440 ; G. RAOUL-CORMEIL, « L'opposition d'intérêts, obstacle à la magistrature tutélaire », *RGDA* 2011. 397.

<sup>38</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 oct. 2017, n° 16-21.973, NP, *D.* 2018. 1458, obs. J.-J. LEMOULAND et D. NOGUÉRO ; *Defrénois* 2018, 134WO, p. 28, obs. D. NOGUÉRO ; *AJfam.* 2017. 652, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *Dr. famille* 2017, comm. 250, note I. MARIA.

<sup>39</sup> V. à propos de la prescription de l'action en nullité résultant de l'insanité d'esprit (C. civ., art. 414-1), Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 déc. 2023, n° 18-25557, *Dr. famille* 2024, comm. 21, note I. MARIA ; *D.* 2024, p. 622, note G. RAOUL-CORMEIL, *JCP N* 2024, 1004, n° 35 et s., note N. PETERKA.

<sup>40</sup> C. civ., art. 494-9.





# La protection des majeurs vulnérables en droit allemand

Frédérique FERRAND

Professeure de droit privé à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

## Introduction

Le premier Code de procédure civile de l'Allemagne unifiée de 1877 contenait une procédure contentieuse d'incapacité (*Entmündigungsverfahren*) des malades mentaux<sup>1</sup> et des prodiges (§ 645 à 687 anciens du *Zivilprozessordnung*, ZPO) qui n'a été que peu modifiée jusqu'en 1990<sup>2</sup>. Le Code civil allemand de 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) entré en vigueur le 1er janvier 1900, énonçait quant à lui les causes de mise sous un régime de protection juridique (§ 6 anc., BGB<sup>3</sup>) et consacrait les institutions de la tutelle (*Vormundschaft*) et de la curatelle (*Pflegschaft*) des majeurs.

Ce régime juridique fut peu à peu vivement critiqué au motif que la perte de la capacité d'exercice constituait une grave atteinte aux droits fondamentaux du majeur protégé et empêchait ce dernier, qui était par voie de conséquence dénué de la capacité d'agir en justice, d'engager quelque action contre le tuteur. Étaient également contestés le fait que le majeur n'ait aucune influence sur le choix du tuteur qui lui serait désigné ainsi que l'absence de critères légaux permettant d'apprécier l'aptitude de l'éventuel tuteur à accomplir sa mission correctement, lequel tuteur n'était en

autre aucunement accompagné ou assisté dans la réalisation de sa tâche. La procédure étant contentieuse, elle était en principe publique, si bien qu'était mis en cause l'effet de stigmatisation de la personne faisant l'objet de la mesure de tutelle. C'est à la fin des années 1980 que se firent entendre des voix de plus en plus fortes préconisant une autre approche de la protection des majeurs vulnérables, qui situerait celle-ci moins dans un lien juridique de représentation et davantage dans un mécanisme flexible et individualisé prenant en compte les spécificités de chaque majeur concerné.

Première grande réforme en 1990 – Changement de paradigme – Ainsi fut adoptée la loi de réforme du droit de la tutelle et de la curatelle des majeurs<sup>4</sup>, dite « *Betreuungsgesetz* » du 12 septembre 1990, qui entra en application le 1er janvier 1992 et devança largement les préconisations de la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, dont le Préambule souligne notamment « l'importance pour les personnes handicapées de leur autonomie et de leur indépendance individuelles, y compris la liberté de faire leurs propres choix »<sup>5</sup>. Cette loi a pu être qualifiée de « loi du siècle » (*Jahrhundertsgesetz*) tant elle révolutionnait le paradigme de la protection des majeurs en Allemagne. Tutelle et curatelle des majeurs étaient en effet supprimées, et remplacées par un nouveau concept, celui de « *Betreuung* » (assistance, prise en charge, accompagnement)<sup>6</sup>,

<sup>1</sup> En cas de maladie mentale, la procédure de *Entmündigung* entraînait une incapacité totale d'exercice (§ 104, al. 3 anc., BGB) alors que dans les autres cas, la capacité du majeur protégé était limitée, comme pour les mineurs de plus de sept ans (§ 114 anc., BGB).

<sup>2</sup> Était compétent le tribunal cantonal (*Amtsgericht*) du domicile du majeur ; la demande de placement sous régime de protection juridique – à laquelle devait être jointe un certificat médical – pouvait être formée par l'époux ou tout parent, de même que par le parquet (pour ce dernier, seulement en cas de maladie mentale du majeur à protéger). Le tribunal des tutelles diligentait alors une expertise pour la préparation de laquelle le majeur pouvait être interné pendant jusqu'à six semaines. Si le tribunal prononçait la mise sous tutelle, l'office de la protection de la jeunesse (*Jugendamt*) était informé et proposait au tribunal le nom d'un tuteur (en général le conjoint ou un parent). Si le tribunal faisait droit à la demande de placement sous protection juridique, le majeur concerné pouvait saisir le tribunal régional (*Landgericht*) d'une demande d'annulation de la décision.

<sup>3</sup> Maladie mentale, faiblesse d'esprit, prodigalité, alcoolisme et addiction à la drogue.

<sup>4</sup> *Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG)*, BGBl. 1990. I. 2002. Cette loi modifia environ 300 dispositions législatives contenues dans une cinquantaine de lois. Fut notamment considérablement réformée la partie du Livre 4 du BGB (droit de la famille) consacrée à la tutelle des majeurs, partie qui fut remplacée par les § 1896 à 1908i du BGB.

<sup>5</sup> La Convention a été signée le 30 mars 2007 par l'Allemagne et ratifiée le 24 février 2009. La France l'a signée le 30 mars 2007 également et ratifiée le 18 février 2010.

<sup>6</sup> Comp. A. CARON D'ÉGLISE, *Rapport de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridiques des personnes*, 2018, p. 97, proposition n° 18 (« Créer une mesure unique de protection, mesure d'assistance et de soutien à l'exercice des droits : la sauvegarde des droits »).



terme aux contours variables suivant ce qui sera nécessaire au majeur. Sur le plan procédural, les procédures juridictionnelles qui étaient initialement ancrées pour partie dans le Code de procédure civile allemand (*Zivilprozessordnung*, ZPO) en ce qui concernait le *Entmündigungsverfahren* (procédure de mise sous régime de protection entraînant l'incapacité juridique), pour partie dans la loi sur la juridiction gracieuse (*Gesetz zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit*, FGG<sup>7</sup>) en matière de curatelle pour vulnérabilité (*Gebrechlichkeitspflegschaft*), ont été remplacées dans la réforme du 12 septembre 1990 par une procédure unique dénommée « *Betreuungsverfahren* » (procédure d'assistance, ou d'accompagnement) d'abord placée dans les § 65 et suivants de la FGG, aujourd'hui dans la loi sur la procédure familiale et la procédure gracieuse (FamFG, § 271 et suivants). Il convient également de mentionner la loi d'organisation de l'accompagnement (*Betreuungsorganisationsgesetz*, BrOG), qui aborde notamment la question de l'autorité publique d'accompagnement (*Betreuungsbehörde*)<sup>8</sup> et de son rôle, les associations reconnues d'accompagnement (*anerkannte Betreuungsvereine*) ainsi que les accompagnants professionnels (*berufliche Betreuer*), les conditions et la procédure de leur enregistrement (inscription)<sup>9</sup>.

Jusqu'en 2022, le droit de la « *Betreuung* », placé dans les § 1896 et suivants du BGB, demeura stable. On notera néanmoins deux textes successifs ayant pour objet l'adaptation de la rémunération des « *Betreuer* » (accompagnants) et des tuteurs : une loi du 22 juin 2019<sup>10</sup> et un projet (devenu proposition<sup>11</sup>) de loi visant à la loi à adapter la rémunération et à décharger les juridictions chargées de la protection des majeurs ainsi que les accompagnants (*Betreuer*)<sup>12</sup>. Ce dernier texte, adopté récemment par Bundestag et Bundesrat (le 21 mars 2025), a pour objectif de compenser l'inflation<sup>13</sup>, d'accroître l'attractivité de la *rechtliche Betreuung* (accompagnement ou assistance juridique), de réduire la bureaucratie afin d'atteindre un système transparent de rémunération. En outre, la rémunération doit être adéquate, car c'est une condition permettant de garantir les bases d'une assistance/accompagnement fonctionnant de façon adaptée pour les personnes concernées<sup>14</sup>. La réforme conserve les trois critères de rémunération de l'accompagnant juridique à titre professionnel<sup>15</sup> (statut de la personne protégée : avec ou sans ressources ; lieu de résidence : à domicile avec soins en ambulatoire ou accueil dans une structure ; durée de l'accompagnement), tout en réduisant de 60 à 16 les forfaits de rémunération et en procédant également à d'autres simplifications. Pour les accompagnants à titre bénévole, l'allocation forfaitaire pour frais<sup>16</sup> (*Aufwandspauschale*) qu'ils peuvent solliciter (§ 1878 BGB<sup>17</sup>) est également augmentée. Si la recherche d'une

<sup>7</sup> Cette loi a été abrogée et remplacée à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2009 par la loi sur la procédure en matière familiale et dans les affaires relevant de la juridiction gracieuse du 17 décembre 2008 (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, FamFG).

<sup>8</sup> L'autorité en question peut varier selon les *Länder*. Jusqu'à la réforme instaurant la *Betreuung*, les autorités publiques pouvant intervenir en matière de tutelle ou curatelle de majeurs étaient les offices de protections de la jeunesse (*Jugendämter*), ce qui était considéré comme discriminatoire pour les majeurs vulnérables, « infantilisés ». Aujourd'hui, chaque *Land* décidant librement à quelle autorité il confie ces responsabilités, cela peut être le district (*Landkreis*), ou encore les bureaux d'arrondissement (*Bezirksämter*, à Berlin), l'office des services sociaux (Brême). Dans certaines grandes villes, il existe des offices d'accompagnement (*Betreuungsämter*) ; dans la plupart des communes, l'autorité d'accompagnement fait partie d'un autre organisme public, tel que l'office de protection de la jeunesse, le service social ou encore le service de santé. Ces autorités ont diverses missions (not. conseil aux et formation des accompagnants ; assistance au tribunal dans la recherche d'informations avant placement sous régime de *Betreuung*, certification publique de signature en matière de mandat de protection future, ou enregistrement des accompagnants professionnels depuis le 1<sup>er</sup> janv. 2023) ; des employés de l'autorité peuvent être chargés de la gestion de mesures d'accompagnement si le majeur ne peut être suffisamment assisté ni par une ou plusieurs personnes physiques ni par une association de tutelle (V. § 1818, al. 4, BGB ; on les dénomme alors *Behördenbetreuer*).

<sup>9</sup> V. aussi l'ordonnance sur l'enregistrement des *Betreuer* (*Betreuerregistrierungsverordnung*, BTRRegV) du 13 juillet 2022.

<sup>10</sup> *Gesetz zur Anpassung der Betreuer- und Vormündervergütung* du 22 juin 2019, *BGBI.* 2019, I, p. 866.

<sup>11</sup> Proposition émanant des groupes parlementaires SPD et Bündnis90-Die Grünen.

<sup>12</sup> *Gesetzesentwurf zur Anpassung der Betreuer- und Vormündervergütung und zur Entlastung von Betreuungsgerichten und Betreuten*. Pour des détails, V. le site du ministère fédéral de la justice : [www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024\\_Neuregelung\\_Betreuerverguetung.html](http://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Neuregelung_Betreuerverguetung.html).

<sup>13</sup> Une loi provisoire prévoyant un paiement spécifique pour compenser l'inflation (*Gesetz zur Regelung einer Inflationsausgleichs-Sonderzahlung für berufliche Betreuer, Betreuungsvereine und ehrenamtliche Betreuer und zur Änderung des Betreuungsorganisationsgesetzes* du 22 déc. 2023, *BGBI.* 2023, I, n° 391) n'est applicable que jusqu'au 31 déc. 2025.

<sup>14</sup> V. Angie SCHNEIDER, *FamRZ-Newsletter* 21/2024 : *Betreuungsrecht?*, qui parle de tarif horaire correct et de « dynamisation » de la rémunération.

<sup>15</sup> V. la loi sur la rémunération des tuteurs et accompagnants (*Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz*, VVBVG). Pour l'accompagnant à titre bénévole, la loi prévoit que lui est versé un forfait de 425 € par an pour ses dépenses (*Aufwandspauschale*, § 1878, al. 1<sup>er</sup>, BGB en lien avec § 22 de la loi sur la rémunération des experts, interprètes et traducteurs, JVEG).

<sup>16</sup> Tels que transports, frais de port, etc.

<sup>17</sup> Selon le § 1868, al. 1<sup>er</sup>, BGB, l'allocation forfaitaire correspond, pour une année, à 17 fois le montant maximum de l'indemnité versée à un

rémunération adéquate de la fonction d'accompagnement est saluée, des critiques avaient néanmoins été formulées à l'encontre du projet de loi au motif que l'augmentation ne serait pas adéquate et ne permettrait notamment pas aux associations d'accompagnement de financer leurs coûts de personnel<sup>18</sup>. La loi nouvelle entrera en application le 1<sup>er</sup> janvier 2026.

Seconde réforme en 2021 : parfaire et conforter les orientations de 1990 – Une réforme du droit de la *Betreuung* fut en outre réalisée par une loi du 4 mai 2021<sup>19</sup> entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023<sup>20</sup>. Son objectif était de mettre encore davantage au cœur de la réglementation les souhaits de la personne vulnérable et de concrétiser les dispositions de l'article 12 de la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées<sup>21</sup>. L'exigence de nécessité de la *Betreuung* doit être encore plus rigoureusement examinée en pratique ; la personne protégée doit bénéficier de la plus large autodétermination possible<sup>22</sup>, la mesure d'accompagnement et sa mise en œuvre

tendant avant tout à soutenir le majeur, à établir et réaliser ses souhaits. Le concept de « bien-être » (*Wohl*) du majeur protégé a été supprimé,<sup>23</sup> car il incitait les accompagnants à apprécier eux-mêmes ce qu'il convenait de faire au regard du bien-être de la personne protégée, au lieu de lui laisser le pouvoir de décider. La réforme de 2021 a pour slogan « Assistance plutôt que représentation »<sup>24</sup>.

Après avoir exposé les règles centrales du droit matériel réformé de la *Betreuung* (I), il conviendra d'examiner le cadre procédural (II).

## I. Le droit matériel de la *Betreuung*

Une fois le prononcé de la mesure d'accompagnement examiné (1), sera exposée sa mise en œuvre (2).

### 1. Prononcé d'une mesure d'accompagnement

**Conditions de l'établissement d'une *Betreuung*.** – Le § 1814 du BGB constitue aujourd'hui la disposition centrale énonçant les conditions dans lesquelles une mesure d'accompagnement peut être prononcée. Il formule *trois conditions cumulatives* :

- 1° le majeur n'est pas en mesure de gérer tout ou partie de ses affaires<sup>25</sup> ;
- 2° cela est dû à une maladie ou un handicap ; et
- 3° la désignation d'un accompagnant (*Betreuer*) doit être nécessaire : selon le § 1814, al. 3, BGB, la désignation n'est notamment pas nécessaire si les affaires du majeur peuvent être gérées de la même manière par un mandataire ne faisant pas partie des personnes visées au

(la protection « favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie » de la personne protégés).

<sup>23</sup> Critique sur la suppression de ce critère, remplacé par les « souhaits » du majeur vulnérable, V. D. Schwab, préc., *FamRZ* 2023, p. 3 s. : selon cet auteur, la mission de l'accompagnant en est rendue beaucoup plus complexe, car il doit, tout en s'efforçant de suivre la volonté du majeur, analyser les risques liés aux souhaits de ce dernier et apprécier si celui-ci est en mesure de les percevoir.

<sup>24</sup> D. Schwab, préc., *FamRZ* 2023, p. 6.

<sup>25</sup> Il convient de tenir compte de la réalité objective du besoin d'assistance et non de l'incapacité subjective de l'intéressé, V. C. féd. Justice [BGH], 13 mars 2024, XII ZB 439/23, *NJW-RR* 2024, p. 937.

témoin pour une heure de travail manquée (V. § 22 de la loi sur la rémunération et l'indemnisation dans la justice, *Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz*, qui prévoit actuellement un montant de 25 euros par heure de travail manquée par un témoin convoqué au tribunal).

<sup>18</sup> V. l'avis de l'association de magistrats *Neue Richtervereinigung* d'octobre 2024, qui critique aussi le fait qu'en envisageant de baisser l'allocation forfaitaire en cas d'accompagnement de longue durée au domicile du majeur vulnérable, le projet de loi tend indirectement à ne pas favoriser le maintien à domicile de l'intéressé.

<sup>19</sup> *Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts* du 4 mai 2021, *BGBI.* 2021, I, p. 882.

<sup>20</sup> V. D. Schwab, « Das neue Bild der rechtlichen Betreuung und das Freiheitsproblem », *FamRZ* 2023, p. 1.

<sup>21</sup> L'art. 12 de la Convention énonce en substance que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique, que les États parties reconnaissent qu'elles jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres et prennent des mesures appropriées pour donner à ces personnes accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique. Parallèlement, il convient que mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus. En vertu de l'art. 12.4, « Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée ».

<sup>22</sup> Droit garanti par l'article 2 de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*, GG). Comp. art. 415, al. 3 *in fine* du Code civil français

§ 1816, al. 6<sup>26</sup>, BGB ou par d'autres formes d'assistance pour lesquelles aucun représentant légal n'est désigné, notamment une assistance fondée sur des dispositions de droit social ou d'autre nature. Si le majeur a rédigé un mandat de protection future (*Vorsorgevollmacht*), il ne sera par exemple pas nécessaire que le tribunal nomme un accompagnant (§ 1820 BGB)<sup>27</sup>. Il convient toutefois que le juge de la protection vérifie d'office la validité du mandat.

L'alinéa 2 du § 1814 BGB précise qu'un accompagnant ne peut être nommé contre la volonté du majeur si ce dernier est en mesure d'exprimer une volonté libre. La nomination du *Betreuer* se fait à la demande du majeur ou d'office. Si le majeur n'est pas en mesure de gérer ses affaires uniquement en raison d'une maladie physique ou d'un handicap, la nomination ne peut avoir lieu qu'à sa demande, à moins qu'il ne soit pas en mesure de manifester sa volonté. Si le majeur a la volonté libre refuse toute mesure d'accompagnement, il n'est donc pas possible de la lui imposer.

**Décision judiciaire ordonnant un accompagnement juridique (*gerichtliche Betreuung*). Choix de l'accompagnant (*Betreuer*).** – Le tribunal (*Betreuungsgericht*) nomme un accompagnant (*Betreuer*) apte à s'occuper des affaires juridiques du majeur dans le domaine (*Aufgabenkreis*) que fixera le juge et à maintenir un contact personnel dans la mesure nécessaire avec le majeur protégé (§ 1817, al. 1<sup>er</sup>, BGB). Priorité étant donnée à la volonté de ce dernier, le code précise que, si le majeur souhaite qu'une personne déterminée soit son accompagnant, ce souhait doit être respecté, sauf si la personne souhaitée n'est pas apte<sup>28</sup> à assumer la mission.

<sup>26</sup> Ce texte vise les personnes qui se trouvent dans une relation de dépendance ou dans toute autre relation étroite avec un propriétaire d'établissement ou un prestataire de services intervenant dans la prise en charge de majeurs.

<sup>27</sup> Comp. art. 428 du Code civil français qui a un contenu similaire.

