

A close-up photograph of an ornate architectural detail, likely a frieze or cornice, featuring intricate carvings and a repeating pattern of decorative elements.

REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

A large photograph of a grand dome interior, showing a grid of coffered panels and a classical column with a winged figure sculpture. The image is partially obscured by a dark blue diagonal shape.

n° 10
décembre 2024

ARTICLES

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 EGEE, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Joachim ENGLISCH, 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

Kali STOLYPINE, Chargée 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 / Tel : 01 44 07 78 21

ISSN : 2739-6649

Dépôt légal : décembre 2024.

TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES _____ 7

La marque : instrument de préservation et de valorisation du nom et de l'image des biens culturels _____ 9

Cécile ANGER

DOSSIER :

PENSER LE DROIT DES MAJEURS VULNÉRABLES _____ 17

Présentation du séminaire _____ 19

Emmanuel JEULAND

Introduction au dossier _____ 21

Sophie PRÉTOT

SÉANCE 1

LA PROMOTION INTERNATIONALE DE L'AUTONOMIE DE LA PERSONNE VULNÉRABLE _____ 25

Réflexions sur la promotion internationale de l'autonomie de la personne vulnérable dans le cadre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées _____ 27

Coralie KLIPFEL

Autonomie et vulnérabilité : quelques éléments _____ 35

Isabelle AUBERT

SÉANCE 2

LA VULNÉRABILITÉ : LES MOTS ET LA PRATIQUE _____ 43

La pratique _____ 45

Fabian BACHEM

Vulnérabilité : Les mots et la pratique _____ 47

Yvonne FLOUR

SÉANCE 3

REGARDS COMPARÉS _____ 55

Des effets de la démence aux besoins du malade mental : la loi du 30 juin 1838, amorce d'un changement de perspective _____ 57

Marta PEGUERA POCH

La situation italienne – Première partie

Le cadre général des mesures de protection des adultes vulnérables en droit italien _____ 67

Stefano TROIANO

La situation italienne – Deuxième partie

La protection de la personne âgée dans le droit italien et les récentes définitions normatives de personne âgée adoptées par le décret législatif italien n° 29/2024 _____ 73

Sara SCOLA

SÉANCE 4

PLURALITÉ DES MESURES OU MESURE UNIQUE _____ 81

La protection juridique des majeurs vulnérables en droit belge _____ 83

Nathalie DANDOY

La sauvegarde des droits, par assistance ou par représentation _____ 91

Gilles RAOUL-CORMEIL

SÉANCE 5

SUPPRIMER L'INCAPACITÉ ? _____ 113

The Spanish system of support for people with disabilities in the exercise of their legal capacity. Substantive and procedural aspects _____ 115

Pilar PEITEADO MARISCAL

L'évaluation des capacités : d'une vision fixiste, absolue et centrée sur la personne à une conception dynamique et ancrée _____ 123

Marie GAILLE

Agathe CAMUS

ARTICLES

La marque : instrument de préservation et de valorisation du nom et de l'image des biens culturels

Trademarks : instruments for preserving and capitalising on the name and image of cultural heritage

Cécile ANGER

*Docteur en droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Responsable de la marque, du mécénat et des partenariats à
l'Établissement public national du Mont Saint-Michel*

Résumé : Depuis une vingtaine d'années, les pouvoirs publics enjoignent les institutions publiques, notamment culturelles, à recourir au droit des marques dans la perspective de protéger et de valoriser leur patrimoine immatériel. Le nom et l'image des biens culturels rejoignent ainsi la liste des signes distinctifs susceptibles d'être appropriés par un droit de marque. Cet instrument de droit est-il pourtant adapté dans cette double logique ? Les quelques litiges existants attestent certaines difficultés des institutions à manipuler des droits de marque. Un autre dispositif juridique a récemment fait son entrée au sein d'un corpus distinct au Code de la propriété intellectuelle : le droit sur l'image des domaines nationaux, adopté au sein du Code du patrimoine.