<sup>28</sup> V. sur les conditions du rejet du souhait du majeur concerné, C. féd. Justice [BGH], 28 févr. 2024, XII ZB 213/23, *NJW-RR* 2024, p. 683 (la personne proposée par le majeur ne peut être écartée, faute d'aptitude, que si, sur la base d'une évaluation globale de toutes les circonstances pertinentes concernant tous les domaines de la mesure de protection, il existe un risque concret que la personne proposée ne veuille pas ou ne soit pas en mesure d'assurer l'assistance pour le bien du majeur). L'aptitude peut s'apprécier sur le plan des compétences (les exigences sur ce point doivent demeurer raisonnables en ce qui concerne les accompagnants à titre bénévole, *ehrenamtliche Betreuer*) comme sur le plan personnel (question not. des probables conflits d'intérêts), V. S. MAZUR, Einleitung, *Betreuungsrecht*, Munich : Beck, dtv, 19<sup>e</sup> éd. 2024, p. IX. Pour les accompagnants professionnels (*berufliche Betreuer*), V. les conditions posées par l'ordonnance sur

De même, si le majeur refuse une personne déterminée, ce souhait doit être respecté, à moins que le refus ne porte pas sur la personne même de l'accompagnant, mais sur la désignation d'un accompagnant en tant que tel<sup>29</sup>, § 1816, al. 2, BGB. Le tribunal n'a donc pas en l'espèce de pouvoir d'appréciation, la volonté libre (positive ou négative) du majeur vulnérable étant placée au centre de la réglementation. Dans le cas où le majeur ne propose personne qui puisse être son accompagnant (*Betreuer*) ou si la personne proposée n'est pas appropriée, le choix du tribunal doit tenir compte des relations familiales du majeur, notamment avec son conjoint, ses parents et ses enfants, de ses liens personnels ainsi que du risque de conflits d'intérêts (al. 3). La loi favorise et priorise l'accompagnement à titre bénévole par un proche (membre de la famille, ami...) <sup>30</sup>. Un accompagnant professionnel (*beruflicher Betreuer*) n'est désigné que si aucune personne appropriée n'est disponible pour assumer cette mission à titre bénévole (al. 5). La personne nommée par le tribunal est tenue d'assumer la mission qui lui est confiée si l'on peut raisonnablement attendre d'elle qu'elle le fasse, compte tenu de sa situation familiale, professionnelle et autre ; elle ne peut être désignée qu'après s'être déclarée prête à assumer la tâche (§ 1819, al. 1 et 2, BGB)<sup>31</sup>.

leur enregistrement (*Betreuerregistrierungsverordnung*), not. son § 3 (compétence à établir par divers certificats ou attestations de diplôme, modules ou formations), ainsi que les § 23 à 27 de la loi sur l'organisation de la *Betreuung* (*Betreuungsorganisationsgesetz*).

<sup>29</sup> Il est également tenu compte des souhaits exprimés par le majeur avant l'introduction de la procédure d'accompagnement, à moins qu'il ne veuille manifestement pas les maintenir. Quiconque prend connaissance de l'introduction d'une procédure de désignation d'un *Betreuer* pour un majeur et possède un document dans lequel le majeur a exprimé des souhaits concernant le choix du *Betreuer* ou l'exercice de la mesure d'accompagnement pour le cas où un accompagnant devrait être désigné pour lui (*Betreuungsverfügung*), doit transmettre ce document au tribunal de la protection (§ 1816, al. 2 *in fine*, BGB).

<sup>30</sup> Cela peut aussi être une personne que le majeur ne connaît pas, mais la réforme de 2021 entrée en vigueur en 2023 exige qu'elle soit rattachée à une association d'accompagnement (*Betreuungsverein*) reconnue ou à une autorité publique d'accompagnement (§ 1816, al. 4, BGB en lien avec § 14 et 15 de la loi sur l'organisation de la *Betreuung*, *Betreuungsorganisationsgesetz*), en vue de garantir la qualité des services fournis. La réforme de 2021 prévoit désormais la possibilité d'un entretien entre le majeur et son potentiel accompagnant professionnel afin qu'ils fassent connaissance avant que le tribunal nomme ce dernier, § 12, al. 2, BrOG.

<sup>31</sup> L'accompagnant peut être conseillé et assisté par le greffier juridictionnel (*Rechtspfleger*) du tribunal. Afin que la juridiction puisse conseiller et surveiller au mieux, l'accompagnant – sauf s'il est bénévole et a un lien personnel ou de parenté avec le majeur vulnérable – doit lui fournir un rapport initial (*Anfangsbericht*) sur la situation personnelle de la personne protégée et, le cas échéant, un inventaire de ses biens (§ 1835 BGB).



**Étendue de la mission de l'accompagnant.** – La loi raisonne en termes de « domaines de mission » (*Aufgabenbereiche*) de l'accompagnant. Le juge précise en détail dans sa décision sur quelles questions l'accompagnant pourra et devra assister le majeur protégé (§ 1815, al. 1<sup>er</sup>, BGB)<sup>32</sup>. Un domaine de mission ne peut être attribué dans la décision judiciaire « *que si et dans la mesure où sa prise en charge par un accompagnant est nécessaire* »<sup>33</sup>. Le principe est donc celui du « cousu main » et non pas de la confection industrielle ! Dans chaque cas, le juge doit s'interroger sur les domaines dans lesquels le soutien de l'accompagnant s'avère nécessaire pour le majeur. Il semble que les tribunaux compétents en la matière (*Betreuungsgerichte*) retiennent aujourd'hui des domaines de mission formulés plus étroitement<sup>34</sup>. Certaines décisions ne peuvent être prises par l'accompagnant que si elles figurent expressément parmi les domaines de mission énoncés dans le dispositif du jugement<sup>35</sup>. L'habilitation de l'accompagnant se faisant selon des « domaines » déterminés par le jugement prononçant la mesure de protection, il est possible que le tribunal décide de nommer plusieurs accompagnants si cela permet une meilleure gestion des affaires du majeur<sup>36</sup> ; dans une telle hypothèse, le juge détermine quel domaine est confié à quel accompagnant (§ 1817, al. 1<sup>er</sup>, BGB)<sup>37</sup>. Il est également possible de désigner dans le jugement un accompagnant de remplacement (*Verhinderungsbetreuer*)

en cas d'empêchement de fait<sup>38</sup> de celui qui a été nommé à titre principal (§ 1817, al. 4, BGB).

## 2. Mise en œuvre de la mesure d'accompagnement

**Dispositions générales.** – Le § 1821 BGB est considéré comme la « *Magna Carta*<sup>39</sup> » de l'accompagnement du majeur vulnérable. Le rôle de l'accompagnant est avant tout d'aider le majeur à s'occuper lui-même de ses affaires<sup>40</sup>, à le soutenir dans l'expression de sa volonté et de ses préférences ; il ne fait donc usage de son pouvoir de représentation<sup>41</sup> que si cela s'avère nécessaire (§ 1821, al. 1<sup>er</sup>, BGB), car le majeur demeure en principe capable<sup>42</sup>. En ce qui concerne la capacité d'ester en justice du majeur protégé et son éventuelle représentation par le *Betreuer*, la réforme de 2021, entrée en vigueur en 2023, a entendu clarifier les choses : désormais, le § 52 du Code allemand de procédure civile (*Zivilprozessordnung*, ZPO) énonce de façon générale qu'« *une personne a la capacité d'agir en justice dans la mesure où elle peut s'engager par contrat* » ; selon le § 53 ZPO, pour les personnes pour lesquelles un *Betreuer* a été désigné, la capacité d'ester en justice est régie par les dispositions générales<sup>43</sup>. Lorsqu'une personne protégée est représentée par un *Betreuer* dans un litige, ce

<sup>32</sup> Le § 1815, al. 1<sup>er</sup>, BGB, emploie le terme de « *Aufgabenkreis* » (champ de la mission) pour l'ensemble des missions confiées à l'accompagnant. Le champ de mission peut se composer de plusieurs « domaines » (*Aufgabenbereiche*).

<sup>33</sup> Comp. art. 428, dernier al., du Code civil français, qui dispose que la mesure de protection est « *proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé* ».

<sup>34</sup> V. S. MAZUR, *Einleitung, Betreuungsrecht*, op. cit., p. IX, qui précise qu'il n'est plus possible d'indiquer comme champ de mission « tous domaines » (*alle Angelegenheiten*).

<sup>35</sup> V. § 1815, al. 2, BGB : il s'agit du placement du majeur lié à une privation de liberté conformément au § 1831 al. 1<sup>er</sup>, BGB, d'une mesure de privation de liberté au sens du § 1831, al. 4, BGB indépendamment du lieu de séjour du majeur, de la fixation de la résidence habituelle du majeur à l'étranger, de la détermination du droit de visite du majeur, de la décision relative aux communications de la personne protégée, y compris ses communications électroniques, ainsi que de la décision concernant la réception, l'ouverture et l'arrêt du courrier du majeur protégé.

<sup>36</sup> Comp. art. 447 s. du Code civil français.

<sup>37</sup> Si plusieurs accompagnants se voyaient confier par le tribunal le même domaine de mission, ils devraient en principe agir conjointement, sauf décision contraire du tribunal ou péril en la demeure (§ 1817, al. 3, BGB).

<sup>38</sup> En cas d'empêchement de droit de l'accompagnant pour certains domaines, le tribunal désigne un accompagnant complémentaire (*Ergänzungsbetreuer*), § 1817, al. 5, BGB.

<sup>39</sup> V. S. WEBER-KÄSSER, « Die Reform des Betreuungsrechts », consultable sur : <https://anwaltsblatt.anwaltsverein.de>. V. aussi S. MAZUR, *Einleitung, Betreuungsrecht*, op. cit., p. XI.

<sup>40</sup> V. aussi l'al. 6 du § 1821 BGB : « *L'accompagnant doit contribuer, dans le cadre de ses fonctions, à ce que les possibilités de rétablir ou d'améliorer la capacité du majeur à s'occuper de ses propres affaires soient exploitées* ». Pessimiste sur un droit « idéal » de la *Betreuung*, V. D. Schwab, préc., *FamRZ* 2023, p. 8, selon qui « le droit idéal de la protection, qui n'admettrait d'ingérence extérieure qu'à due proportion de la limitation de l'autonomie de la personne concernée, afin d'assurer la protection requise, n'est peut-être qu'une illusion ».

<sup>41</sup> V. § 1823 BGB : « *Dans le cadre de ses fonctions, l'accompagnant peut représenter la personne protégée en justice ainsi qu'extrajudiciairement* ». V. toutefois § 1824 (pas de représentation dans certaines situations, not. pour un acte juridique conclu par le majeur avec son conjoint ou l'un de ses parents en ligne directe).

<sup>42</sup> Sauf dans le cas envisagé au § 104, n° 2, BGB : n'a pas la capacité d'exercice la personne « *se trouvant dans un état de trouble mental pathologique excluant une volonté libre, à moins que cet état ne soit, par sa nature, passager* ».

<sup>43</sup> Sur la notification des actes en cas de régime de *Betreuung*, V. § 170a ZPO (copie du document doit être notifiée également au *Betreuer* s'il est connu et si ses attributions sont concernées par l'acte notifié. Si la notification est faite au *Betreuer* directement, copie doit être adressé au majeur protégé).

dernier peut depuis 2023, à tout moment de la procédure, déclarer au tribunal, par écrit ou déclaration au greffe, que la procédure sera dorénavant exclusivement conduite par lui (déclaration d'exclusivité, *Ausschließlichkeitserklärung*). Dès réception de cette déclaration, la personne protégée est assimilée, pour la suite du litige, à une personne n'ayant pas la capacité d'ester en justice<sup>44</sup>. Il s'agit de protéger le majeur contre les actes de procédure qu'il pourrait accomplir au détriment de ses propres intérêts.

Un autre élément clé réside dans l'exigence que l'accompagnant gère les affaires du majeur de manière à ce que ce dernier puisse, dans le cadre de ses possibilités, organiser sa vie selon ses souhaits et préférences (al. 2), même si ceux-ci sont dispendieux, dès lors que le patrimoine du majeur n'est pas considérablement mis en danger sans que celui-ci puisse reconnaître ce danger<sup>45</sup>. Que faire lorsque l'accompagnant ne peut déterminer ces souhaits ou ne peut y répondre<sup>46</sup> ? Il doit alors rechercher la volonté présumée<sup>47</sup> du majeur sur la base d'éléments concrets (déclarations antérieures, convictions éthiques ou religieuses, autres valeurs personnelles...) et la respecter (al. 4). Dans le cadre de sa mission, l'accompagnant doit maintenir le contact personnel nécessaire avec le majeur, se faire régulièrement une impression personnelle de celui-ci et discuter avec lui de ses affaires afin de renforcer le plus possible son autodétermination.

Il est toutefois possible pour le juge de la protection – lorsque cela est nécessaire pour éviter un danger grave pour la personne ou le patrimoine du majeur vulnérable –, d'ordonner que ce dernier aura besoin du consentement de l'accompagnant pour une déclaration de volonté concernant un domaine de compétence confiée à celui-ci (« réserve

de consentement », *Einwilligungsvorbehalt*, § 1825, al. 1<sup>er</sup>, BGB)<sup>48</sup>, sauf toutefois si le majeur vulnérable s'y oppose de sa libre volonté. Certains actes ne peuvent donner lieu à une telle « réserve de consentement »<sup>49</sup>.

**Distinction selon les domaines.** – Les dispositions du BGB distinguent différents domaines et sous-domaines dans lesquels le *Betreuer* peut se voir confier la mission d'assister le majeur vulnérable. Il peut s'agir d'une assistance à la personne<sup>50</sup> (*Personensorge*), ou d'une assistance dans la gestion patrimoniale (*Vermögenssorge*)<sup>51</sup>, ou des deux en même temps. La décision du juge est détaillée quant aux domaines de mission qu'il attribue à l'accompagnant.

**Actes de l'accompagnant nécessitant une autorisation du tribunal (*Genehmigungsvorbehalte*).** – La réforme de 2021 a réorganisé les actes soumis à autorisation selon les différents domaines d'assistance du majeur (§ 1848 à 1854 BGB)<sup>52</sup>. Sont notamment soumis à autorisation du tribunal des tutelles :

<sup>44</sup> Le *Betreuer* peut à tout moment revenir sur sa déclaration d'exclusivité avec effet pour l'avenir, § 53, al. 2, 3<sup>e</sup> phrase, ZPO.

<sup>45</sup> L'accompagnant doit donc déterminer les souhaits du majeur vulnérable, les respecter et soutenir celui-ci juridiquement lors de leur réalisation. Cela vaut également pour les souhaits que la personne assistée a exprimés avant la nomination de l'accompagnant, à moins qu'elle ne souhaite manifestement pas les maintenir (§ 1821, al. 2, BGB). Toutefois, l'accompagnant n'est pas tenu d'accéder aux désirs du majeur si ce dernier ou son patrimoine seraient considérablement mis en danger et que le majeur ne peut reconnaître ce danger en raison de sa maladie ou de son handicap ou si le respect des souhaits exprimés ne peut être exigé du tuteur (al. 3).

<sup>46</sup> Pour les raisons envisagées à l'al. 3 du § 1821, BGB, V. note précédente.

<sup>47</sup> Lors de la détermination de cette volonté présumée (*mutmaßlicher Wille*), les proches parents et autres personnes de confiance de la personne sous tutelle doivent se voir donner l'occasion de s'exprimer (§ 1821, al. 4 *in fine*, BGB).

<sup>48</sup> En pratique, une telle réserve de consentement n'est ordonnée par le juge qu'en matière patrimoniale, V. S. MAZUR, *Einleitung, Betreuungsrecht*, op. cit., p. XVII. Son prononcé suppose un danger concret concernant le patrimoine de la personne protégée, V. C. féd. Justice [BGH], 20 déc. 2023, XII ZB 514/21, NJW 2024, p. 1270 (cela peut être le cas lorsque le majeur n'a pas de vue d'ensemble de son patrimoine immobilier étendu et n'est pas en mesure de l'administrer).

<sup>49</sup> Il en va ainsi (§ 1825, al. 2, BGB) des déclarations de volonté visant à contracter un mariage, des actes de disposition à cause de mort, de la contestation d'un pacte successoral ou de son annulation par contrat, ainsi que des actes que, selon le BGB, une personne ayant une capacité juridique limitée peut passer seule. En outre, même si le juge a ordonné une « réserve de consentement » de l'accompagnant, le majeur n'en a pas besoin si la déclaration de volonté lui procure seulement un avantage juridique ; il en va de même (sauf décision contraire du tribunal) pour les actes concernant les actes modestes de la vie courante (al. 3).

<sup>50</sup> Il peut par ex. s'agir de fixer le lieu de résidence du majeur protégé. La réforme réalisée par la loi du 4 mai 2021 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023, a réglé la question des relations du majeur avec des tiers : l'accompagnant ne peut déterminer les relations du majeur avec d'autres personnes, avec effet pour et contre des tiers, que si le majeur le souhaite ou est menacé d'un danger concret au sens du § 1821, al. 3, 1<sup>o</sup>, BGB (danger pour la personne ou le patrimoine de la personne protégée). L'accompagnement en matière de santé (*Gesundheitssorge*) fait également partie de l'assistance à la personne (*Personensorge*), de même que le placement du majeur vulnérable (*Unterbringung*). La décision du juge précise de façon détaillée lesquels de ces domaines entrent dans la mission de l'accompagnant.

<sup>51</sup> § 1835 à 1860 BGB. Sur les actes en matière patrimoniale soumis à autorisation judiciaire, V. § 1848 à 1854 BGB.

<sup>52</sup> Certains actes sont complètement interdits au *Betreuer* professionnel : il ne peut par ex. pas accepter d'argent (sauf pour rémunération de sa fonction) ou de don autre, que ce soit entre vifs ou à cause de mort,

- les placements des sommes non nécessaires pour les dépenses du majeur protégé ailleurs que sur un compte de placement ouvert auprès d'un établissement de crédit<sup>53</sup> ;
- les actes de disposition sur différents droits et titres mobiliers, sous réserve d'exception en cas de montants modestes (§ 1849 BGB) ;
- les actes de disposition portant sur des biens immobiliers ou des navires (§ 1850 BGB) ;
- les actes relatifs à une succession (refus d'une succession ou d'un legs, acte de disposition sur la part successorale ou de réserve successorale du majeur, contestation d'un pacte successoral – *Erbvertrag* –, etc., § 1851 BGB) ;
- les actes juridiques relevant du droit commercial et du droit des sociétés (§ 1852 BGB : divers actes d'acquisition ou d'aliénation d'un commerce, de parts dans une société de personnes ou de droits dans une société de capitaux, l'octroi d'une procuration...) ;
- les contrats portant sur des prestations successives, tels que la conclusion d'un contrat de bail ou de bail rural d'une durée supérieure à quatre ans, § 1853 BGB ;
- divers autres actes, tels que ceux obligeant le majeur protégé à disposer de la totalité de son patrimoine, l'engagement de prendre en charge l'obligation d'un tiers, un contrat de cautionnement, une donation (sauf don modeste approprié au regard du niveau de vie du majeur), ou encore une transaction ou une convention d'arbitrage (sauf si l'objet du litige ou de l'incertitude peut être évalué en argent et ne dépasse pas la valeur de 6 000 euros ou si la transaction découle d'une proposition de transaction émanant du tribunal, et écrite ou consignée au procès-verbal de l'audience).

On notera que pour un acte de stérilisation de la personne majeure, un accompagnant spécial doit être désigné (*Sterilisationsbetreuer*), et que, si le majeur n'est pas en mesure de consentir personnellement à la mesure, l'accompagnant spécial ne peut solliciter l'autorisation du tribunal de faire procéder à la stérilisation qu'à des conditions très restrictives (§ 1830 BGB<sup>54</sup>). La mesure requiert toujours l'autorisation du

tribunal<sup>55</sup>. De même, depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2024, l'accompagnant peut déclarer un changement de sexe à l'état civil pour la personne protégée n'ayant pas la capacité juridique d'exercice (§ 2 et 3, al. 3, de la loi sur l'autodétermination en matière de mention du sexe à l'état civil du 19 juin 2024<sup>56</sup>), mais cette déclaration requiert l'autorisation du juge de la protection.

**Nouvelle réglementation du mandat de protection future (*Vorsorgevollmacht*).** – Il convient de distinguer le mandat de protection future (*Vorsorgevollmacht*) et les directives portant spécifiquement sur la désignation d'un *Betreuer* (*Betreuungsverfügung*). Le premier évite la désignation d'un accompagnant par le tribunal alors que les secondes indiquent quelle personne doit être désignée comme *Betreuer* par le tribunal si leur auteur n'est pas en mesure de s'exprimer lui-même et qu'un besoin concret de prise en charge apparaît. Les différences majeures entre les deux sont que 1<sup>o</sup> le tribunal ne contrôle pas le mandataire alors qu'il exerce son contrôle sur l'activité du *Betreuer*, qui doit adresser annuellement des comptes au juge ; 2<sup>o</sup> les directives de prise en charge ne prennent effet que lorsque leur auteur n'est plus en mesure de prendre lui-même des décisions, alors que le mandat de protection future peut prendre effet dès sa conclusion, mais est en général conservé par son auteur par-devers lui jusqu'à ce qu'il ressente le besoin de le remettre au mandataire pour que ce dernier assume les missions qui lui sont confiées dans l'acte.

Dès avant la réforme de 2021, le BGB prévoyait la possibilité d'un mandat de protection future établi par le majeur et qui trouverait application lorsque celui-ci le déciderait ou lorsque la nécessité s'en ferait sentir. Des formulaires peuvent être téléchargés sur différents sites (dont celui du

V. § 30, al. 1<sup>er</sup>, BtOG, qui prévoit dans ses alinéas 2 et 3 quelques exceptions.

<sup>53</sup> § 1848 en lien avec le § 1841 BGB.

<sup>54</sup> Selon le § 1830 BGB, le *Sterilisationsbetreuer* ne peut consentir à la stérilisation de la personne protégée, lorsque celle-ci ne peut consentir elle-même, que si : 1<sup>o</sup> La stérilisation correspond à la « volonté

naturelle » (*natürlicher Wille*) de la personne prise en charge ; 2<sup>o</sup> La personne protégée demeurera durablement hors d'état de donner son consentement ; 3<sup>o</sup> Il est probable que sans la stérilisation, une grossesse surviendrait ; 4<sup>o</sup> À la suite de cette grossesse, naîtrait un danger pour la vie ou un risque d'atteinte grave à l'état de santé physique ou psychique de la femme enceinte, qui ne pourrait être évité par des moyens raisonnables, et 5<sup>o</sup> La grossesse ne pourrait être évitée par d'autres moyens raisonnables.

<sup>55</sup> Avant d'autoriser la mesure, le juge de la protection doit entendre personnellement le majeur et se faire une impression personnelle de celui-ci, § 297, al. 1<sup>er</sup>, FamFG. Sur l'audition d'autres personnes ou autorités, V. al. 2 et 3. Avant de statuer, le juge doit ordonner des expertises portant sur les aspects médicaux, psychologiques, sociaux ainsi que de pédagogie sexuelle.

<sup>56</sup> *Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag*, BGBl. 2024, I, n° 206.



ministère fédéral de la justice<sup>57</sup>) ; le mandat peut également être signé devant notaire ou être certifié par l'autorité publique compétente (*Betreuungsbehörde*, § 7 BtOG)<sup>58</sup>. L'existence du mandat ainsi que le nom du mandataire (de même que les directives en cas de *Betreuung*) peuvent faire l'objet d'un enregistrement à un registre central spécifique pour ce type de prévoyance (*Zentrale Vorsorgeregister*)<sup>59</sup> tenu auprès de la Chambre fédérale du notariat (*Bundesnotarkammer*)<sup>60</sup>. Depuis la réforme de 2021, c'est le § 1820 BGB qui règle cette question avec quelques modifications. Le mandat de protection future l'emporte sur tout régime de protection judiciaire<sup>61</sup>. Ainsi, toute personne ayant connaissance de l'ouverture d'une procédure de protection d'un majeur et qui est en possession d'un document dans lequel le majeur a donné à une autre personne le pouvoir de s'occuper de ses affaires, doit en informer immédiatement le tribunal de la protection (§ 1820, al. 1<sup>er</sup>, BGB). Si le § 1820 ne semble pas imposer la forme écrite de façon générale pour ce mandat, son alinéa 2 prévoit toutefois que certains actes, pour pouvoir être accomplis par le mandataire, doivent être contenus dans un mandat écrit de protection future et être énoncés expressément par celui-ci : il s'agit du consentement ou

non, ou de la révocation d'un consentement à des mesures médicales (examens, soins, intervention médicale, V. § 1829 BGB) ; du placement en un lieu fermé et du consentement à des mesures de privation de liberté dues à une contention ou des médicaments (V. § 1831 BGB) ; du consentement à une mesure médicale d'examen, de soin ou d'intervention contre la volonté du majeur (§ 1832 BGB).

Le § 1820, al. 3, BGB, prévoit dans certains cas<sup>62</sup> la possibilité pour le tribunal de désigner un « *Kontrollbetreuer* », sorte de « subrogé accompagnant » qui contrôle les mesures adoptées par le mandataire et peut se voir attribuer la mission de faire valoir les droits du mandant à l'encontre du mandataire, ainsi que celle de mettre en œuvre les droits du mandant d'obtenir informations et restitution de comptes de la part de tiers (§ 1815, al. 3, BGB). La réforme entrée en vigueur en 2023 prévoit en outre que le tribunal peut interdire au mandataire (provisoirement) d'exercer les pouvoirs prévus dans le mandat de protection futur et lui ordonner de restituer le mandat écrit au « *Kontrollbetreuer* »<sup>63</sup>, lorsqu'un danger actuel existe que le mandataire n'agisse pas conformément aux souhaits du mandant et mette ainsi gravement en danger la personne du mandant ou son patrimoine ou que le mandataire entrave le *Kontrollbetreuer* dans l'exercice de ses fonctions (§ 1820, al. 4, BGB). Ce dernier peut ultérieurement, sur autorisation du tribunal, révoquer le mandat de protection future. Si le mandat porte sur des mesures d'assistance personnelle (*Personensorge*) ou sur des domaines essentiels de l'assistance patrimoniale, la révocation du mandat n'est possible que si le maintien de celui-ci fait craindre, avec une probabilité suffisante et une gravité considérable, une atteinte future à la personne ou au patrimoine de la personne protégée<sup>64</sup> et si des mesures moins contraignantes ne semblent pas adaptées pour éviter un tel dommage. Par cette réforme, le législateur

<sup>57</sup> V. le site : [www.bmj.de/DE/service/formulare/form\\_vorsorgevollmacht/form\\_vorsorgevollmacht\\_node.html](http://www.bmj.de/DE/service/formulare/form_vorsorgevollmacht/form_vorsorgevollmacht_node.html). Les formulaires sont disponibles également en anglais, arabe, français, italien, russe, turc et ukrainien.

<sup>58</sup> Pour certains actes tels que le transfert de propriété d'un bien immobilier et son inscription dans le livre foncier, la loi exige un mandat soit notarié, soit certifié par l'autorité publique d'accompagnement (*Betreuungsbehörde*), § 29, al. 1<sup>er</sup> de la loi sur le livre foncier (*Grundbuchordnung*, GBO).

<sup>59</sup> Comp., pour l'introduction d'un registre central en France, A. CARON d'ÉGLISE, *Rapport de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridiques des personnes*, 2018, p. 99, proposition n° 40 (« Créer un répertoire civil unique national et dématérialisé assurant la publicité de toutes les mesures de protection judiciaires et des dispositions anticipées, accessible aux juridictions, aux notaires et aux avocats »).

<sup>60</sup> Ainsi, si le tribunal envisage de nommer un *Betreuer*, il peut préalablement se renseigner auprès du registre pour savoir si un mandat de protection future ou des directives en cas de future *Betreuung* ont été déclarés. Le document écrit contenant le mandat n'est pas déposé au registre, seule son existence et le nom du mandataire y sont déclarés. Pour des détails, V. [www.vorsorgeregister.de](http://www.vorsorgeregister.de) (site sur lequel il est possible à toute personne de déclarer directement not. l'existence du mandat, ou de directives anticipées, *Patientenverfügung*). Différentes cases peuvent être cochées quant aux domaines auxquels s'étend le mandat de protection future (affaires patrimoniales, questions de santé ; mesures médicales telles qu'examen, soins ou intervention ; mesures médicales de contrainte, dont une hospitalisation sous contrainte ; placement et mesures privatives de liberté ; autres affaires personnelles). De même, il peut être indiqué où se trouve l'écrit contenant le mandat (chez le mandant, entre les mains du mandataire, auprès d'un notaire ou d'une institution...).

<sup>61</sup> V. dans le même sens, art. 428 du Code civil français.

<sup>62</sup> Il faut que la désignation soit nécessaire, et elle est réputée l'être lorsque le mandant n'est plus en mesure d'exercer ses droits vis-à-vis du mandataire en raison d'une maladie ou d'un handicap, et qu'il y a lieu de supposer, sur la base d'indices concrets, que le mandataire ne s'occupe pas des affaires du mandant conformément au mandat ou à la volonté (déclarée ou présumée) du mandant.

<sup>63</sup> Cela entraîne une sorte de suspension du mandat de protection future, dans l'attente que le tribunal et le *Kontrollbetreuer* conduisent des investigations sur la situation et l'attitude du mandataire. C'est dans un second temps que, le cas échéant, le tribunal autorisera la révocation du mandat.

<sup>64</sup> « Wenn das Festhalten an der Vollmacht eine künftige Verletzung der Person oder des Vermögens des Betreuten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt ».

allemand a entendu privilégier la protection de l'intérêt du majeur sur le droit à l'autodétermination de ce dernier.

**Le droit de représentation d'un époux en matière de santé (*Ehegattennotvertretungsrecht*).** – L'article 428 du Code civil français dispose qu'une mesure de protection judiciaire n'est ordonnée que s'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par la mise en œuvre du mandat de protection future conclu par l'intéressé, par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429 du code ou, par une autre mesure de protection moins contraignante. Ces articles visent avant tout des actes de nature patrimoniale (régime matrimonial, acte pour lequel le concours des deux époux serait nécessaire).

La réforme allemande entrée en application en 2023 a, elle, introduit dans le § 1358 BGB (livre 4 du code consacré au droit de la famille) un droit de représentation de l'époux *en matière de santé* pour une durée de six mois<sup>65</sup>. En vertu de ce texte, si, en raison d'un état d'inconscience ou d'une maladie, l'un des époux ne peut s'occuper de ses affaires de santé, l'autre époux le représente et peut à sa place : 1° consentir ou s'opposer à des examens de santé, à des traitements ou à des interventions médicales, ainsi que recevoir des explications médicales ; 2° conclure et faire appliquer des conventions portant sur un traitement, une hospitalisation ou des mesures urgentes de rééducation et de soins ; 3° décider de mesures conformément au § 1831, al. 4<sup>66</sup>, pour autant que la durée de la mesure ne dépasse pas six semaines ; et 4° faire valoir les droits que le conjoint représenté a à l'égard de tiers en raison de la maladie et les céder aux prestataires de soins ou exiger le paiement à ces derniers. Les médecins traitants sont, dans ces limites, déliés du secret professionnel à l'égard du conjoint représentant, lequel peut consulter le dossier médical et en autoriser la communication à des tiers (al. 2)<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> § 1358, al. 3, 4°, BGB.

<sup>66</sup> Mesures de privation de liberté par contention ou traitement médicamenteux en cas de séjour en hôpital ou dans une autre institution.

<sup>67</sup> L'al. 3 du § 1358 BGB exclut le jeu de cette représentation dans diverses hypothèses (1° les époux sont séparés ; 2° l'époux représentant ou le médecin traitant a connaissance du fait que le conjoint représenté refuse d'être représenté par son époux, ou a donné procuration à quelqu'un d'autre pour s'occuper de ses affaires, dans la mesure où cette procuration couvre les questions visées à l'al. 1<sup>er</sup> du § 1358 BGB ; 3° un *Betreuer* a été désigné pour l'époux représenté et sa mission

Le § 1358, al. 4, BGB précise que le médecin à l'égard duquel l'époux exerce son droit de représentation confirme par écrit la réalisation des conditions posées par l'alinéa premier ainsi que la date à laquelle celles-ci se sont réalisées, remet à l'époux représentant une déclaration écrite attestant que les conditions légales sont remplies et qu'il n'existe pas de cause d'exclusion au sens l'alinéa 3 ; il se fait assurer par écrit par le conjoint représentant que le droit de représentation n'a pas été exercé jusqu'à présent pour les mêmes motifs, et qu'aucune cause d'exclusion n'existe. L'époux représentant doit tenir compte des souhaits précédemment exprimés par son conjoint (éventuellement dans des directives anticipées, *Patientenverfügung*). Comme en matière de *Betreuung* ou de mandat de protection future, les mesures médicales dangereuses<sup>68</sup> ou les mesures privatives de liberté nécessitent une autorisation du tribunal de la protection<sup>69</sup>. Ce dernier est le chef d'orchestre de la procédure de mise sous protection juridique d'un majeur vulnérable.

## II. Le droit procédural de la *Betreuung*

**Juridiction compétente.** – En vertu du § 23a de la loi sur l'organisation juridictionnelle allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG), les tribunaux cantonaux (*Amtsgerichte*)<sup>70</sup> sont notamment exclusivement compétents pour les affaires familiales et les affaires de la juridiction gracieuse, sauf dispositions légales contraires. Font partie de la longue liste des « affaires de la juridiction gracieuse » (*Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*) les dossiers de mise sous protection juridique (*Betreuung*), de placement (*Unterbringung*) ainsi que les autres affaires relevant de la juridiction de la protection (*betreuungsgerichtliche Zuweisungssachen*)<sup>71</sup>. Au

couvre les questions visées à l'al. 1<sup>er</sup> du § 1358 ; 4° les conditions posées à l'al. 1<sup>er</sup> ne sont plus remplies). Le mandat de protection future ou la désignation d'un *Betreuer* l'emportent en effet sur le droit de représentation de l'époux en vertu du § 1358 BGB.

<sup>68</sup> Il s'agit des examens, traitements ou interventions pouvant provoquer le décès ou une atteinte grave et durable à la santé de l'époux représenté, sauf si l'intervention a un caractère urgent. Il en va de même en cas de refus de l'époux représentant à l'égard de telles mesures médicales alors qu'elles sont indiquées et que si elles n'étaient pas réalisées, l'époux représenté pourrait décéder ou subir une atteinte grave et durable à sa santé.

<sup>69</sup> V. § 1829 et 1831 BGB.

<sup>70</sup> Ils correspondent plus ou moins aux anciens tribunaux d'instance français.

<sup>71</sup> § 23a, al. 2, 1°, GVG. Il s'agit pour la dernière catégorie des affaires de curatelle (dans des hypothèses très exceptionnelles, V. § 1882, 1883, 1884 BGB), de désignation judiciaire de tout autre représentant

sein du tribunal cantonal est établie une section particulière pour les affaires en lien avec la protection juridique (au sens de la définition de ces matières telle qu'énoncée au § 271 FamFG<sup>72</sup>) ; cette section dénommée « *Betreuungsgericht* » (tribunal de l'accompagnement ou de la protection) est composée de magistrats spécialisés (*Betreuungsrichter*)<sup>73</sup> qui statuent à juge unique.

La loi sur la procédure familiale et la juridiction gracieuse (FamFG) contient des dispositions procédurales consacrées à la *Betreuung* (§ 271 à 311) et d'autres relatives au placement (*Unterbringung*, § 312 à 339 FamFG).

La procédure de placement sous un régime de protection juridique (*Betreuung*) est déclenchée soit sur demande de la personne vulnérable, soit d'office par le tribunal (dans ce dernier cas, il y est incité par des faits portés à sa connaissance, par exemple par des proches, la direction de l'établissement où réside le majeur, l'autorité d'accompagnement, *Betreuungsbehörde*, ou le parquet).

Le tribunal cantonal exclusivement compétent est établi par le § 272, al. 1<sup>er</sup>, FamFG qui fixe un ordre à respecter<sup>74</sup> : 1<sup>o</sup> si un accompagnant a déjà été désigné, sera compétent le tribunal auprès duquel la mesure de protection est pendante ; 2<sup>o</sup> dans le cas contraire, le tribunal dans le ressort duquel l'intéressé a sa résidence habituelle ; 3<sup>o</sup> le tribunal dans le ressort duquel le besoin d'assistance se fait sentir (si le majeur n'a pas de résidence habituelle en Allemagne) ; enfin 4<sup>o</sup> si l'intéressé est allemand, compétence du tribunal cantonal de Berlin Schöneberg (cela vise l'hypothèse où un Allemand se trouve à l'étranger)<sup>75</sup>.

pour un majeur ainsi que des autres procédures attribuées par la loi à la juridiction de la protection (*Betreuungsgericht*) et qui ne sont ni des affaires d'accompagnement, ni des affaires de placement (§ 340 FamFG).

<sup>72</sup> Loi allemande sur la procédure familiale et la procédure gracieuse, *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*.

<sup>73</sup> Un magistrat stagiaire ne peut exercer ces fonctions la première année suivant sa nomination.

<sup>74</sup> Pour des dérogations en cas de mesures provisoires, V. l'al. 2.

<sup>75</sup> V. W. STERNAL (dir.), *FamFG*, Munich : Beck éd., 21<sup>e</sup> éd. 2023, § 272, n° 5, par M. GIER. Pour des cas dans lesquels la juridiction compétente peut transférer sa compétence à une autre juridiction, par ex. en cas de changement de domicile de la personne protégée et accomplissement des missions du *Betreuer* pour l'essentiel en ce nouveau lieu, V. § 273 FamFG.

## Déroulement de la procédure – Les participants<sup>76</sup>.

La loi allemande sur la procédure familiale et la procédure gracieuse (FamFG) s'applique à la procédure de *Betreuung*, tant dans sa partie Dispositions générales (§ 1 à 110) que dans sa partie spécialement consacrée à l'accompagnement et au placement (§ 271 à 341). Elle pose en principe qu'en matière de protection juridique, la personne concernée a la capacité d'ester en justice indépendamment de sa capacité d'exercice (§ 275, al. 1<sup>er</sup>, FamFG)<sup>77</sup>. Dès le début de la procédure, le tribunal doit donc informer la personne concernée, de la manière la plus adaptée possible, des tâches d'un *Betreuer*, du déroulement possible de la procédure ainsi que des frais pouvant résulter de la désignation d'un tel accompagnant (al. 2). La loi sur la juridiction gracieuse précise également qui doit et qui peut participer à la procédure de placement sous régime de *Betreuung*. En matière gracieuse, il n'est pas question de « parties » (*Parteien*) mais de « participants » (*Beteiligte*), afin de ne pas opposer des positions mais au contraire d'impliquer les intéressés dans une solution la plus adéquate possible. *Doivent* ainsi participer à la procédure de *Betreuung* : l'intéressé, le *Betreuer* (si son domaine de mission est concerné)<sup>78</sup> et le mandataire s'il en existe un (dans la mesure où le champ du mandat est concerné), § 274, al. 1<sup>er</sup>, FamFG. De même, si le tribunal désigne<sup>79</sup> un curateur procédural (*Verfahrenspfleger*)<sup>80</sup> au majeur, il doit

<sup>76</sup> Sur l'importance d'être participant pour avoir accès au dossier (*Akteneinsicht*) et pouvoir former recours, V. D. KURZE, « Das streitige Betreuungsverfahren », *NJW* 2024, 3098 et C. féd. Justice [BGH], 20 nov. 2014, XII ZB 86/14, *NJW* 2015, p. 1180.

<sup>77</sup> Selon la Cour constitutionnelle fédérale (C. const. féd. [BVerfG], 6 juill. 2020, 1 BvR 2843/17), le § 275 FamFG vise à garantir que la personne concernée soit traitée comme capable d'engager une action dans toutes les procédures relevant du droit de l'accompagnement, sans qu'il soit tenu compte de sa capacité juridique. La capacité procédurale indépendante de la capacité juridique tend à « renforcer la position juridique de la personne concernée dans la procédure d'accompagnement. La personne concernée ne doit pas être un simple objet de la procédure. Elle doit au contraire, en tant que sujet de la procédure, pouvoir exprimer elle-même sa volonté dans la procédure et défendre elle-même ses intérêts. La capacité procédurale de la personne concernée est ainsi l'expression de la reconnaissance de sa dignité humaine et de son droit de la personnalité » (p<sup>1</sup> 19 de l'arrêt).

<sup>78</sup> Ou le futur *Betreuer* si la nécessité d'une mesure d'accompagnement est établie et que le choix de l'accompagnant se concentre sur lui, V. W. STERNAL (dir.), *FamFG*, op. cit., § 274, n° 3, par M. GIER et C. féd. Justice [BGH], 15 sept. 2010, XII ZB 166/10, *FamRZ* 2010, p. 1897.