Mots-clés : patrimoine, marque, image, protection, valorisation

Abstract : *For the past twenty years, public authorities have been urging public institutions, particularly cultural institutions, to use trademark law to protect and enhance their intangible heritage. The name and image of cultural goods have thus joined the list of distinctive signs that may be appropriated by trademark law. But is this legal instrument suitable for this dual purpose ? The few disputes that have arisen attest to the difficulties institutions have in handling trademark rights. Another legal instrument has recently been incorporated into a body of law other than the Intellectual Property Code : the right to the image of national domains, adopted as part of the Heritage Code.*

Key words : *heritage, brand, trademark, image, protection, valorization*

En 2006, les auteurs du rapport sur *L'Économie de l'immatériel* établissaient ce constat : la balance entre la richesse du patrimoine culturel français et les avantages que l'État et l'économie en retirent est déséquilibrée¹. Ils visaient d'une part un manque d'actions des institutions culturelles, d'autre part les exploitations conduites par des tiers, dont les retombées économiques échappaient aux institutions, et, ce faisant, à l'État français.

Pour résorber ce déséquilibre, Messieurs Lévy et Jouyet appelaient les institutions culturelles à engager une politique de protection et de valorisation de leur patrimoine immatériel, ce dernier, qualifié de « *capital lié à l'imaginaire* »²,

correspondant notamment au nom et à l'image des biens culturels.

Pour mettre en œuvre cette politique, ils recommandaient de se saisir de l'outil que forme la marque, susceptible d'apporter un cadre juridique à des éléments immatériels. Avant de s'intéresser à la marque, il convient de comprendre les motivations qui animent cette démarche de protection et de valorisation : pourquoi faut-il valoriser le patrimoine immatériel et de quoi faut-il le préserver ?

Deux raisons principales expliquent ces démarches.

La première se manifeste par un changement de regard porté sur les utilisations conduites par des tiers. Le nom et l'image de biens culturels font l'objet de nombreux

¹ M. LÉVY, J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, 2006, p. 105.

² *Ibid.*, p. 11.

usages par des entreprises, parfois sans autorisation et sans rétribution. Ces usages peuvent être de nature mercantile : il n'est pas rare de voir figurer sur des publicités l'image de biens culturels (l'image de la Tour Eiffel ou de l'Arc de Triomphe est par exemple fréquemment reproduite dans des publicités pour parfums) ou de trouver dans le commerce des produits revêtus du nom ou de l'image de tels biens (les boîtes de chocolats ou confiseries s'ornent souvent du nom ou de l'image de célèbres monuments, dont des châteaux, comme Versailles, Chambord ou Cheverny). L'absence de consentement préalable et l'absence de redevance font l'objet de contestations. Il est en effet contesté que le nom ou l'image de biens culturels soient ainsi employés à des fins commerciales ne donnant lieu à aucune rétribution pour le gestionnaire, qui a la charge d'entretenir le bien en cause en mettant en œuvre des campagnes de restauration souvent coûteuses.

Ces contestations sont tant le fait des pouvoirs publics que des institutions. En 2015, dans un rapport³ conduit par l'IGAC⁴ et l'IGF⁵, les auteurs déploreraient le manque de protection de l'image des musées et monuments, en employant l'expression de « vide juridique ». S'agissant des institutions, elles se sont exprimées devant les juridictions, en tentant, souvent vainement, de défendre leur patrimoine immatériel.

La seconde raison, qui en découle, est d'ordre économique. Ce nouveau regard s'explique aussi en raison du contexte de tension budgétaire. Les pouvoirs publics appellent les établissements culturels – les plus grands d'entre eux, ceux qui en ont la capacité – à diversifier leurs ressources propres. L'enjeu est donc aussi de favoriser de nouvelles recettes. La marque intervient alors pour s'inscrire dans la stratégie de développement économique des institutions culturelles.

Dans un rapport portant sur *La valorisation internationale de l'ingénierie et des marques culturelles*, la Cour des comptes a rappelé la valeur associée au patrimoine immatériel des établissements culturels et souligné l'importance, « compte

tenu des enjeux qui y sont attachés », de le protéger et de développer les potentialités qu'il peut susciter⁶.

Le rôle qui est ainsi dévolu à la marque est tant de préserver que de valoriser le nom et l'image des biens culturels. Remplit-elle cependant efficacement ces deux missions ?

L'efficacité de la marque s'avère contrastée dans l'unique perspective de préservation (I). Elle se révèle en revanche pleinement satisfaisante dans une démarche de valorisation. La marque se complète aujourd'hui d'un nouveau dispositif instauré par le législateur à cette fin : le droit sur l'image (II).