<sup>79</sup> Le juge de la protection apprécie souverainement à quel moment il est opportun de désigner un curateur à la procédure, V. W. STERNAL (dir.), *FamFG*, op. cit., § 276, n° 17, par M. Gier.

<sup>80</sup> V. § 276 FamFG : le tribunal désigne un curateur procédural à la personne concernée si cela est nécessaire pour la défense des intérêts de celle-ci (l'absence de désignation doit être motivée). Cela est le cas



être participant à la procédure (al. 2) ; la Cour fédérale de Justice est très vigilante à ce que soit nommé un tel curateur à la procédure s'il ne peut, sinon, être garanti que le majeur pourra exercer ses droits<sup>81</sup>. Quant à l'autorité compétente (service social, service de l'accompagnement des majeurs...), elle doit, sur sa demande, être considérée comme partie dans les procédures concernant la désignation d'un *Betreuer* ou la formulation judiciaire d'une réserve de consentement, ainsi que dans celles portant sur l'étendue, le contenu ou l'existence des décisions dans ces domaines (al. 3). En revanche, celui qui a suggéré l'ouverture de la procédure n'est pas participant nécessaire.

*Peuvent* être participants à la procédure dans les procédures en lien avec une *Betreuung* ou une réserve de consentement, dans l'intérêt du majeur vulnérable, son conjoint ou son concubin (en l'absence de séparation durable entre eux), ainsi que ses parents, ses parents nourriciers, ses grands-parents, ses

descendants, ses frères et sœurs et une personne de confiance<sup>82</sup>. Le juge de la protection peut décider d'impliquer d'office un proche dans la procédure, ou se prononcer sur la requête en ce sens du proche. Un représentant du Trésor public peut aussi participer à la procédure si l'intérêt de ce dernier peut être affecté par l'issue de la procédure (al. 4)<sup>83</sup>.

**Déroulement de la procédure – La préparation et l'audition de l'autorité compétente.** – Très tôt dans la procédure, le tribunal sollicite de l'autorité publique de protection (*Betreuungsbehörde*) un rapport social. Le § 279, al. 2, FamFG prévoit que l'audition de l'autorité publique de protection doit avoir lieu avant que le juge ordonne une expertise ; elle porte notamment sur les éléments suivants : 1° la situation personnelle et sociale de la personne concernée ainsi que son état de santé ; 2° la nécessité d'une mesure judiciaire d'accompagnement, ou d'autres aides appropriées<sup>84</sup> ; 3° le choix de l'accompagnant en privilégiant le bénévolat (§ 1816 BGB) et 4° le point de vue de la personne concernée à ce sujet<sup>85</sup>.

**Expertise ou certificat médical.** – De même un expert (psychiatre ou médecin ayant une expérience dans le domaine de la psychiatrie) doit être désigné par le juge (§ 280 FamFG)<sup>86</sup>. La mission de l'expert est de déterminer si une mesure

en principe si l'audition personnelle du majeur est écartée conformément au § 278, al. 4 en relation avec le § 34, al. 2 FamFG (l'audition mettrait en danger de façon majeure la santé du majeur, ou celui-ci n'est manifestement pas en mesure d'exprimer sa volonté), ou si la nomination d'un accompagnant ou la mise en place d'une réserve de consentement doit être effectuée contre la volonté déclarée du majeur vulnérable. Le curateur à la procédure doit déterminer les souhaits ou, à défaut, la volonté présumée de la personne concernée et les faire valoir au cours de la procédure judiciaire. Il informe également la personne concernée de manière appropriée quant à l'objet, au déroulement et à l'issue possible de la procédure et, si nécessaire, l'assiste dans l'exercice de ses droits tout au long de celle-ci. Mais le curateur à la procédure (qui est une personne physique) n'est pas le représentant légal du majeur. Aucun curateur à la procédure n'est nommé (ou bien la désignation est annulée) si les intérêts du majeur sont représentés par un avocat ou un autre mandataire approprié. La mission du curateur à la procédure prend fin au plus tard lorsque la décision finale est passée en force de chose jugée ou lorsque la procédure est close d'une autre manière. En principe, le curateur n'est pas rémunéré, mais peut obtenir remboursement de ses dépenses (§ 1877 BGB), sauf s'il s'agit d'une personne exerçant cette fonction à titre professionnel (le tribunal devant toutefois privilégier la désignation d'un curateur bénévole).

<sup>81</sup> D. KURZE, « Das streitige Betreuungsverfahren », préc., p. 3099 et C. féd. Justice [BGH], 13 nov. 2013, XII ZB 339/13, *NJW* 2014, p. 785 (il convient de nommer un curateur à la procédure lorsque la personne concernée, en raison d'une maladie, est considérablement atteinte dans sa capacité à défendre ses intérêts dans la procédure dont l'objet est d'ordonner une assistance de contrôle – *Kontrollbetreuung* – dans le cadre d'un mandat de protection future au champ très large) ; C. const. féd. [BVerfG], 6 juill. 2020, 1 BvR 2843/17, *NJW* 2021, p. 691 (le § 275 FamFG, qui dispose que, dans les affaires de *Betreuung*, le majeur concerné est capable d'ester en justice indépendamment de sa capacité juridique, peut avoir des conséquences néfastes pour l'intéressé et le tribunal doit désigner un curateur à la procédure dès que cela s'avère nécessaire pour la défense des intérêts du majeur).

<sup>82</sup> Il convient de demander à être participant à la procédure dans les premières conclusions, § 7, al. 3 FamFG.

<sup>83</sup> Cela sera le cas si l'État doit prendre en charge les frais de l'accompagnant parce que la personne à protéger n'a pas de revenus suffisants.

<sup>84</sup> V. § 1814, al. 3, BGB. L'autorité indique si d'autres mesures d'assistance pourraient suffire, V. § 8 BtOG : si des indices de nécessité d'assistance apparaissent, l'autorité soumet au majeur une offre de conseil et de soutien afin d'éviter la désignation d'un accompagnant. Le conseil et le soutien comprennent l'obligation de procurer, avec l'accord du majeur, d'autres aides sans désignation de *Betreuer*. Un contact doit notamment être établi entre la personne concernée et les services de conseil et de soutien du système d'aide sociale. Dans le cas de prestations soumises à une demande, la personne concernée doit être aidée à faire elle-même les demandes nécessaires. L'autorité coopère avec les organismes compétents en matière de prestations sociales afin de fournir une aide appropriée pour éviter le prononcé d'une *Betreuung*.

<sup>85</sup> En cas de nécessité urgente, le juge de la protection peut, pour le cours de la procédure, nommer un accompagnant provisoire (*vorläufiger Betreuer*) ou ordonner que le consentement préalable de l'accompagnant sera nécessaire pour certains actes, § 300 FamFG. La décision provisoire perd ses effets au bout de six mois au plus tard (§ 302 FamFG).

<sup>86</sup> Jurisprudence constante, V. par ex. C. féd. Justice [BGH], 15 févr. 2017, XII ZB 510/16, *NJW-RR* 2017, p. 642. Selon le § 281 FamFG, le juge peut toutefois ne pas désigner d'expert lorsqu'il préexiste une expertise médicale établie dans le cadre du Code de la sécurité sociale en vue d'établir l'état de dépendance (*Pflegebedürftigkeit*) du

judiciaire d'accompagnement est nécessaire ; pour ce faire, l'expert doit examiner ou interroger personnellement le majeur<sup>87</sup>, il ne peut en principe se contenter d'une analyse sur dossier<sup>88</sup>. L'expertise porte sur le tableau de la maladie ou du handicap, ainsi que son évolution ; les examens effectués et leurs résultats ; l'état physique et psychique de la personne concernée ; le besoin d'assistance requis, d'un point de vue médical, par la maladie ou le handicap ; la durée probable de la mesure (§ 280, al. 3, FamFG). L'expertise<sup>89</sup> permet au juge aussi d'apprécier si le majeur est en mesure d'exprimer une volonté libre. Lorsque c'est le majeur lui-même qui sollicite la mesure d'accompagnement et qu'il renonce à un examen par expert, un certificat médical sera suffisant si une expertise est considérée comme disproportionnée, notamment au regard de l'étendue de la mission confiée à l'accompagnant (§ 291 FamFG).

**Déroulement de la procédure – Les auditions – Audition de la personne concernée par la mesure.** – L'audition du majeur vulnérable est placée au cœur de la procédure juridictionnelle<sup>90</sup> (§ 278 FamFG) : le juge doit entendre personnellement le majeur<sup>91</sup> (en se rendant le cas échéant là

où il réside) et s'enquérir de ses souhaits avant de nommer un accompagnant, sauf cas exceptionnel<sup>92</sup>. L'audition a pour but non seulement de respecter le droit d'être entendu du majeur, mais également de permettre au juge de la protection de se faire une impression personnelle de la personne concernée (ce que la loi exige), de son environnement habituel si l'intéressé le demande ou si cela permet d'éclaircir les faits et si la personne concernée ne s'y oppose pas. L'audition joue un rôle central dans le cadre des investigations conduites d'office par le juge de la protection<sup>93</sup>. L'objectif est d'impliquer le plus possible le majeur dans la procédure qui le concerne, dans le respect de ses droits fondamentaux (notamment à l'autodétermination), afin de concevoir un accompagnement « *dans une logique de parcours individualisé* »<sup>94</sup>. Le juge aborde ainsi avec le majeur le résultat de l'expertise, la personne ou l'instance qui pourrait être envisagée comme accompagnant, l'étendue des missions à lui confier et la date de durée de la mesure dans un premier temps avant que le juge statue de nouveau (§ 278, al. 2, FamFG)<sup>95</sup> ; cela signifie que l'audition du majeur vulnérable a lieu à la fin de l'instance, avant que la décision soit prononcée<sup>96</sup>. Lorsque le juge a désigné un curateur à la procédure, l'entretien personnel doit avoir lieu en sa présence. La loi prévoit que si le majeur refuse de se présenter, le juge peut le faire amener par l'autorité compétente, laquelle ne peut recourir à la force<sup>97</sup> que si le tribunal l'a expressément ordonné (§ 278, al. 5 et 6, FamFG).

majeur. La Cour constitutionnelle fédérale a jugé que la personne concernée doit en principe être entendue (au moins par écrit) avant que le juge n'ordonne l'expertise, V. C. const. féd. [BVerfG], 3 mars 2022, 1 BvR 618/22, *RPfleger* 2022, p. 19.

<sup>87</sup> Sur les mesures de contrainte ou de placement que le juge peut ordonner afin que le majeur se soumette aux examens nécessaires en vue de l'expertise, V. § 283 et 284 BGB.

<sup>88</sup> Il a toutefois été admis, dans un cas où la personne concernée refusait de se faire examiner, que l'expert pouvait rédiger son rapport sans l'avoir examinée personnellement, en tenant compte des documents disponibles et des indications du personnel traitant, V. C. féd. Justice [BGH], 27 avr. 2016, XII ZB 711/15, *NJW-RR* 2016, p. 833.

<sup>89</sup> L'expertise doit être transmise à la personne concernée et/ou à son représentant, V. C. féd. Justice [BGH], 19 août 2015, XII ZB 610/14, *NJW* 2016, p. 159. Sur des critiques quant à la qualité variable des expertises, V. D. KURZE, « Das streitige Betreuungsverfahren », préc., p. 3100, qui estime que la faiblesse majeure des expertises consiste en une insuffisante clarification de la situation de fait.

<sup>90</sup> V. C. féd. Justice [BGH], 4 nov. 2020, XII ZB 344/20 ; *NJW* 2021, p. 1881 (si le juge de première instance n'a pas procédé à l'audition du majeur, la juridiction sur recours doit le faire elle-même). Sur les cas dans lesquels la juridiction de recours doit entendre la personne protégée même si elle l'a déjà été en première instance, V. C. féd. Justice [BGH], 1er mars 2023, XII ZB 285/22, *NJW-RR* 2023, p. 752 (cas où la juridiction de recours ordonne une nouvelle expertise).

<sup>91</sup> V. C. féd. Justice [BGH], 2 août 2023, XII ZB 303/22, *NJW-RR* 2023, p. 1297 : même si la procédure ne se termine pas par la désignation d'un accompagnant, l'obligation d'enquêter d'office du § 26 FamFG peut imposer d'entendre la personne concernée et d'ordonner une expertise. Dans le même sens déjà C. féd. Justice [BGH], 13 févr. 2019, XII ZB 485/18, *FamRZ* 2019, p. 736. Le tribunal ne peut renoncer à l'audition personnelle du majeur que si toutes les possibilités non

contraignantes ont été épuisées et si une présentation sous contrainte du majeur devant le juge serait disproportionnée, C. féd. Justice [BGH], 2 août 2023, XII ZB 75/23, *NJW* 2023, p. 3798. – Sur la question de la nouvelle audition de la personne protégée en cas d'extension ou de prolongation de la mesure, V. G. DODEGGE, « Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Juli 2024 », *NJW* 2024, p. 2655.

<sup>92</sup> V. § 278, al. 4, FamFG : si l'entretien personnel n'a pas lieu parce qu'il y a lieu de craindre des inconvénients majeurs pour la santé de la personne concernée, la décision ne peut être prise que sur la base d'un avis médical.

<sup>93</sup> C. féd. Justice [BGH], 29 juin 2016, XII ZB 603/15, *NJW* 2016, p. 3098.

<sup>94</sup> Expression issue de A. CARON d'ÉGLISE, *Rapport de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridiques des personnes*, 2018, p. 10.

<sup>95</sup> Lorsque cela semble approprié, le juge attire l'attention du majeur sur la possibilité d'un mandat de protection future, son contenu et la possibilité de son enregistrement auprès du registre central de prévoyance.

<sup>96</sup> En ce sens, W. STERNAL (dir.), *FamFG, op. cit.*, § 278, n° 18, par M. GERS.

<sup>97</sup> Elle est habilitée à demander, si nécessaire, l'aide de la police. Le domicile du majeur ne peut être ouvert, pénétré et fouillé par la force sans son consentement que si le tribunal l'a expressément ordonné en vue de sa présentation à une audition (§ 278, al. 7, FamFG).

**Audition des autres participants, de l'autorité de protection et du représentant légal.** – Avant de procéder à la désignation d'un accompagnant (*Betreuer*)<sup>98</sup>, le juge doit entendre les autres participants à la procédure (§ 279, al. 1<sup>er</sup>, FamFG) ainsi que, si le majeur le demande, une personne qui lui est proche à condition que cela n'entraîne pas de retard procédural excessif (al. 3).

**La décision désignant l'accompagnant (*Betreuungsbeschluss*).** – Avant de désigner un accompagnant si la procédure en a fait apparaître la nécessité, le juge s'enquiert de savoir si un mandat de protection future (*Vorsorgevollmacht*) ou des directives d'accompagnement (*Betreuerverfügung*) ont été déposés par le majeur vulnérable auprès du registre central de prévoyance. Si tel était le cas, ces dispositions seraient prioritaires. Si cela n'est pas le cas, le juge rend une décision dont le dispositif (*Beschlussformel*) indique : le nom de l'accompagnant<sup>99</sup> ainsi que le champ de sa mission et les différents domaines précis en relevant<sup>100</sup> (§ 286 FamFG) ; si la décision impose le consentement préalable de l'accompagnant à certains actes passés par le majeur (*Einwilligungsvorbehalt*), elle indique le champ des déclarations de volonté concernées par cette exigence ; enfin, le jugement indique la date ultime à laquelle le tribunal devra supprimer ou prolonger la mesure de protection.

La décision prend effet à compter de sa notification (par écrit ou par oral) à l'accompagnant (*Betreuer*) qu'elle désigne<sup>101</sup>. Elle est également notifiée à la personne concernée

ainsi qu'à son curateur à la procédure ; toutefois, les motifs de la décision peuvent ne pas lui être communiqués si, selon un certificat médical, cela est nécessaire afin d'éviter des inconvénients majeurs pour sa santé. (§ 288, al. 1<sup>er</sup>, FamFG). L'autorité publique de protection compétente est également informée de la décision et de son contenu (al. 2).

**Recours contre la décision.** – Un recours dénommé *Beschwerde* est ouvert dans le délai d'un mois<sup>102</sup> contre la décision du juge de la protection. Les dispositions générales concernant ce recours se trouvent dans les § 58 et suivants de la FamFG. Dans la partie spéciale consacrée à la mesure d'accompagnement (*Betreuung*), le § 303 FamFG énonce des règles complémentaires. Le recours est ouvert à l'autorité publique de protection compétente contre la décision nommant un accompagnant ou mettant en place une nécessité de consentement préalable de l'accompagnant pour certains actes passés par le majeur<sup>103</sup>. Si la décision a été prise d'office dans l'intérêt du majeur concerné, outre ce dernier<sup>104</sup>, son conjoint ou concubin (sauf séparation durable), ses parents, grands-parents, parents nourriciers, descendants, frères et sœurs, ainsi qu'une personne de confiance peuvent former recours à condition d'avoir été participants à la procédure en première instance<sup>105</sup>. Le majeur concerné a un droit de recours même si c'est lui qui a engagé la procédure selon les règles de droit commun<sup>106</sup>. Le curateur à la procédure a également un droit de recours<sup>107</sup>. L'accompagnant ou le mandataire (mandat de protection future) peut former un recours au nom de la personne concernée contre une décision concernant ses attributions<sup>108</sup>. Si la décision porte atteinte aux intérêts du Trésor public, ce dernier peut également engager un recours (§ 304 FamFG).

<sup>98</sup> Ou avant d'ordonner que l'accompagnant devra préalablement donner son consentement (*Einwilligungsvorbehalt*) à certains actes du majeur.

<sup>99</sup> S'il s'agit d'un accompagnant d'association (*Vereinsbetreuer*), le dispositif indique le nom de l'association et celle de l'accompagnant personne physique ; si est désigné comme accompagnant un employé d'une autorité publique de protection (*Behördenbetreuer*), figurent également dans le dispositif le nom de l'autorité et celui de l'employé désigné. En vertu du § 291 FamFG, la personne protégée peut demander au tribunal de réexaminer le choix de la personne à qui l'association ou l'autorité de protection a confié l'exercice de la mesure d'accompagnement ; le juge peut alors ordonner à l'association ou à l'autorité de choisir une autre personne si une proposition de l'intéressé, à laquelle aucun motif sérieux ne s'oppose, n'a pas été suivie d'effet ou si la personne choisie ne paraît pas apte à exercer la mission.

<sup>100</sup> L'accompagnant (*Betreuer*) se voit remettre par le tribunal un acte de nomination (*Bestellungsurkunde*) qui liste not. ses domaines de mission et qu'il doit restituer lorsque ses fonctions prennent fin (§ 290 FamFG).

<sup>101</sup> Pour des exceptions à ce principe, V. § 287, al. 2 (effet immédiat de la décision en cas de péril en la demeure) et al. 3, FamFG (dans

certain cas, effet retardé à deux semaines à compte de la notification au *Betreuer*, au mandataire ou au curateur à la procédure).

<sup>102</sup> § 63 FamFG. Le délai court à compter de la notification écrite de la décision aux participants à la procédure.

<sup>103</sup> § 303, al. 1<sup>er</sup>, FamFG. Le recours peut concerner la portée, le contenu ou le prononcé même de la mesure.

<sup>104</sup> Si le majeur est placé, il peut former le recours auprès du tribunal cantonal dans le ressort duquel est situé l'établissement dans lequel il est placé, § 305 FamFG.

<sup>105</sup> § 303, al. 2, FamFG.

<sup>106</sup> § 59, al. 1<sup>er</sup>, FamFG (« le recours est ouvert à celui dont les droits sont lésés par la décision ») et W. STERNAL (dir.), *FamFG, op. cit.*, § 303, n° 3, par M. GIERES.

<sup>107</sup> § 303, al. 3, FamFG.

<sup>108</sup> § 303, al. 4, FamFG. Pour de nombreux détails sur les conditions dans lesquels ces différentes personnes peuvent former un recours, V. W. STERNAL (dir.), *FamFG, op. cit.*, § 303, par M. GIERES.