I.- La marque : outil de préservation partiel du nom et de l'image des biens culturels

Si la marque est capable de saisir des éléments immatériels, comme le nom et l'image de biens culturels (A), le droit qu'elle confère à son titulaire est circonscrit au signe effectivement déposé et exploité (B).

A.- La marque : réceptacle susceptible d'appréhender le nom et l'image de biens culturels

À titre préliminaire, on rappellera la jurisprudence prévalant pour l'image des biens. Depuis l'arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 mai 2004⁷, il est établi que le propriétaire ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de son bien ; il ne peut s'opposer à un usage tiers qu'en démontrant un trouble anormal.

³ S. KANCEL, F. BAUDOIN, C. HERODY, C. LAMBOLEY, *Évaluation de la politique de développement des ressources propres des organismes culturels de l'État*, mars 2015.

⁴ Inspection générale des affaires culturelles.

⁵ Inspection générale des finances.

⁶ Cour des comptes, *La valorisation internationale de l'ingénierie et des marques culturelles*, mars 2019, p. 29.

⁷ Cass. Ass. plen, 7 mai 2004, n° 02-10450, *Hôtel de Girancourt*. *JCP E* 2004, 1085, comm. C. CARON ; *D.* 2004, p. 1545, note J.-M. BRUGUIÈRE ; *D.* 2004, p. 1459, C. ATIAS ; *D.* 2004, p. 2406, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; *RD imm.* 2004, p. 437, obs. E. GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK ; *RTD civ.* 2004, p. 528, obs. T. REVET ; *RTD com.* 2004, p. 712, obs. J. AZÉMA ; *LPA* 2005, n° 134, p. 19, note K. SALHI ; *Comm. com. électr.* 2004, étude 22, F. SIIRIAINEN ; *RJDA* 2004, 975, note N. BOUCHE ; *JCP G* 2004, 1627, note G. VINEY ; P. DEUMIER, « Le contrôle de l'image des biens en droit privé », in *L'image* : Dalloz, 2005, p. 55 et s.

Cette jurisprudence n'interdit pas le dépôt à titre de marque de l'image d'un bien, par son propriétaire ou par un tiers, en l'absence de trouble anormal.

Le dépôt d'une marque composée du nom ou de l'image d'un bien culturel est juridiquement possible. Cette possibilité vaut toutefois pour des biens tombés dans le domaine public. Il est admis qu'un signe portant atteinte à des droits antérieurs ne puisse être enregistré. Aussi, un signe composé d'une œuvre de l'esprit encore gouvernée par le monopole de l'auteur ne saurait être déposé sans l'autorisation de ce dernier. Aux termes de l'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle, « *ne peut être valablement enregistrée et, si elle est enregistrée, est susceptible d'être déclarée nulle une marque portant atteinte à des droits antérieurs ayant effet en France, notamment : 6° des droits d'auteur* ». En vertu du droit exclusif d'exploitation sur sa création, l'auteur doit autoriser toute forme de reproduction ou représentation de son œuvre. Une utilisation sous forme de dépôt de marque entre dans le champ du monopole. Ainsi, l'image de créations récentes telles que le musée du Quai Branly, l'Institut du monde arabe ou la Fondation Cartier ne pourrait être enregistrée librement, en l'absence d'une autorisation de l'auteur, en l'occurrence l'architecte Jean Nouvel, ou de leurs ayants droit.

En revanche, dès que l'œuvre rejoint le domaine public, il est alors possible, pour toute personne et pour toute finalité de la reproduire librement. À l'issue du délai de 70 ans suivant la mort de l'auteur, le dépôt d'une marque dont le signe correspond à une œuvre de l'esprit – son titre ou son image par exemple – devient possible. Le droit d'auteur n'a plus à s'appliquer, à l'exception du droit moral, perpétuel.

Le nom et l'image de biens culturels sont ainsi susceptibles d'être appréhendés par un nouveau droit de propriété intellectuelle, la marque. Cette liberté est tant permise pour les acteurs privés que pour des acteurs publics. Une institution culturelle dispose de la capacité de déposer une marque et peut engager une telle démarche.

Il lui est loisible de choisir un signe composé du nom ou de l'image d'un bien culturel et de l'enregistrer pour certaines classes de produits et services, conformément à la classification internationale de Nice.

L'intérêt de la marque est d'apporter un cadre juridique au nom et à l'image de biens culturels qui peuvent ainsi être appréhendés par les institutions. Quel degré de protection cet instrument confère-t-il ?

B.- Un périmètre de protection limité au signe enregistré et exploité

Si la marque permet théoriquement de préserver le nom et l'image de biens culturels, elle suit des critères exigeants que le titulaire, quel qu'il soit, doit respecter.

Une exigence en particulier mérite d'être mentionnée : la distinctivité. Afin de jouer son rôle, la marque doit être distinctive, capable de différencier sur un marché donné des produits ou services afin de les rattacher à l'entreprise qui en est à l'origine. La distinctivité se mesure dans le signe retenu par le déposant. Le signe ne saurait être descriptif du bien en cause.

Ce critère est difficile à remplir pour les marques culturelles, fréquemment composées du nom et / ou de l'image du bien culturel en question. Les marques culturelles renvoient alors de manière descriptive au bien auquel elles font référence, ce qui réduit leur degré de distinctivité, et, ce faisant, leur opposabilité. Cette difficulté a été soulevée par la Cour des comptes ainsi que par certains auteurs⁸.

Cette règle suppose que le signe déposé soit l'objet d'un choix, relève d'une part d'arbitraire. Le signe ne doit pas être la désignation nécessaire ou décrire le bien en cause. Les acronymes forment des marques culturelles pleinement distinctives, ce qui est le cas de la marque « Mucem ». L'enregistrement de ce dernier a pu aboutir à la suite d'un premier dépôt du signe « Musées des civilisations de l'Europe et de la méditerranée », qui, lui, avait été refusé par l'INPI en raison de son caractère descriptif. Les logos, correspondant à des choix graphiques, forment également des marques satisfaisant l'exigence de distinctivité. Ainsi, la marque figurative reproduisant l'escalator du Centre Pompidou,

⁸ J.-M. PONTIER, « Les marques, champ de confrontation des musées à la modernité », in M. REGOURD (dir.), *Marques muséales, un espace public revisité*, Institut Varenne, 2016 ; Cour des comptes, *La valorisation internationale de l'ingénierie et des marques culturelles*, mars 2019 ; C. ANGER, *La marque muséale*, mémoire, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2012.

logo conçu par Jean Widmer, présente assurément un degré de distinctivité supérieur au simple dépôt, par exemple, de l'image de la façade dans son intégralité sans ajout ou sans choix d'un détail. La distinctivité d'une marque peut s'apprécier au regard de son aspect plus ou moins stylisé.

En réalité, la marque ne protégeant qu'un signe rigoureusement choisi et désigné, le périmètre de protection qu'elle apporte est limité. Elle ne saurait embrasser l'ensemble des formes et représentations possibles du nom ou de l'image d'un bien. La dévolution d'un tel rôle pour la marque ne saurait prospérer.

À cet égard, on signalera une affaire dans laquelle l'Opéra national de Paris a tenté de protéger son patrimoine immatériel à l'encontre d'une société, la Compagnie Française des grands vins (CFGV), qui commercialisait un vin dont l'étiquette reproduisait le mot « Opéra » et l'image du Palais Garnier⁹. L'opérateur lyrique contestait l'usage à l'appui de son droit de marque. Sont reproduits ci-contre le produit litigieux et la marque de l'Opéra national de Paris.

Les juges accueillent sa demande alors même qu'il n'exploitait pas sa marque pour la même catégorie de produits (classe 33). Ils admettent de protéger la marque du gestionnaire en dehors du principe de spécialité, reconnaissant ainsi son caractère

notoire. Pour ce faire, ils apprécient le graphisme du logo de l'Opéra et celui de l'étiquette contestée. Les deux représentations du terme « Opéra » présentent une similarité : la CFGV ne s'est pas contentée d'inscrire le terme « Opéra », mais de reproduire spécifiquement le graphisme propre de la marque de l'Opéra de Paris. Selon les juges, le graphisme du mot Opera reproduit confère « à la présentation de ce terme une similitude patente avec l'écriture du mot Opera » mise en œuvre par le gestionnaire culturel, c'est-à-dire le signe « dans lequel la partie inférieure de la lettre R du mot OPÉRA est prolongée sous le A final par un long jambage courbe ». C'est

donc ce jeu de jambes de la lettre R, caractéristique du signe du gestionnaire, qui fonde le succès de sa démarche.