Contre la décision sur recours, un pourvoi dénommé *Rechtsbeschwerde* peut être formé dans un délai d'un mois devant la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*). En matière gracieuse, en principe, le pourvoi doit être autorisé par la juridiction qui a rendu la décision contestée par le pourvoi, si l'affaire soulève une question de principe, ou si le développement ou droit ou la garantie d'une jurisprudence unitaire requiert la décision de la Cour fédérale de Justice (§ 70, al. 1 et 2, FamFG). Toutefois, le pourvoi est recevable sans autorisation dans les affaires de *Betreuung* concernant la désignation d'un accompagnant, la levée d'une mesure de protection, le prononcé ou la levée d'une réserve de consentement de l'accompagnant pour certains actes passés par le majeur, ainsi que pour les affaires concernant une mesure privative de liberté<sup>109</sup> (al. 3).

**Réexamen régulier de la décision.** – Le réexamen de la situation du majeur placé sous *Betreuung* doit avoir lieu au plus tard au bout de deux ans si la désignation a eu lieu contre la volonté du majeur, de sept ans dans le cas contraire<sup>110</sup>. Ultérieurement, le juge de la protection peut être amené à prolonger la mesure prononcée (§ 295 FamFG), à élargir son domaine ou celui des actes nécessitant un consentement préalable de l'accompagnant<sup>111</sup>. Il peut aussi lever la mesure (§ 294 FamFG).

En outre, pour divers actes soumis à l'autorisation préalable du juge de la protection, la loi prévoit l'audition préalable de la personne concernée<sup>112</sup>.

## Conclusion

À l'issue de cette étude, il peut être conclu que le droit allemand a beaucoup évolué dans son appréhension de la situation du majeur vulnérable. La grande réforme de 1990,

presque révolutionnaire à l'époque, a encore été améliorée au bout de trente ans afin de renforcer l'objectif poursuivi : mettre la personne concernée au centre de la procédure, la « protéger sans la diminuer, c'est-à-dire sans porter atteinte à ses droits fondamentaux et à sa dignité »<sup>113</sup>, lui laisser le plus possible de liberté dans ses choix de vie. Toute la jurisprudence est irriguée par les droits fondamentaux de la personne protégée, et s'efforce de garantir avant tout son autonomie, son autodétermination, sa dignité et sa liberté<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> V. A. CARON d'ÉGLISE, rapport préc., p. 8.

<sup>114</sup> Pour une illustration récente, V. la saisine de la Cour constitutionnelle fédérale par la Cour fédérale de Justice (C. féd. Justice [BGH], 8 nov. 2023, XII ZB 459/22) aux fins de savoir si le § 1906a, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, 6<sup>o</sup> du BGB (devenu § 1832 BGB avec la réforme du 4 mai 2021) est contraire au devoir de protection de l'État découlant de l'art. 2, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase de la Loi fondamentale (« toute personne a droit à la vie et à l'intégrité corporelle »). Cette disposition du BGB impose que les mesures médicales de contrainte susceptibles d'être autorisées par l'accompagnant soient mises en œuvre dans un hôpital même si, d'un point de vue médical, elles pourraient être réalisées de la même manière dans l'établissement où le majeur protégé est hébergé et où les soins médicaux nécessaires, y compris le traitement ultérieur nécessaire, sont assurés, lorsque la santé du majeur serait affectée par le transfert dans un hôpital en vue de l'exécution d'une mesure médicale de contrainte. La Cour constitutionnelle fédérale (C. const. féd. [BVerfG], 26 nov. 2024, 1 BvL 1/24, *FamRZ* 2025, p. 202) a constaté l'incompatibilité de la disposition légale avec la Loi fondamentale, mais a décidé son maintien provisoire jusqu'à l'entrée en vigueur d'un nouveau texte que le législateur allemand doit adopter d'ici le 31 déc. 2026.

<sup>109</sup> À condition, dans ce dernier cas, que le recours soit dirigé contre la décision ordonnant la mesure privative de liberté, ou refusant de l'ordonner dans le cadre du § 417, al. 2, phrase 2, 5<sup>o</sup>, FamFG.

<sup>110</sup> § 294, al. 3, et 295, al. 3, FamFG.

<sup>111</sup> Sur les conditions procédurales à respecter dans cette situation, V. § 293 FamFG. En principe, la procédure est la même qu'en vue de prononcer la première mesure d'accompagnement, mais des dérogations sont prévues, not. quant à l'audition de l'autorité de protection (requisse seulement si l'intéressé le demande ou si cela est nécessaire à la clarification des faits), l'audition personnelle du majeur ou la nécessité d'une expertise ou d'un certificat médical.

<sup>112</sup> § 298 et 299 FamFG.

### Liste des abréviations allemandes

BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
BGBL	<i>Bundesgesetzblatt</i> (journal officiel de la RFA)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Cour fédérale de Justice, homologue de la Cour de cassation)
BtOG	<i>Betreuungsorganisationsgesetz</i> (loi sur l'organisation de l'accompagnement)
FamFG	<i>Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit</i> (loi sur la procédure familiale et la juridiction gracieuse)
FamRZ	<i>Zeitschrift für das gesamte Familienrecht</i> (revue de droit de la famille)
GVG	<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i> (loi sur l'organisation judiciaire)
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (revue juridique généraliste)
NJW-RR	<i>Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport</i> (revue de jurisprudence)
RPfleger	<i>Der Deutsche Rechtspfleger</i> (revue des greffiers juridictionnels allemands)
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (Code de procédure civile)

Annexes.  
Statistiques 2012-2017

	<sup>1)</sup>	2012	2013	2014	2015	2016 <sup>2)</sup>	2017 <sup>3)</sup>
1. Betreuung:							
Verfahren über							
1.1 Erstbestellung	G	221.579	210.978	198.832	197.739	192.014	
	A	30.647	30.916	31.022	33.735	31.658	
	B						
1.2 Aufhebung	G	37.767	39.426	40.205	41.465	36.417	
	A						
	B						
1.3 Erweiterung	G	55.243	57.353	55.234	56.771	94.837	
	A						
	B						
1.4 Einschränkung	G	17.355	20.172	21.190	23.332	37.782	
	A						
	B						
1.5 Verlängerung	G	97.272	145.199	143.848	151.112	126.520	
	A						
	B						
2. Betreuung durch:							
2.1 Privatperson <sup>4)</sup>	E	217.728	206.611	196.482	195.347	189.491	
	T						
	N	36.671	37.643	38.922	40.155	24.750	
Familienangehörige	E	128.317	118.583	108.275	104.243	90.075	
	N	8.948	8.997	8.638	8.713	4.820	
	V	3.923	4.056	4.175	4.911	5.691	
sonstige ehrenamtliche Betreuer	E	12.561	12.097	11.703	11.992	18.414	
	N	5.722	5.927	5.972	6.346	3.753	
	V	2.279	2.530	2.666	3.077	4.212	
Rechtsanwälte als Berufsbetreuer	E	15.760	15.819	16.303	16.490	15.749	
	N	4.142	4.254	4.456	4.611	3.140	
sonstige Berufsbetreuer (freiberuflich)	E	61.090	60.112	60.201	62.622	65.253	
	N	17.859	18.465	19.856	20.485	13.037	
2.2 Vereinsbetreuer	E	14.354	13.824	13.313	13.688	15.258	
	T						
	N	7.922	8.190	8.177	9.558	6.166	
2.3 Behördenbetreuer	E	241	313	261	249	182	
	T						
	N	177	163	101	126	38	
2.4 Verein	E	253	278	306	263	193	
	T						
	N	273	254	249	223	164	
2.5 Behörde	E	320	236	192	117	101	
	T						
	N	63	28	41	30	21	
3. Einwilligungsvorbehalt:							
Verfahren über							
erstmalige Anordnung, Erweiterung und Verlängerung <sup>4)</sup>	G	13.582	13.278	13.189	12.429	15.638	
	A	826	820	678	858	230	
	B						
4. Verfahren über Heilbehandlung § 1904 BGB	G	1.712	1.922	1.409	1.487	916	
	A	257	196	153	132	74	
	B						
5. Sterilisation § 1905 BGB	G	32	36	36	26	23	
	A	36	26	21	13	8	
	B						
6. Verfahren über unterbringungsähnliche Maßnahmen § 1906 IV BGB	G	85.132	75.727	60.438	59.945	51.097	
	A	8.621	8.368	6.169	6.544	5.441	
	B						
7. Verfahren über Unterbringung nach § 1906 III, IIa BGB							
Genehmigung und Verlängerung <sup>4)</sup>	G	56.490	54.831	55.292	56.646	56.048	
	A	2.323	2.345	2.357	2.346	2.066	
	B						
8. Verfahren über Unterbringung nach § 1906 III, IIa BGB							
Genehmigung und Verlängerung	G	5.745	5.682	5.745	5.682	3.376	
	A	400	407	400	407	193	
	B						
9. Bestellung eines Verfahrensorgans							
		132.926	137.114	137.671	131.891	129.676	

source : [www.bundesjustizamt.de](http://www.bundesjustizamt.de)

Traduction du tableau :

**1. Procédures de *Betreuung***

- 1.1. Première nomination d'un accompagnant
- 1.2. Mainlevée de la mesure de protection
- 1.3. Extension de la mesure
- 1.4. Restriction de la mesure
- 1.5. Prolongation de la mesure

G = *Genehmigung* (mesure prononcée)

A = *Ablehnung* (refus de prononcer la mesure)

S = Autre

**2. *Betreuung* par**

- 2.1. Une personne privée
  - Membre de la famille
  - Autres accompagnants bénévoles
  - Avocats comme accompagnants professionnels
  - Autre accompagnant professionnel
- 2.2. Accompagnant d'association
- 2.3. Accompagnant par autorité publique d'accompagnement
- 2.4. Association
- 2.5. Autorité

**3. Procédures en vue d'un consentement préalable de l'accompagnant à certains actes du majeur protégé**

Premier prononcé, extension et prolongation

**4. Procédures en matière de soins médicaux**

**5. Stérilisation**

**6. Procédures portant sur des mesures similaires à un placement**

**7. Procédures portant sur des mesures de placement**

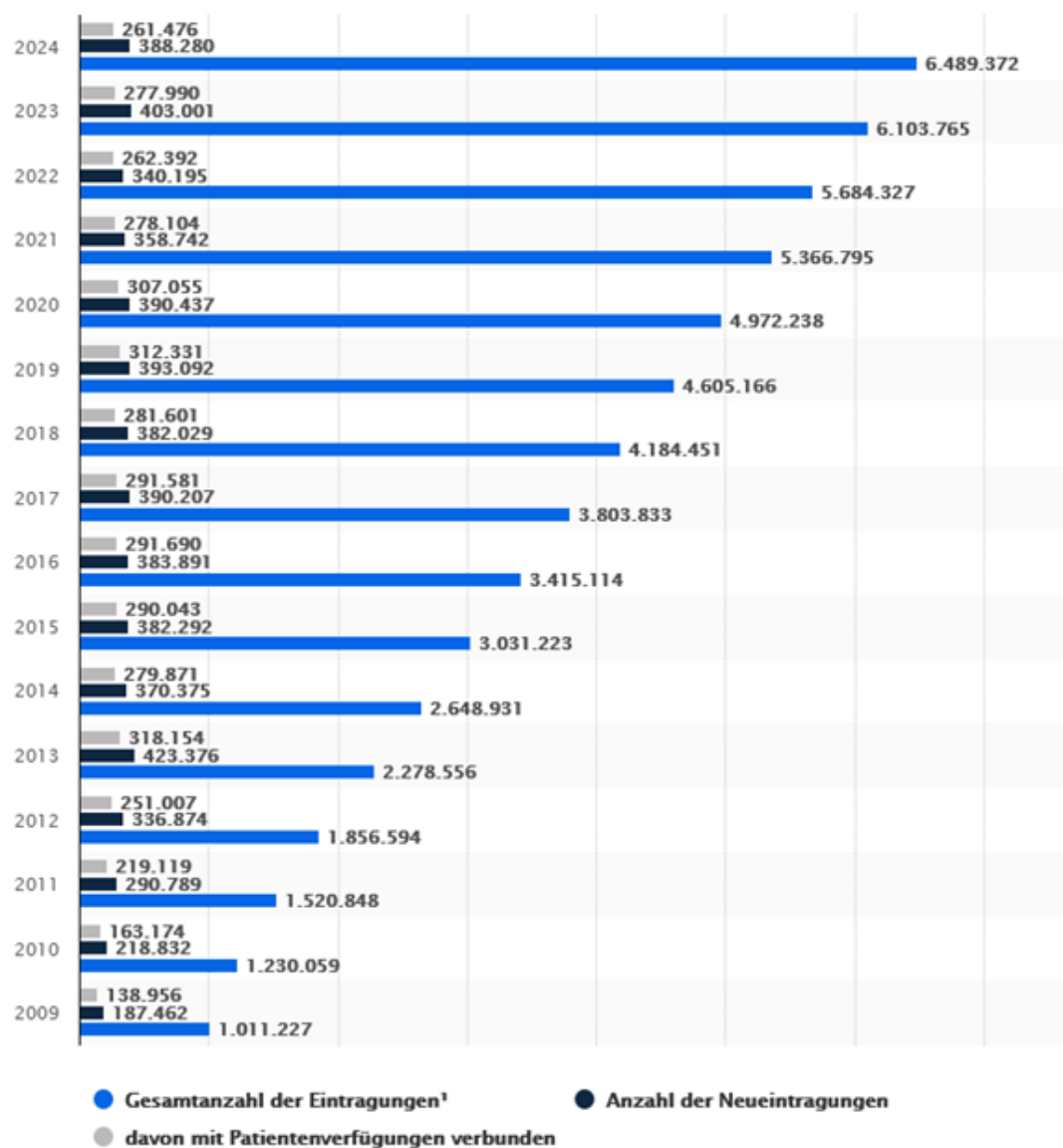
Autorisation et prolongation

**8. Procédures portant sur certaines mesures de placement**

Autorisation et prolongation

**9. Désignation d'un curateur à la procédure (*Verfahrenspfleger*)**

**Statistiques des mandats de protection future (*Vorsorgevollmachten*)**  
**Nombre total et nouveaux mandats enregistrés chaque année 2009-2024**



source : <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1295154/umfrage/gesamtanzahl-der-vorsorgevollmachten-und-anzahl-der-neueintragungen-in-deutschland/>

En bleu : Nombre total des mandats enregistrés

En noir : Nombre de nouveaux mandats

En gris : Mandats liés à des directives anticipées (*Patientenverfügung*)



# Les participants au rapport procédural de protection des personnes vulnérables.

Emmanuel JEULAND

*Professeur de droit privé à l'École de droit de la Sorbonne.*

Qui est partie dans la procédure de tutelle ? En procédure contentieuse, selon Liza Veyre, une partie est celle qui est dans la procédure - demandeur ou défendeur - celui qui devrait y être car ses droits sont concernés<sup>1</sup>. C'est une question plus complexe qu'il n'y paraît et peut-être même une des questions les plus compliquées du droit. En procédure gracieuse, on pourrait dire intuitivement que seul le majeur protégé est partie. On peut d'ailleurs estimer qu'il y a seulement un rapport procédural entre le majeur protégé et le juge dans une procédure gracieuse. Puisqu'elle est sans litige, il n'y a pas de défendeur. Mais la réponse devient incertaine si l'on essaie de répondre aux questions suivantes : qui initie ? qui peut consulter le dossier ? à qui est notifié le jugement ? qui peut faire un recours ?

La question de qui est partie poste aussi celle, en creux, de qui est tiers. La réponse emporte des conséquences concernant les notifications (de la requête, du jugement, etc.) et l'ouverture de la tierce opposition. Elle se trouve aussi au cœur du débat soulevée par l'intervention de M. Raoul-Cormeil à propos des tiers influents comme les banques ou les notaires qui cherchent à couvrir leur responsabilité et à bénéficier d'autorisations données par le juge. Le médecin aussi est un tiers car un expert n'est jamais partie au procès. Cependant, le médecin est parfois en concurrence de fait avec le juge qui décide des conséquences de son certificat médical circonstancié.

Le juge des tutelles est aussi un tiers, puisqu'il est l'autorité neutre de référence. C'est pourquoi il ne peut plus s'autosaisir depuis 2017 pour des raisons d'impartialité. Pour autant, il peut faire appel contre une décision du conseil de famille. Il est donc parfois partie à la procédure d'appel.

La question des parties à la procédure concernant les personnes vulnérables implique aussi un rapport subtil entre le droit substantiel et le droit processuel car les articles du Code Civil visent les deux à propos de la saisine du juge des tutelles. Le procureur de la république est aussi une partie quand il est saisi par un tiers pour saisir le juge.

Je propose un cadre théorique qui permet de relier les solutions entre elles et de marquer la spécificité de la matière sans rendre les solutions incompréhensibles. Le champ des personnes concernées en procédure des tutelles peut être dessiné par le juge des tutelles en s'assurant que telle ou telle personne est proche de la personne vulnérable en envoyant des questionnaires à tous les membres de la famille et tous ses amis. Les textes étendent plus ou moins ce champ et sont difficiles à interpréter. Le juge F. Bachem qui intervient dans nos séminaires sur les personnes vulnérables a noté que parfois on ne sait pas quel est le cadre procédural et l'on ne sait pas du coup comment raisonner. L'inconvénient d'un cadre théorique est qu'il peut enfermer, il ne doit pas être totalisant. Il explique qu'il envoie un questionnaire à tous les membres de la famille et proche pour déterminer cette sphère des parties<sup>2</sup> : « si une personne contactée manifeste un intérêt je la fais venir dans la procédure ». Le cercle des parties est donc de taille variable selon les problèmes posés et il est modelé par le juge.

Je ne pourrais pas être exhaustif car, dans l'idéal, il faudrait pouvoir étudier chaque mesure dans toutes ses spécificités. Je ferai d'abord un repérage législatif (I) avant de proposer un cadre théorique procédural (II) susceptible de rendre compte de solutions jurisprudentielles plus complexes qui paraissent sinon fragmentées voire arbitraires (III).

<sup>1</sup> L. VEYRE, *La notion de partie en procédure civile*, IRJS 2017.

<sup>2</sup> v. F. BACHEM, « La pratique du juge des tutelles », *Rev. Jurid. Sorb.*, n° 10, p. 46.

## I.- Le repérage législatif.

Il n'existe pas de règle qui précisent qui est partie à la procédure de tutelle (entendue ici au sens large de procédure devant le juge des tutelles). On pourrait penser de prime abord qu'est seule partie le requérant. En matière gracieuse, il n'y a pas de litige donc pas de défendeur, et donc un seul requérant face au juge.

Le cercle des participants à la procédure de tutelle est donc modelé par le juge. Il s'appuie toutefois sur plusieurs textes notamment l'article 430 du Code civil : « La demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge *par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique. Elle peut être également présentée par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers* ».

Les liens étroits et stables dont il est ici question font référence à une amitié alors qu'une personne qui reste tiers serait, par exemples, une assistante sociale ou le médecin traitant. Cependant, l'article 494-1 du Code civil retient un autre cercle pour l'habilitation familiale : « Lorsqu'une personne est dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, le juge des tutelles peut habilitier *une ou plusieurs personnes choisies parmi ses ascendants ou descendants, frères et sœurs ou, à moins que la communauté de vie ait cessé entre eux, le conjoint, le partenaire auquel elle est liée par un pacte civil de solidarité ou le concubin à la représenter ou à passer un ou des actes en son nom* ». Il n'est plus question ici que de famille, pas des proches. Il y a donc une certaine géométrie variable du cercle des participants à ce type de procès et le premier travail du juge des tutelles consiste à déterminer ce cercle. Il le fait en tenant compte des personnes intéressées ; ce qui veut dire les personnes qui se préoccupent de la personne vulnérable et ont donc une certaine affection pour elle. Le juge des tutelles tient donc compte ici des émotions, des sentiments, des croyances et des valeurs des uns et des autres pour constituer le cercle des participants.

La consultation du dossier peut être faite, selon l'article 1222 CPC, par le requérant ou l'une des personnes énumérées aux articles 430 et 494-1 précités si elle justifie d'un intérêt légitime. Cette règle réalise donc une certaine unité en posant une nouvelle condition, celle de l'intérêt légitime et en élargissant le champ de ces personnes à leurs avocats : « Le dossier peut être consulté au greffe *par le requérant* jusqu'au prononcé de la décision d'ouverture ou d'habilitation ou, lorsqu'une modification de la mesure de protection, une révision ou un renouvellement de l'habilitation est sollicité, jusqu'à ce qu'il soit statué sur cette demande. *Il peut être également consulté dans les mêmes conditions et sur autorisation de la juridiction saisie, par une des personnes énumérées aux articles 430 et 494-1 du code civil si elle justifie d'un intérêt légitime.* »

Leurs avocats, si elles en ont constitué un, disposent de la même faculté.

La notification des décisions doit être effectuée à la personne chargée de la protection et à toutes les personnes dont elle modifie les droits selon l'article 1230 du CPC : « Toute décision du juge est notifiée, à la diligence du greffe, *au requérant, à la personne chargée de la protection ou à l'administrateur légal et à tous ceux dont elle modifie les droits ou les obligations résultant de la mesure de protection...* En outre, dans le cas de l'article 502 du code civil, elle est notifiée au subrogé tuteur ».

On retrouve ici le critère abstrait posé par Liza Veyre pour la notion de parties dans sa thèse. Il n'est pas impossible qu'une personne voit ses droits modifiés alors qu'elle ne se trouvait pas dans le cercle des participants initial. La personne chargée de la protection est également destinataire de la décision, ce qui montre qu'il ne s'agit pas d'un simple représentant mais d'un participant à la procédure.

La notification de la décision entraîne la possibilité pour le destinataire de faire appel dans le délai de quinze jours. Il peut s'agir d'une personne énumérée aux articles 430 et 491-1 qui n'est pas intervenue en première instance selon l'article 1239 CPC : « Sauf disposition contraire, les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille sont susceptibles d'appel. Sans préjudice des dispositions prévues par les *articles 1239-1 à 1239-3, l'appel est ouvert aux personnes énumérées aux articles 430 et 494-1 du code civil,*

*même si elles ne sont pas intervenues à l'instance. Le délai d'appel est de quinze jours ».*

Ces différentes dispositions donnent ainsi une liste de requérants possibles modelée par le juge. Mais il ne fait pas de doute que la personne vulnérable peut être requérante et donc participante. Si elle n'est pas requérante elle est aussi participante car elle est convoquée, le jugement lui est notifié, elle peut faire appel. Par-dessus tout le contradictoire est applicable et la personne protégée doit être entendue sauf si les conditions médicales ne le permettent pas.

Ceci dit les autres personnes susceptibles d'être requérantes peuvent se voir notifiées le jugement, peuvent consulter le dossier si elles ont un intérêt légitime et peuvent faire appel même si elles ne sont pas intervenues dans l'instance. La notion d'intervention est ici originale car ne correspond pas à la notion d'intervention de la procédure contentieuse qui suppose d'avoir intérêt et qualité pour agir et un lien de causalité avec la demande principale. Ici il n'y a pas de demande propre telle qu'une demande de protection. L'intervention dont il s'agit consiste à être présent dans la procédure à l'audience notamment. Cela n'empêche pas de faire appel comme si ces personnes étaient déjà participantes. Dans la procédure contentieuse, un tiers doit intervenir pour être partie, dans la procédure de tutelles il semble qu'il puisse être participant même s'il n'agit pas car le jugement lui est notifié, il peut faire appel et il peut consulter le dossier. C'est donc bien le juge qui peut déterminer la sphère des tiers intéressés qui deviennent participante à la procédure. Le terme de participant inspiré du droit allemand<sup>3</sup> doit être préféré à celui de partie qui renvoie à une notion de la procédure contentieuse (en tant que partie d'un tout au sens étymologique mais aussi partie demanderesse et défenderesse, partie adverse, etc.).

Les décisions, on l'a vu, sont notifiées aux mandataires judiciaires. S'ils étaient de purs représentants en justice de la personne protégée, ils ne seraient pas parties à la procédure (à l'instar des avocats), or cela n'empêche pas la personne vulnérable d'être présente à l'audience. Contrairement à ce

que son nom indique le mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPN) n'est pas un représentant dans la procédure et n'a pas véritablement de mandat. C'est un véritable participant à la procédure : le jugement lui est notifié et il peut faire appel. On peut y voir juridiquement une forme de substitution comme l'a proposé David Lemberg dans sa thèse à propos des mandataires de justice dans la procédure collective<sup>4</sup>. Ainsi en particulier, le représentant des créanciers dans une procédure collective n'est pas un représentant mais une véritable partie qui se substitue au débiteur. En matière de procédure de tutelles, l'idée est la même : le MJPN est un véritable participant qui se substitue à la personne vulnérable pour défendre ses intérêts sans la représenter. Cela ne l'empêche pas d'être son représentant dans les actes de droit substantiel, une vente par exemple, en fonction des pouvoirs que le juge lui a conférés. Il faut alors distinguer une représentation dans les actes substantiels de la position processuelle.

Il convient encore d'ajouter dans ce cercle des participants des personnes qui apparaissent dans d'autres dispositions telles que le proche (prévue à l'article 494-4 du CC renvoyant aux articles 430 et 494-1) et l'entourage 1218-1 du CPC (18 occurrences dans les codes : l'entourage du mineur notamment). On notera encore l'article 1220-4 du CPC qui prévoit l'audition des personnes mentionnées aux articles 430, 494-1 et 494-10 et s'assure qu'il n'y a pas d'opposition après les avoir entendues ou par écrit. On peut y voir l'expression du principe du contradictoire qui s'applique donc à tous les participants. On peut considérer que ces participants ont une qualité à agir lorsqu'ils ont aussi un intérêt légitime puisqu'il s'agit de déterminer s'ils entrent dans un cercle. La notion d'irrecevabilité est donc applicable. On peut parler ici d'action attitrée car toutes les personnes qui ont un intérêt (banques, assistance sociale, etc.) ne sont pas des participants à la procédure.

Pour mieux rendre compte de ce halo de partie, il me semble possible de proposer, en m'inspirant notamment de la procédure italienne et allemande, un cadre théorique qui est celui du rapport procédural de protection. Seraient unis tous les participants à un lien procédural qui ne viserait pas à trancher un litige comme le lien d'instance mais à protéger la personne vulnérable.

<sup>3</sup> F. FERRAND, « Les différentes facettes de la juridiction gracieuse en droit allemand », in C. CHAINAIS, X. LAGARDE et A. MARTINEL, *L'énigme du gracieux*, IRJS éd. 2025, spéc. p. 53 en droit allemand les participants à la procédure volontaire sont des *Beteiligte* et une distinction est faite entre ceux dont le droit est directement concerné et ceux qui peuvent être impliqués en vertu de la loi.

<sup>4</sup> D. LEMBERG-GUEZ, *Le mandat de justice dans les procédures collectives*, LGDJ, 2024.

## II.- Proposition d'un cadre théorique procédural.

M. Raoul-Cormeil a, dans un article pionnier, développé l'idée que la procédure des tutelles était une procédure gracieuse et que les règles de la procédure contentieuse ne devaient pas toutes s'appliquer<sup>5</sup>. L'inconvénient de cette analyse est que la procédure gracieuse est elle-même une notion discutée qui ne permet pas de tirer toujours des conséquences claires. Nous avons d'ailleurs fait en 2023 un colloque à la Cour de cassation sur le sujet qui a montré les nombreuses incertitudes persistantes en ce domaine.

C'est pourquoi j'ai proposé de rendre un peu plus théorique en 2018 la notion de procédure gracieuse appliquée aux tutelles<sup>6</sup>. J'en avais discuté à l'occasion d'un colloque avec Mme Caron-Dégli qui estimait que la matière manquait en effet de théorisation et avec M. Raoul-Cormeil qui m'avait évité de faire des contre sens dans une matière difficile que je ne maîtrisais pas et que je ne connais pas encore bien notamment dans ses aspects de droit substantiel. Ma proposition est de considérer qu'il existe à côté du lien d'instance propre au contentieux et supposant un litige opposant un demandeur et un défendeur un autre type de rapport procédural qui est le lien procédural de protection.

Je m'inspire de la distinction entre procès de connaissance et procès d'exécution qui existe en Italie depuis longtemps et qui peut être analysée en distinguant deux rapports de droit<sup>7</sup>. J'élargis la notion de procès d'exécution qui ne suppose pas d'alléguer des faits mais seulement de mettre en œuvre un titre exécutoire à toutes les procédures qui visent à protéger une personne. La notion de rapport procédural de protection a donc vocation à s'appliquer aux procédures collectives ou l'on parle d'ailleurs aussi de sauvegarde ce qui traduit une idée de protection, aux procédures civiles d'exécution et aux procédures de tutelle. Les participants

ne sont plus le demandeur, le défendeur et les intervenants sous l'égide d'un juge mais un requérant, une personne protégée et d'autres personnes intéressées et qualifiées sous l'égide d'un juge. Je ne considère pas le juge comme partie à ce rapport procédural car dans une théorie plus générale des rapports de droit que je soutiens, un rapport suppose toujours un tiers de référence, un tiers neutre.

Les juristes estiment généralement sans difficulté qu'il existe des rapports de droit : rapports familiaux, patrimoniaux et même des rapports procéduraux. Curieusement pourtant il s'agit de la notion la moins approfondie en théorie du droit. Il existe une théorie des actes juridiques, des personnes, des droits et des normes mais pas de théorie des rapports de droit. Or, il est possible de la construire et de faire son histoire ; c'est Savigny qui unifie la notion en droit sur une idée de Kant. Lui-même a été probablement influencé par des auteurs de l'Ancien Régime confrontés à la difficulté de réunir la notion d'obligation dégagée par le droit romain comme rapport de droit et le droit subjectif issu des nominalistes. Bülow en fait un rapport procédural en 1855 mais principalement pour la procédure contentieuse.

Selon une approche empirique et de droit comparé, un rapport de droit suppose six éléments<sup>8</sup> : des participants (1) dont l'un au moins s'engage (2) tendant à l'autonomie relationnelle (3) sous l'égide d'un tiers impartial (4) selon une certaine forme (5) pour atteindre un objet (6). Un rapport procédural de protection permet donc de tenter de retrouver son autonomie ou une part d'autonomie grâce à une certaine protection et un cercle de participants sous l'égide d'un juge. Certes, une personne protégée retrouve rarement son entière autonomie sauf dans les cas de sortie de coma après un accident. L'idée d'autonomie relationnelle issue de la philosophie féministe du droit d'origine américaine signifie que l'on n'est pas des isolats qui se donnent leur propre norme (étymologie d'autonomie) mais des personnes qui gagnent leur autonomie au sein de leur relation, ce qui suppose de combattre les situations d'abus de faiblesse et de prendre en compte une philosophie du *care* dans laquelle soignant et soigné profite de la relation pour se rendre l'un et l'autre plus libre et autonome.

<sup>5</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles », *AJfam.* 2014, p. 148 et s ; « La métamorphose de la procédure tutélaire », in I. PÉTEL-TEYSSIÉ et C. PUIGELIER (dir.), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, Éd. Panthéon-Assas 2016, p. 329-356.

<sup>6</sup> E. JEULAND, « La nature juridique de la procédure des tutelles : pour la reconnaissance d'un lien procédural de protection », *RTD civ.* 2018, p. 271

<sup>7</sup> *Processo di cognizione et processo esecutivo*, v. F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile: processo di esecuzione*, I, Padova, Cedam, 1929-1930, 397 où l'auteur traite du « rapporto processuale esecutivo ».

<sup>8</sup> Voir mon essai : *Theories of Legal Relations*, E. Elgar, 2023 et un article éponyme « Theories of Legal Relations », in *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, online 2021. Pré-publication, Document de travail hal-02539607v1.



Le rapport procédural de protection est une construction théorique, elle n'est pas une réalité. Elle tente cependant de se saisir d'une réalité pour fixer un cadre juridique permettant d'anticiper des difficultés. On peut donc tout à fait s'en passer. Elle peut aider à raisonner et à trouver une unité notamment dans le cercle des participants. Pour cela, il convient d'étudier des applications jurisprudentielles possibles à ce cadre théorique.

### III.- Les applications jurisprudentielles du cadre procédural aux personnes vulnérables.

Je vais tenter d'appliquer ce cadre théorique à trois décisions jurisprudentielles où la notion de participant s'est posée et où la notion de rapport procédural de protection aurait pu rendre des services.

1.- Dans la première affaire, une ex concubine a voulu faire appel d'un jugement ayant ordonné une tutelle pour contester la modification d'une clause bénéficiaire d'une assurance-vie. Elle avait déjà tenté de faire une tierce opposition contre ce jugement mais avait été jugée irrecevable car, semble-t-il, elle n'était pas créancière (et donc un tiers intéressé) de la personne sous tutelle. L'assurance-vie peut être analysée en une stipulation pour autrui et dans ce cas, le créancier du bénéficiaire est la société d'assurance et non le stipulant. Or, l'assureur n'était pas concerné par le jugement. L'ex concubine fait donc appel en tant qu'ex conjoint mais son appel est aussi jugé irrecevable car elle n'avait plus de vie commune avec la personne protéger et de liens étroits et stables. Elle sortait donc de la sphère des participants. L'arrêt est approuvé par la doctrine et illustre les difficultés qu'il peut y avoir à déterminer les participants. S'il y avait eu un lien stable elle aurait participé au rapport procédural de protection. Ingrid Maria estime que la Cour de cassation a ainsi consacré la notion de rapport procédural de protection<sup>9</sup> : « La Haute juridiction nous paraît ainsi consacrer la théorie du "lien procédural de protection" [...] Véritable lien qui s'inscrit dans la durée, ce lien procédural "suppose une contestation sur des droits civils. Les principes

*fondamentaux de la procédure de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, du bloc de constitutionnalité (DDHC, art. 16) et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 47) sont donc pleinement applicables*" (E. JEULAND, préc.). » Il importait alors que les juges, tant du fond que du droit, opèrent cette mise en balance des intérêts en présence au regard du droit au juge postulé par le premier de ces textes ». Je ne suis pas certain que la Cour de cassation ait même pensé à ce concept mais d'un point de vue théorique, il est vrai, cet arrêt montre qu'une détermination de la sphère des participants est propre à la procédure de tutelle et qu'elle a donc un régime spécifique. La notion de rapport procédural de protection permet de réunir toutes les personnes incluses dans la procédure qui peuvent être requérante, habilitée à consulter le dossier, à se voir notifié le jugement et à faire appel. On peut néanmoins se demander si la tierce opposition n'aurait pas dû lui être ouverte car ses droits étaient mis en péril par la modification de la clause bénéficiaire. Celui qui n'est pas participant doit pouvoir être tiers si ses intérêts sont en jeu. Ceci dit, la notion d'action attitrée implique bien que certaines personnes ayant un intérêt ne sont pas participante. Ces dispositions ménagent un rapport raisonnable de proportionnalité entre la restriction du droit d'accès au juge et le but légitime de protection des majeurs vulnérables et d'efficacité des mesures, dès lors que les tiers à la mesure de protection disposent des voies de droit commun pour faire valoir leurs intérêts personnels. Un contrôle *in concreto* est ainsi effectué. On peut relever cependant que l'ex concubine se trouve ici à mi-chemin de deux situations : elle n'est ni tiers intéressé au sens du régime de la tierce opposition ni participante au cercle des parties<sup>10</sup>.

2.- La seconde affaire concerne la consultation d'un dossier par une personne ayant un intérêt légitime et donc les conséquences en termes de régime du fait d'être inclus dans le cercle des participants. Il s'agit de faire respecter le contradictoire en permettant l'accès au dossier, ce sont donc bien des participants à la procédure qui peuvent le consulter. Mme Y. O. avait été placée sous tutelle par jugement du 2 décembre 2014, un mandataire judiciaire à la protection des majeurs avait été désigné en qualité de tuteur. Par requête du 10 octobre 2016, Mme B. O., fille de la majeure protégée,

<sup>9</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 janv. 2021, n° 19-22.508 : JurisData n° 2021-000875 ; JCPN 2021, n° 6, act. 218 ; Dr. famille 2021, comm. 46, note I. MARIA ; Procédures 2021, comm. 103, note M. DOUCHY-LOUDOT.

<sup>10</sup> Dans le même ordre d'idée, ceux qui ont signalé le majeur au ministère public ne sont pas parties à l'instance (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 1978 : Bull. civ. I, n° 290) et restent tiers.



a demandé sa désignation en qualité de subrogé tuteur et la vérification des comptes par un technicien et par une nouvelle requête du 21 avril 2017, elle a demandé sa désignation en qualité de cotuteur avec son frère, M. O. Or, elle n'avait pas été avisée de la faculté qui lui était ouverte de consulter le dossier au greffe, de sorte qu'il n'est pas établi qu'elle ait été mise en mesure de prendre connaissance, avant l'audience, des pièces présentées à la juridiction et, par suite, de les discuter utilement<sup>11</sup> :

« Vu les articles 16 et 1222 du code de procédure civile. Attendu que, selon le premier de ces textes, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue contradictoirement ; que cette exigence implique que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance et de discuter de toute pièce présentée au juge ; qu'aux termes du second, en matière de protection juridique des majeurs, le dossier peut être consulté au greffe par le requérant jusqu'au prononcé de la décision d'ouverture ou, lorsqu'une modification de la mesure de protection est sollicitée, jusqu'à ce qu'il soit statué sur celle-ci ; qu'il peut être également consulté dans les mêmes conditions et sur autorisation de la juridiction saisie, par une des personnes énumérées à l'article 430 du code civil si elle justifie d'un intérêt légitime ; qu'au sens de ce texte, la modification de la mesure de protection s'entend également de celle des organes de protection. »

La fille de la majeure protégée fait partie du rapport procédural de protection et elle peut consulter le dossier si elle a un intérêt légitime et sur autorisation du juge des tutelles. Appartenir au cercle des participants donne ainsi des droits en termes de connaissance du dossier car le principe du contradictoire s'applique.

3.- La troisième affaire concerne le régime du mandat de protection future et, du point de vue théorique, la question du tiers neutre au rapport procédural de protection. On a vu qu'un rapport de droit suppose un tiers sous l'égide duquel il se forme.

En l'espèce<sup>12</sup>, un mandat de protection future avait été souscrit par devant notaire, le 23 février 2018. L'épouse du mandant avait été désignée comme mandataire. Ensuite le juge des tutelles avait donné plein effet au mandat après avoir entendu mandant et mandataire. Les enfants du majeur protégé issus d'une précédente union ont tenté d'obtenir

l'ouverture d'une mesure judiciaire et donc, une révocation du mandat en place. L'article 484 du Code civil prévoit en effet que « tout intéressé peut saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution ». La Cour d'appel souligne que « la mise en œuvre de ce mandat a aggravé les dissensions entre l'épouse mandataire et les enfants du majeur protégé qui ont le sentiment d'être mis à l'écart ». Ensuite la cour d'appel « constate qu'au regard de la complexité des relations familiales et de l'importance du patrimoine de M. G., la seule obligation de rendre compte au notaire tous les ans, qui n'implique nullement un contrôle approfondi, n'est pas suffisante pour s'assurer du respect des intérêts patrimoniaux de M. G. ; qu'en l'absence d'intervention d'un tiers neutre pouvant en contrôler le fonctionnement, l'exécution du mandat de protection est de nature à porter atteinte aux intérêts de M. G. et notamment à sa sérénité ». Le notaire n'est donc pas « un tiers neutre pouvant contrôler le fonctionnement » du mandat de protection future. D'un point de vue théorique, on peut analyser cet arrêt en disant que le rapport procédural de protection issu du mandat de protection future est insuffisant car il manque d'un tiers neutre et qu'il convient de le remplacer par une protection judiciaire. On peut aussi critiquer cet arrêt en considérant que le notaire est un tiers neutre au rapport procédural de protection (autorisé par le juge) mais que, en l'espèce, il n'était pas suffisant pour garantir une protection adéquate. La généralité de la formule est critiquable. Cette interprétation ne paraît pas incontestable. La commentatrice de l'arrêt indique en effet : « le fait de dénier au notaire le rôle de tiers neutre pourrait prêter à sourire tant les récentes réformes laissent apparaître, au contraire, qu'il est le mieux à même d'exercer ce rôle en lieu et place du juge ». Un rapport procédural de protection peut donc avoir un notaire comme tiers neutre si le contrôle annuel est suffisant sinon le juge devra être le tiers neutre de ce rapport. On pourrait ainsi distinguer entre un rapport procédural de protection extrajudiciaire et un rapport procédural de protection judiciaire. De même, en matière de procédures civiles d'exécution, un rapport procédural de protection extrajudiciaire se forme sous l'égide du commissaire de justice sauf en matière de saisie immobilière. Ce n'est qu'en cas de contestation que le juge de l'exécution est saisi.

<sup>11</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 septembre 2019, 18-19.570, Pub.

<sup>12</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> févr. 2022, n° 20/15379 ; JurisData n° 2022-001137, JCP NI n° 11, 18 mars 2022, 1120 note Nathalie PETERKA.

## Conclusion

La question du participant à la procédure de protection des personnes vulnérables implique toutes les problématiques de notre série de séminaires : la notion d'autonomie relationnelle (traduite procéduralement par rapport procédural de protection), la place de la représentation et de l'accompagnement dans cette procédure et la portée du principe du contradictoire. La question du tiers neutre est également importante et amène à noter que le MJPN n'est pas tant un tiers neutre qu'un participant à la procédure. Le tiers neutre doit être impartial mais les participants professionnels doivent, de manière similaire, éviter les conflits d'intérêts<sup>13</sup>. Il convient de contrôler les contrôleurs et de déterminer les responsabilités en cas de conflit qui peuvent être celles du tiers neutre. La notion de rapport procédural de protection peut donc servir à définir le cercle des participants et à en tirer les conséquences en termes de régime concernant l'application du principe du contradictoire, les conflits d'intérêts et les responsabilités. Elle permet de dégager la spécificité des procédures de protection des personnes vulnérables. Il ne s'agit encore que d'une hypothèse et des recherches complémentaires mériteraient d'être menées.

<sup>13</sup> Sur les conflits d'intérêt concernant les personnes vulnérables v. *Rev. Jurid. Sorbonne* 2025 dans ce numéro.



# Autonomie du majeur protégé dans les décisions médicales

## Étude à partir du patient âgé sous mesure de protection juridique

**Camille BOURDAIRE-MIGNOT**

*Maîtresse de conférences en droit privé, Université Paris Nanterre, CEDCACE*

**Tatiana GRÜNDLER**

*Maîtresse de conférences en droit public, Université Paris Nanterre, CTAD - CREDOF, UMR 70/74*

### Introduction

La philosophie de la réforme de la protection juridique de 2007, à savoir protéger les personnes vulnérables sans trop les entraver<sup>1</sup>, est d'abord le résultat d'un courant en faveur de la pleine capacité juridique de tous les sujets de droit défendu notamment en droit international<sup>2</sup>. Ce mouvement, qui est à l'œuvre dans la convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées de 2006<sup>3</sup> fondée sur l'égalité dignité des êtres humains, implique de lutter contre les discriminations dont les personnes en situation de handicap peuvent être l'objet dans leurs droits. Selon les termes mêmes du texte, ce principe de dignité exige aussi le respect « de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix »<sup>4</sup> et donc, tout particulièrement, de ne pas limiter la capacité juridique du sujet de droit<sup>5</sup>. La réforme de la protection juridique en droit français est ensuite le fruit du mouvement autonomiste, plus général, porté par la Cour européenne des droits de l'Homme qui a consacré, dès 2002<sup>6</sup>, un droit à l'autonomie personnelle<sup>7</sup>, au sens de droit pour

l'individu de s'autodéterminer. Témoin de ces influences supranationales l'article 415 du Code civil qui précise que « la protection [juridique] est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne » et que la mesure « favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie ».

La conception ainsi renouvelée de la protection juridique (qui visait autrefois « l'incapable » et s'intéresse désormais au « protégé ») s'est traduite, en premier lieu, par la volonté de strictement limiter la mesure de protection aux personnes qui en ont besoin<sup>8</sup> avec la réaffirmation des principes de nécessité, subsidiarité et proportionnalité de la mesure<sup>9</sup>. C'est, en second lieu, la distinction - désormais expressément reconnue dans la loi - entre la protection de la personne même du majeur et celle de ses intérêts patrimoniaux<sup>10</sup> - qui a permis l'essor de l'autonomie du protégé, en particulier pour les décisions personnelles dont on admet la part de subjectivité (difficilement conciliable avec la représentation). C'est dans cet esprit que l'article 459, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code

<sup>1</sup> V. notamment Th. FOSSIER, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Defrénois*, 2005, art. 38076, n° 1, p. 3.

<sup>2</sup> Au niveau européen, dès 1999, le Conseil de l'Europe a adopté une recommandation en ce sens. V. la Recommandation n° R (99) 4[1] du Comité des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, 23 février 1999.

<sup>3</sup> Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 12 décembre 2006.

<sup>4</sup> CIDPH, art. 3.

<sup>5</sup> CIDPH, art. 12.

<sup>6</sup> CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02.

<sup>7</sup> Sur cette notion, v. F. BELLIVIER, « Autonomie personnelle, principes et limites. Le point de vue d'une juriste » (à propos des

salles de consommation de drogue à moindre risque), *Cahiers Droit, sciences et technologies* 10/2020, p. 117-125, <https://doi.org/10.4000/cdst.1829>. Pour une critique de l'utilisation de la notion, v. not. M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, Quadrige, 2023. V. aussi les observations d'A.-M. LEROYER, « Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RTDCiv.*, 2007, p. 394-407, qui évoque, à propos de la philosophie mise en avant par le législateur de 2007, « une conception individualiste dans laquelle la personne est perçue comme la projection de sa propre volonté », spéc. p. 395.

<sup>8</sup> V. en ce sens le discours du ministre de la Justice devant le Conseil économique et social pour la présentation de la réforme, publié le 26 septembre 2006, <https://www.justice.gouv.fr/actualites/espace-presse/archives-presentation-reforme-tutelles>

<sup>9</sup> Code civil, art. 428.

<sup>10</sup> Code civil, art. 425.

civil affirme qu'en dehors des actes strictement personnels<sup>11</sup>, « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ». Le texte prévoit ensuite un dispositif de consentement gradué - pour le cas où l'état de la personne ne lui permettrait pas de décider seule - dont il résulte que ce n'est que lorsque le juge a ordonné une mesure avec représentation relative à la personne que l'intéressé peut être représenté pour ses décisions personnelles (en fonction de son état au moment de la prise de décision). Or, les décisions de santé sont des décisions personnelles par excellence et relèvent donc *a priori* de ce régime.

Une telle approche est d'ailleurs conforme à la consécration dans le Code civil, depuis la loi de bioéthique de 1994, du respect dû au corps humain<sup>12</sup> et au renforcement de l'autonomie en droit médical qui s'est traduit, de manière très nette depuis 2002, par différentes modifications du Code de la santé publique tendant à un rééquilibrage de la relation patient/médecin<sup>13</sup>. Toutefois les deux *corpus* n'étaient pas parfaitement ajustés de sorte que leur articulation n'était pas chose aisée<sup>14</sup>. En effet, le Code de la santé publique ne se référait, pour le consentement aux actes médicaux de droit commun, qu'à la seule mesure de tutelle sans aucune précision quant à l'étendue du champ de la mesure (biens et/ou personne) et prévoyait, pour quelques actes médicaux particuliers, des régimes variés, plus ou moins restrictifs pour les majeurs protégés. L'harmonisation<sup>15</sup> des deux codes est

intervenue avec l'ordonnance du 11 mars 2020<sup>16</sup>. A ainsi été modifié notamment l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique relatif au consentement médical qui abandonne la « tutelle » comme critère d'application d'un régime dérogatoire au profit de celui de la « représentation relative à la personne ». L'article isole en outre le cas du seul majeur protégé avec représentation relative à la personne dont l'aptitude à exprimer sa volonté fait défaut, afin de laisser un maximum d'autonomie décisionnelle aux autres majeurs protégés. Aussi, seul le majeur protégé avec représentation relative à la personne *non apte à exprimer une volonté* peut-il subir un acte médical auquel il n'aurait pas consenti mais qui aurait été autorisé par son représentant (lequel doit tenir compte, le cas échéant, de l'avis exprimé par le majeur).

La présente contribution<sup>17</sup> se propose de dresser un bilan de la place accordée à la volonté et au consentement du majeur protégé s'agissant des décisions médicales afin de déterminer si le changement annoncé en faveur de l'autonomie s'est pleinement opéré. L'étude se fonde essentiellement sur un type particulier de patient protégé - à savoir le patient âgé<sup>18</sup>, lequel est souvent atteint de plusieurs pathologies et connaît parfois des troubles neurodégénératifs susceptibles de fragiliser l'expression de sa volonté<sup>19</sup>. Il apparaît que, même si elle reste à confirmer, l'autonomie a indéniablement trouvé sa place, au moins pour ce qui concerne la relation

de la personne du majeur protégé mal ordonnée », *Droit de la famille*, 2020, n° 7-8, p. 27-28.

<sup>11</sup> L'article 458 du Code civil réserve le cas des actes « dont la nature implique un consentement strictement personnel » (essentiellement en matière familiale) qui ne peuvent jamais donner lieu à assistance ou représentation.

<sup>12</sup> La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 a affirmé dans le Code civil la primauté de la personne et l'interdiction de toute atteinte à la dignité de celle-ci (art. 16) ainsi que l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique de l'individu sans nécessité médicale et sans le consentement de la personne (art. 16-3).

<sup>13</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite loi Kouchner. V. not. P. MISTRETTA, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », *JCP G*, juin 2002, n° 24, p. 1075-1083.

<sup>14</sup> Sur cette articulation, v. A. BATTEUR, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Droit de la famille*, fév. 2011, n° 2, dossier 5, p. 22 et s.

<sup>15</sup> Si l'harmonisation était attendue par la doctrine, le texte de 2020 a fait l'objet de vives critiques. V. notamment A. BATTEUR, G. RAOUL-CORMEIL et F. ROGUE, « Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! », *D.* 2020, n° 18, p. 992-994 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « La protection

<sup>16</sup> Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020. Pour une analyse du texte, V. notamment S. MOISDON-CHATAIGNER, « Quelles avancées juridiques pour les décisions médicales et sociales des personnes vulnérables ? », *RJPF*, 2020, n° 5, p. 11-15. V. aussi L. GATTI, « Le nouveau régime des décisions de santé des majeurs protégés », *RGDM*, 2020, n° 75, p. 115-130.

<sup>17</sup> Ce texte est la version écrite d'une communication orale du 13 juin 2025 dans le cadre du séminaire *Penser le droit des majeurs vulnérables*, sous la responsabilité scientifique de S. PRETOT, F. BELLIVIER, E. JEULAND, X. LAGARDE et C. VERNIÈRES, à l'IRJS, Paris 1.

<sup>18</sup> I. MARIA, « Le respect de la volonté des personnes âgées malades », *Droit, santé et société*, 2021, n° 1, Vol. 8, p. 47-53.

<sup>19</sup> La présentation reprend les résultats d'une recherche pluridisciplinaire menée de 2021 à 2023 – que nous avons codirigée grâce au soutien de l'Institut Robert Badinter - sur « L'autonomie des personnes âgées juridiquement protégées dans les décisions médicales », et qui est fondée sur des questionnaires et des entretiens menés auprès de professionnels de santé, mandataires professionnels à la protection des majeurs, magistrats, personnes âgées sous mesure de protection, <https://institutrobertbadinter.fr/fr/publications/autonomie-personnes-ages/>. La présente contribution se fonde également sur notre article relatif aux actes médicaux spéciaux des patients juridiquement protégés (« Autonomie et droit médical spécial : les désillusions du majeur protégé », *Revue des droits de l'homme*, 2024, n° 26).



médicale en général (I). Il est cependant encore nécessaire de réfléchir à l'autonomie laissée au majeur protégé concernant des décisions médicales pour lesquelles un régime spécial, dérogatoire au droit commun, est prévu (II).

## **I.- La place accrue de l'autonomie du majeur protégé en milieu médical : un droit clair et des pratiques à conforter**

Si les textes adoptés depuis la réforme de 2007 promeuvent l'autonomie des majeurs protégés dans les décisions médicales (A), les différents acteurs concernés doivent encore leur donner plein effet en adaptant leurs pratiques (B).

### *A.- L'autonomie renforcée dans le droit commun de la santé*

La promotion de l'autonomie du majeur protégé dans ses décisions de santé est indéniable en ce sens que sa situation s'est rapprochée de celle du patient lambda. Trois éléments en attestent. D'abord, le majeur protégé est le plus souvent traité en droit comme n'importe quel patient. Ainsi, il consent seul aux décisions médicales toutes les fois où il n'y a pas de représentation relative à la personne, mais aussi, comme nous l'avons vu, malgré une telle représentation, dès lors qu'il est apte à exprimer sa volonté<sup>20</sup>. Ensuite, les dispositifs médicaux d'expression anticipée de la volonté que sont la personne de confiance (instaurée en 2002) et les directives anticipées (créées en 2005) lui sont ouverts. Les majeurs protégés peuvent, en effet, désigner une personne de confiance qui pourra les accompagner dans leur parcours de soins et rédiger des directives anticipées pour leur fin de vie pour l'hypothèse où ils deviendraient hors d'état d'exprimer leur volonté. Tout au plus, pour le majeur protégé bénéficiant d'une représentation à la personne, le juge devra - au moment de l'ouverture de la mesure (ou de son aggravation) - confirmer ou non la personne de confiance qui aurait été antérieurement désignée. Il devra également

être saisi pour autoriser le majeur à désigner une personne de confiance et/ou à rédiger des directives anticipées, le juge appréciant alors l'aptitude du majeur<sup>21</sup>. Enfin, la situation des majeurs protégés s'est rapprochée de celle du patient lambda depuis la réforme du 23 mars 2019<sup>22</sup> dans la mesure où, même lorsque l'acte médical envisagé a « pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée », le juge n'a plus à être saisi pour autoriser l'acte<sup>23</sup>. La nouvelle mouture de l'article 459 du Code civil prévoit simplement que, dans le cas où l'acte a un tel effet et où l'état du majeur protégé avec représentation relative à la personne ne lui permet pas de prendre seul une décision éclairée, le protecteur doit l'autoriser. L'intervention du juge est désormais réservée à l'hypothèse d'un désaccord entre le majeur et son représentant afin de déterminer lequel des deux doit prendre la décision.

Si le droit ainsi clarifié est un soutien indéniable à l'autonomie des majeurs protégés, il reste à déterminer si – et dans quelle mesure – les acteurs de la protection juridique et du champ médical sont parvenus à se l'approprier.

### *B.- L'autonomie à l'épreuve de la pratique médicale*

Il est ressorti de l'enquête menée auprès des professionnels concernés<sup>24</sup> que ceux-ci devaient encore prendre la pleine mesure de ces évolutions et adapter leurs pratiques (1). Au-delà de la question du temps d'adaptation, l'exercice s'avère toujours très délicat pour des situations médicales éthiquement complexes (2).

#### **1.- Le temps d'adaptation des acteurs pour s'emparer des évolutions juridiques**

Les garants de l'autonomie du majeur ont changé : désormais ce n'est plus en première ligne le juge mais le protecteur et le médecin, lesquels doivent à présent s'interroger sur

<sup>20</sup> CSP, art. L.1111-4 al 8. Par ailleurs, le majeur protégé est toujours destinataire de l'information due par le professionnel de santé, lequel doit en outre informer le protecteur chargé d'une mesure avec représentation relative à la personne. L'information peut aussi être délivrée au protecteur - avec l'accord du majeur protégé - en présence d'une mesure avec assistance à la personne (CSP, art. L. 1111-2 III).

<sup>21</sup> CSP, art. L. 1111-6 I al 4 et L. 1111-11 dernier alinéa.

<sup>22</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>23</sup> N. PETERKA, « La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection ? », *JCP G*, 2019, n° 16, p. 777-784.

<sup>24</sup> C. BOURDAIRE-MIGNOT et T. GRÜNDLER, étude préc. et les annexes, <https://institutrobertbadinter.fr/fr/publications/autonomie-personnes-ages/>

l'aptitude de leur patient à décider à l'occasion de chaque acte médical, *in situ*.

Or, s'agissant des professionnels de santé, force est de constater que, de manière assez logique, nombre d'entre eux ne connaissent pas les règles de la protection juridique et expriment d'ailleurs un besoin de formation sur le sujet. Un exemple, qui illustre bien cette situation, est revenu à plusieurs reprises dans les entretiens. C'est celui du patient – bénéficiant d'une mesure de protection avec représentation relative à la personne – admis à l'hôpital le week-end pour une fracture du col du fémur et condamné à attendre lundi, après que le protecteur a pu être contacté, pour être opéré. Cette situation – inadmissible pour la personne protégée – résulte du fait que le médecin pense ne pas avoir le droit d'opérer, malgré la situation d'urgence, sans autorisation du protecteur, lequel est rarement joignable le week-end<sup>25</sup>. Malgré des cas de ce type témoignant d'une méconnaissance du droit, il est apparu que l'esprit de la loi est généralement respecté, pour la simple raison que les principes de l'éthique médicale imposent aussi le respect de l'autonomie décisionnelle du patient<sup>26</sup>.

Quant aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs, lorsqu'ils sont sollicités pour autoriser un acte médical, ils ont tendance à adopter une attitude de retrait. La raison tient au fait qu'ils s'estiment assez peu compétents et légitimes pour intervenir dans la relation patient/médecin<sup>27</sup>. A leurs yeux, si un tiers doit intervenir, ce doit être de manière privilégiée un proche du patient. Cette réserve les conduit à se retrancher derrière les préconisations du professionnel de santé ou à saisir le juge, alors même qu'il n'y a plus lieu. Le témoignage d'un juge, saisi de manière massive pour la vaccination contre le covid au début de l'année 2021<sup>28</sup>, en atteste. Il avait alors réagi en produisant une note pour rappeler qu'il était inutile de le saisir car il ne rendrait pas de décision contraire à la volonté exprimée par les majeurs protégés<sup>29</sup>. Cela montre que les mandataires judiciaires ont eux aussi besoin de temps pour s'emparer des questions de

santé et prendre l'habitude d'évoquer davantage avec leurs protégés les aspects personnels de la mesure. Cette remarque ne vaut toutefois pas pour les préposés d'établissement qui sont apparus – au contraire et de manière logique – très au fait du contenu de la loi sur les questions de santé. Le champ médical illustre ainsi l'influence que le mode d'exercice du mandataire judiciaire à la protection des majeurs peut avoir sur la manière d'exercer la mesure<sup>30</sup>.

À côté de cette adaptation nécessaire, le cas des situations médicales complexes, comme le refus de traitement, reste difficile à appréhender.

## 2.- Les difficultés liées à des situations médicales complexes : le cas du refus de traitement médical

Le Code de la santé publique n'envisage pas expressément le refus de traitement par un majeur protégé avec représentation relative à la personne, mais précise simplement qu'en cas de refus – exprimé par son représentant – risquant « d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur protégé, le médecin [doit] délivre[r] les soins indispensables »<sup>31</sup>. Le sens de la loi nous semble toutefois devoir conduire le médecin à respecter le refus de traitement lorsque le majeur est apte à exprimer sa volonté<sup>32</sup>. Ce professionnel peut toutefois être tenté de contourner un tel refus en demandant l'autorisation du protecteur malgré l'aptitude du majeur. Ainsi, au cours d'un entretien, un préposé d'établissement a pu témoigner du fait qu'il fallait parfois se battre pour défendre le droit du majeur protégé (apte à exprimer sa volonté) de refuser un acte médical<sup>33</sup>. Cela étant, du côté du protecteur, il existe aussi des réserves compréhensibles. Lorsque le refus met la vie du majeur en danger, le protecteur peut être tenté d'intervenir pour contourner ce choix qui paraît contraire à l'intérêt du patient, et ce d'autant qu'il pourrait invoquer l'article 459 du Code civil, dernier alinéa, lui permettant de saisir le juge pour mettre fin au danger que le propre comportement du majeur lui fait courir. Confrontés à une telle situation, et dans le souci de ne pas risquer d'engager leur responsabilité,

<sup>25</sup> V. étude préc. spéc. p. 35.

<sup>26</sup> V. étude préc. spéc. p. 69 et s.

<sup>27</sup> V. étude préc., spéc. p. 45.

<sup>28</sup> Sur cette question, v. L. GATTI et G. RAOUL-CORMEIL, « SARS-CoV-2 : le consentement à l'acte vaccinal des majeurs vulnérables ou l'éprouvante réception du régime des décisions de santé des majeurs protégés », *RGDM* déc. 2020, n° 78 (hors-série).

<sup>29</sup> V. étude préc., spéc. p. 46.

<sup>30</sup> V. étude préc. spéc. p. 27.

<sup>31</sup> CSP, art. L. 1111-4 al 9. Une disposition équivalente existe s'agissant d'un refus de traitement par les titulaires de l'autorité parentale ayant des conséquences graves sur la santé d'un mineur. On touche là aux limites de la représentation.

<sup>32</sup> L'article L. 1111-4 al 2 du CSP peut d'ailleurs être lu en ce sens.

<sup>33</sup> V. étude préc. spéc. p. 48.

certain mandataires judiciaires à la protection des majeurs ont indiqué rédiger une note à l'attention du juge afin de l'informer de la situation, quand d'autres ont dit le saisir pour solliciter une décision<sup>34</sup>. C'est la difficulté d'entendre un tel refus qui explique que la mesure de protection puisse parfois être instrumentalisée. Dans un cas relaté lors des entretiens, l'ouverture d'une mesure de protection a été précisément demandée dans le but de limiter l'autonomie d'une patiente. Il s'agissait d'une femme qui refusait l'amputation d'un orteil gangrené et dont le mari a sollicité - et obtenu - la mise en place d'une tutelle. Le protecteur alors désigné a saisi le juge afin qu'il autorise l'acte chirurgical (les faits se déroulaient avant 2019)<sup>35</sup>. De tels récits montrent qu'il est parfois difficile d'admettre qu'il puisse être dans l'intérêt du majeur de refuser un traitement permettant de lui sauver la vie. Le respect de l'autonomie ne doit d'ailleurs pas consister à acter purement et simplement le refus mais, au contraire, à le discuter afin de s'assurer qu'il résulte d'une délibération libre et éclairée. D'une manière générale, la défense de l'autonomie suppose que la volonté exprimée puisse toujours être interrogée pour garantir sa réalité. A défaut, l'autonomie serait un leurre, en particulier pour le sujet âgé fragilisé<sup>36</sup>.

En matière de décision médicale de droit commun, le majeur protégé est devenu un patient (quasiment) comme un autre, c'est-à-dire un patient dont la volonté est recherchée et doit en principe s'imposer. Toutefois, le renforcement de l'autonomie du majeur protégé apparaît plus nuancé si l'on se tourne vers le droit médical spécial.

## II.- Le renforcement de l'autonomie du majeur protégé en droit médical spécial : une évolution juridique inaboutie

L'expression « droit médical spécial » désigne ici les régimes juridiques des actes médicaux qui dérogent au droit commun pour tout patient en raison de leur nature particulière. Les actes concernés sont divers : certains répondent

bien à l'intérêt du patient mais entendu plus soupagement que la traditionnelle « nécessité médicale » (on pense par exemple à la sédation profonde et continue jusqu'au décès) quand d'autres ne sont pas réalisés exclusivement (ou pas du tout) dans l'intérêt du patient mais également dans l'intérêt d'autrui (recherches biomédicales, prélèvements d'organes *post-mortem*).

L'impression qui se dégage de l'étude de ces différents régimes spéciaux<sup>37</sup> est celle d'une grande complexité et d'une certaine incohérence<sup>38</sup>. Cela est regrettable - ne serait-ce qu'en termes d'accessibilité du droit - et ce d'autant que ces régimes ne garantissent pas nécessairement la protection du majeur vulnérable (A). En outre, ces règles - qui pour certaines d'entre elles n'ont pas été retouchées en tenant compte de l'ordonnance de 2020 -, ne préservent pas toujours l'autonomie du majeur protégé (B).

### A.- L'incohérence des régimes spéciaux et le manque de protection

Comme cela a été rappelé précédemment, à s'en tenir au droit commun du patient protégé, deux critères sont en principe à prendre en considération pour aménager le régime de l'acte médical : l'existence ou non d'une représentation relative à la personne, d'une part, et l'aptitude ou non du majeur bénéficiant d'une telle protection à exprimer sa volonté, d'autre part. Or, certaines des règles relatives aux décisions médicales spéciales ne tiennent pas compte du premier critère (dans la mesure où rien n'est prévu pour le majeur protégé bénéficiant d'une mesure avec représentation relative à la personne) quand d'autres - qui concernent bien uniquement ce type de mesure de protection - ne se réfèrent pas à l'aptitude de la personne à exprimer sa volonté.

La sédation profonde et continue jusqu'au décès en est une illustration<sup>39</sup>. Depuis la loi Claeys Leonetti de 2016, un patient - atteint d'une affection grave et incurable dont le pronostic vital est engagé à court terme et présentant une souffrance réfractaire - peut demander une sédation

<sup>34</sup> V. étude préc. spéc. p. 46.

<sup>35</sup> V. étude préc., annexes, entretien 19. Dans ce cas, le médecin a finalement décidé de respecter le refus exprimé par sa patiente.

<sup>36</sup> C. BOURDAIRE-MIGNOT et T. GRÜNDLER, « La fin de vie des personnes âgées : l'impensé du droit ? », *Gérontologie et société* 2021, n° 164, vol. 43, p. 87-105.

<sup>37</sup> C. BOURDAIRE-MIGNOT et T. GRÜNDLER, « Autonomie et droit médical spécial : les désillusions du majeur protégé », *Revue des droits de l'homme*, 2024, n° 26.

<sup>38</sup> V. avant l'ordonnance du 11 mars 2020, A. Batteur qui évoque « une législation de compromis, pointilleuse », art. préc., spéc. n° 14.

<sup>39</sup> CSP, art. L.1110-5-2.

profonde et continue jusqu'au décès. Le texte reste muet sur la situation des majeurs protégés. Dès lors qu'ils ne sont pas expressément exclus, il faut en déduire que, même avec une mesure de représentation relative à la personne, les majeurs protégés sont éligibles à un tel acte. Toutefois, s'agissant d'un acte devant être sollicité par le patient, la question se pose de savoir comment, concrètement, le majeur protégé avec représentation relative à la personne inapte à exprimer sa volonté pourrait y avoir accès. Le fait de savoir si le protecteur pourrait formuler une telle demande en son nom n'est pas tranché<sup>40</sup>. Ce flou juridique est malvenu car il pourrait priver un patient du seul moyen de soulager sa souffrance<sup>41</sup>.

L'absence de mobilisation des critères habituels pourrait se comprendre si les régimes dérogatoires garantissaient - d'une autre manière - une protection satisfaisante du majeur, protection d'autant plus nécessaire que l'acte médical n'est pas forcément nécessaire à sa santé. Mais tel n'est pas le cas. Les régimes envisagés ont en effet tendance à surprotéger le majeur quand l'acte - réalisé en partie dans l'intérêt d'autrui - peut aussi intéresser le majeur (examens génétiques, recherches biomédicales) tandis qu'ils se révèlent sous protecteurs pour certains actes pourtant effectués dans le seul intérêt d'autrui (prélèvement d'organes *post-mortem* par exemple<sup>42</sup>).

Ces régimes spéciaux très complexes et insatisfaisants du point de vue de la protection des majeurs, ne sont pas davantage convaincants au regard de l'autonomie. L'analyse de ces régimes juridiques révèle sur ce point une réelle ambivalence.

## B.- L'ambivalence des régimes spéciaux au regard du principe d'autonomie

Si un certain nombre de régimes étudiés entravent l'autonomie (1), de manière quelque peu contre-intuitive, d'autres régimes qui, eux, restreignent l'accès des majeurs protégés, ne sont en réalité par vraiment attentatoires à l'autonomie, entendue ici dans un sens substantiel (2).

### 1.- Des entorses à l'autonomie

De manière très critiquable, l'autonomie sert parfois de prétexte pour proposer un régime dérogatoire dont le premier objectif est en réalité d'encourager l'acte, sans égard pour la volonté de la personne. Pour certains actes - certes sans incidence sur la santé du patient qui s'y livre (patient décédé ou acte très peu invasif) -, c'est en effet le mécanisme d'accès à la volonté mis en place qui pose difficulté. Tel est le cas des prélèvements *post-mortem* et des examens génétiques réalisés au bénéfice de la parentèle. Pour ces actes - que le législateur cherche à encourager pour des raisons de santé publique<sup>43</sup> -, ce n'est pas le consentement qui est requis pour permettre l'acte mais l'opposition qui peut l'empêcher. Ainsi, toute personne peut s'opposer à un prélèvement *post-mortem*<sup>44</sup> (sur le registre national des refus) ou à la réalisation d'examens génétiques pour le cas où elle serait hors d'état de s'exprimer au moment de l'examen<sup>45</sup>. Or, en 2021, sous couvert d'ouvrir un droit aux majeurs protégés avec représentation relative à la personne et de soutenir ainsi leur autonomie, le législateur a profité de la vulnérabilité pour atteindre son objectif d'augmenter le nombre de greffons disponibles. Dans cette perspective, il a permis le prélèvement d'organes des majeurs protégés, y compris ceux bénéficiant d'une représentation relative à la personne, sans adapter le dispositif mis en place pour la population générale. Cette même non-adaptation se retrouve pour la réalisation d'un acte génétique sur un majeur protégé hors d'état d'exprimer sa volonté. Or, il est particulièrement contestable, s'agissant d'un patient bénéficiant d'une mesure de protection avec représentation relative à la personne, de présupposer qu'il a pu s'opposer par avance à l'acte si telle était sa volonté. Cela

<sup>40</sup> S'agissant d'un autre acte médical - l'aide à mourir (vraisemblablement prochainement légalisée) - devant lui aussi être sollicité par le patient, la proposition de loi (n° 1100 votée en première lecture par l'Assemblée nationale le 27 mai 2025) ne prévoit pas d'exclusion spécifique pour les majeurs protégés. Mais comme pour tout patient, la demande ne pourra aboutir que si la personne est « apte à manifester sa volonté de manière libre et éclairée », le texte précisant que toute personne « dont le discernement est gravement altéré lors de la démarche de demande d'aide à mourir ne peut être reconnue comme manifestant une volonté libre et éclairée ». Si le texte ne prévoit rien sur la possibilité d'une demande par le protecteur pour un patient inapte à décider, celle-ci paraît impossible dès lors que l'aide à mourir ne peut être obtenue que par un patient apte à décider (et en état de le faire au moment de l'acte).

<sup>41</sup> Une telle sédation peut d'ailleurs être automatiquement délivrée lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté (et ne s'y est pas opposé dans ses directives anticipées) et qu'un arrêt des traitements au titre de l'obstination déraisonnable est décidé (CSP, art. L. 1110-5-2 al. 2).

<sup>42</sup> V. *infra*.

<sup>43</sup> L. GATTI, *Les décisions de santé des majeurs protégés. Pour un dialogue entre protecteurs et professionnels de santé*, LEH Édition, 2022, spéc. p. 188 et s.

<sup>44</sup> CSP, art. L. 1232-1.

<sup>45</sup> CSP, art. L. 1130-4 qui renvoie, pour l'opposition à l'article L.1130-3 CSP.



l'est d'ailleurs déjà pour la population générale, qui ignore pour une grande part l'existence du registre national des refus de prélèvement géré par l'Agence de la biomédecine.

Le législateur a même été plus loin à propos de la transmission de l'information génétique à la parentèle, fortement encouragée pour améliorer la prévention. Dans ce cas en effet, alors que la transmission à la parentèle, par le médecin, de l'information obtenue lors d'un examen génétique réalisé sur le patient lambda, suppose que ce dernier ait autorisé le médecin à le faire, cette transmission de l'information génétique sera automatique pour le majeur protégé avec représentation relative à la personne (qu'il soit ou non apte à consentir à l'acte médical)<sup>46</sup>.

Ainsi, dans ces deux situations, il n'est pas garanti que la volonté du patient juridiquement protégé soit respectée. Une solution plus conforme à ses droits consisterait à soumettre ces actes à un consentement explicite de sa part.

Par contraste, l'interdiction pour un majeur protégé - avec représentation relative à la personne - de faire don de son corps à des fins d'enseignement ou de recherche médicale étonne. S'agissant là encore d'un acte portant sur une personne décédée, on comprend mal cette exclusion et ce d'autant que, contrairement au prélèvement d'organes *post-mortem*, l'acte repose ici, pour le patient ordinaire, sur un consentement exprès et, qui plus est, écrit<sup>47</sup>, exigence qui suffirait à protéger le majeur vulnérable. L'exclusion se révèle donc non respectueuse de l'autonomie du majeur mais surtout, le rapprochement des deux régimes (prélèvement *post-mortem* et don du corps à la science) souligne que le principe d'autonomie du majeur protégé est instrumentalisé pour le prélèvement d'organes *post-mortem*, ce qui est extrêmement critiquable<sup>48</sup>.

Les régimes restrictifs d'accès des majeurs protégés ne sont toutefois pas toujours réellement attentatoires à l'autonomie ; ils permettent parfois au contraire de soutenir une autonomie entendue de manière substantielle.

## 2.- Des règles restrictives favorables à l'autonomie

Pour un certain nombre d'actes médicaux spéciaux, les règles applicables au majeur protégé sont restrictives d'accès en ce sens qu'elles ne sont pas la simple transposition, pour eux, du régime applicable au patient lambda mais sont plus limitatives. Malgré les apparences, ce caractère moins permissif du régime peut venir au soutien de l'autonomie du majeur protégé, dans la mesure où il vise à s'assurer de la réalité de sa volonté et à lutter contre les risques de pressions extérieures. Du fait de sa vulnérabilité, ce patient peut être davantage susceptible qu'un autre de faire l'objet de pressions importantes, de la part de ses proches notamment. Le don d'éléments et produits du corps humain entre vifs permet d'illustrer le propos. Le majeur protégé avec représentation relative à la personne en est exclu. Bien que cette règle puisse éventuellement l'empêcher de sauver un proche, elle se comprend au regard de l'impossibilité de s'assurer de l'intégrité de son consentement et, en particulier, de sa compréhension des conséquences de l'acte sur sa propre santé à court, moyen et long terme. On peut craindre en effet que, du fait de sa vulnérabilité, ce sujet soit placé dans une situation de plus grande dépendance à l'égard de ses proches de nature à altérer sa liberté de consentir ou non à la réalisation d'un acte vital pour un membre de sa famille. Il apparaît dès lors compréhensible que, par prudence, le législateur ait fait le choix d'interdire un tel acte pour ce majeur.

L'interdit reste néanmoins mesuré, puisqu'il y est fait exception pour le don de cellules hématopoïétiques, moins risqué pour la santé du donneur. Le législateur a dans ce cas simplement ajouté, pour le majeur protégé avec représentation relative à la personne, l'exigence de l'intervention du juge chargé de vérifier son aptitude à consentir.

Ces régimes dérogatoires apparaissent bien destinés à soutenir l'autonomie du majeur, c'est-à-dire le pouvoir de décider librement pour soi, dans la mesure où ils posent les garanties d'un consentement réellement libre. Cela étant, certains mériteraient d'être améliorés. En effet, les garanties supplémentaires sont de différentes natures : autorisation du juge (pour le don de cellules hématopoïétiques<sup>49</sup>), consentement du protecteur (pour les examens des

<sup>46</sup> Pour ce patient, le régime est le même que celui applicable au patient hors d'état d'exprimer sa volonté (CSP, art. L. 1131-I-III).

<sup>47</sup> CSP, art. L.1261-1 al. 1.

<sup>48</sup> Nous avons souligné ce point au lendemain de la réforme du 2 août 2021, (C. BOURDAIRE-MIGNOT et T. GRÜNDLER, *AMP, cellules souches, génétique... ce que change la loi de bioéthique de 2021*, éd. Gualino 2021, coll. « Droit en poche », fiche 2).

<sup>49</sup> CSP, art. L. 1241-4.



caractéristiques génétiques constitutionnelles<sup>50</sup>) ou encore conditions d'accès spécifiques (pour les recherches biomédicales<sup>51</sup>). Une harmonisation serait sans doute souhaitable. Dans cette perspective, le choix devrait porter sur le contrôle judiciaire du consentement, qui semble de nature à mieux garantir l'autonomie, même si cette proposition s'inscrit à rebours du mouvement général de déjudiciarisation et se heurte à un manque de moyens du service public de la justice.

Il ressort de ce panorama des actes médicaux une évolution indiscutable du droit en faveur de l'autonomie des majeurs protégés, qui doit toutefois être accompagnée d'un appui aux bonnes pratiques par la formation des professionnels concernés, mais aussi par des conditions d'exercice (écoute du patient, possibilité de solliciter l'avis de collègues...) permettant d'apprécier l'aptitude du majeur protégé avec représentation relative à la personne à comprendre et à décider. Cela exige du temps et donc des moyens humains, ce qui manque cruellement au monde de la justice<sup>52</sup> comme à celui de la santé<sup>53</sup>.

C'est en revanche bien au niveau de l'élaboration du droit que des réflexions devraient encore être menées s'agissant d'actes médicaux spéciaux. Si un régime uniforme n'est sans doute pas souhaitable au regard de la diversité de ces actes et des enjeux qui y sont attachés, il paraît opportun que la situation spécifique des majeurs protégés soit envisagée, pour là aussi concevoir un régime juridique alliant protection nécessaire et autonomie souhaitable.

<sup>50</sup> CSP, art. R. 1131-4.

<sup>51</sup> CSP, art. L. 1122-2.

<sup>52</sup> V. not. le rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) du 16 octobre 2024, qui pointe notamment pour la France un budget consacré à la justice en deçà de ses pays voisins.

<sup>53</sup> V. not. CCNE, Avis 140 « Repenser le système de soins sur un fondement éthique. Leçons de la crise sanitaire et hospitalière, diagnostic et perspectives », 2022. Le CCNE relevait notamment que « Le temps des soignants croise de moins en moins celui des malades » (p. 7).

# REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE

## SORBONNE LAW REVIEW

### Appel à contributions n° 13/26

*La Revue Juridique de la Sorbonne – Sorbonne Law Review lance un appel à contributions pour son onzième numéro à paraître en juillet 2026.*

*La Revue a pour ambition de publier des travaux de recherche qui peuvent intéresser la communauté des juristes et des chercheurs. Ces travaux peuvent explorer différents lieux et temporalités du droit sans restriction, mais sont invités à proposer des analyses susceptibles d'éclairer le plus grand nombre sans se contenter d'une vision trop circonscrite. Des travaux mettant en perspective le droit avec d'autres sciences humaines y trouveraient également bon accueil.*

*Les soumissions d'articles peuvent être en français ou en anglais, dans la limite de 60 000 caractères espaces compris.*

*Les chercheurs intéressés peuvent envoyer leurs contributions complètes, ainsi qu'un court résumé et une sélection de mots-clés, en français et en anglais, à l'adresse :*

*[irjs-editions@univ-paris1.fr](mailto:irjs-editions@univ-paris1.fr)  
au plus tard le 20 avril 2026*

*Le titre, le résumé et les mots-clés de l'article devront être en français et en anglais.*

*Les auteurs des articles sont invités à préciser leur nom en début d'article, leur affiliation institutionnelle et leur grade académique, ainsi que leurs coordonnées (postale et électronique).*

*Les contributions, originales, devront être envoyées au format Word (.doc ou .docx), références bibliographiques incluses dans les notes de bas de page numérotées de façon continue.*

*L'évaluation des articles soumis à la rédaction est effectuée en double aveugle par les membres du comité scientifique de la revue ou des membres externes le cas échéant, selon les domaines de compétences sollicités par l'article.*

*La Revue Juridique de la Sorbonne est un périodique semestriel numérique en libre accès, sous licence Creative Commons (BY) (NC) (ND). Pour en savoir plus :*

*<https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne/politiques-publication>.*