La protection conférée par la marque se limite donc au signe enregistré. En dehors d'une telle reproduction, il n'est pas certain que les juges aient donné raison au gestionnaire. Ils le refrèntent d'ailleurs nettement dans sa tentative de protéger plus largement l'image du monument : l'Opéra national de Paris ne justifie pas être en droit d'obtenir l'interdiction générale qu'il réclame à l'égard de la CFGV de faire usage d'une quelconque représentation de l'immeuble du Palais Garnier, ou de la statuaire extérieure de cet immeuble. Le monopole ne porte pas sur le nom et l'image de l'Opéra en tant que tels. Les juges protègent le graphisme spécifique créé et employé par l'institution, et non l'image de l'Opéra de Paris lui-même.

En réalité, cette solution suit la logique guidant le droit des marques. La marque relève du droit des affaires, son rôle n'est pas de cantonner l'accès au marché mais de réguler ce dernier. Aussi, ne saurait-elle restreindre la liberté du commerce et de l'industrie en octroyant des monopoles illimités.



En dehors du principe de distinctivité, il conviendra de rappeler qu'un droit de marque s'acquiert par enregistrement. Or, l'une des difficultés majeures auxquelles sont confrontées les institutions cultu-

relles consiste en l'existence de très nombreuses marques déjà déposées par des tiers. Les biens culturels pouvant susciter la convoitise, leur nom ou leur image ont fait l'objet de dépôt de marque, notamment par des acteurs économiques. On recense par exemple 113 occurrences des termes « Mont Saint Michel » dans le registre de l'INPI, 161 dans celui de l'EUIPO et 137 dans celui de l'OMPI. Ces signes sont rarement la propriété des institutions. Ces dernières se heurtent à des droits antérieurs, qui leur sont parfois opposés dans le cadre de leurs propres démarches de dépôt.

⁹ CA Paris, 4 juillet 2008, n° 06/19104.

La marque a-t-elle une portée limitée dans la préservation du nom et de l'image de biens culturels.

Soutenue depuis peu par le droit sur l'image, elle se révèle en revanche adaptée au service d'une politique de valorisation, témoignant ainsi de sa capacité à s'intégrer dans la stratégie de levée de fonds des établissements culturels.

II.- La marque : outil de valorisation pertinent du nom et de l'image des biens culturels

S'émancipant d'une logique exclusive de protection, la marque apparaît un outil beaucoup plus efficace et adapté dans le cadre d'une politique de valorisation (A). Elle est désormais complétée d'un nouveau dispositif juridique : le droit sur l'image des domaines nationaux (B).

A.- La licence de marque : technique contractuelle privilégiée de valorisation

Si la marque ne répond que partiellement à l'objectif de protection, elle joue en revanche pleinement son rôle dans une logique de valorisation. La licence de marque est à cette fin un outil contractuel idoine et est fréquemment employée pour valoriser le patrimoine immatériel des institutions culturelles.

L'intérêt principal des licences est économique, le licencié versant une redevance auprès du concédant. En France, la pratique des licences est d'abord le fait de maisons de mode, les premiers créateurs à avoir adopté l'outil étant Pierre Cardin et Christian Dior. Les recettes tirées des licences soutiennent notamment les activités de haute couture. Dans le domaine artistique, la première licence serait celle portant sur la voiture Picasso. Un accord, aujourd'hui achevé, avait été noué en 1998 entre Picasso Administration et le groupe Citroën.

Le développement des licences de marques institutionnelles est plus récent. L'exemple le plus connu n'est autre que celui du Louvre Abou Dhabi. Négocié entre l'État français et les Émirats arabes unis, le contrat prévoit le

versement d'une redevance de 400 millions d'euros pour la licence de la marque « Louvre » ainsi adossée au nom du musée émirati ; montant récemment amendé en raison de la prolongation de l'accord¹⁰. Ainsi que l'a écrit l'économiste Françoise Benhamou, « *le patrimoine tangible tire de la valeur de sa dimension intangible* » et le Louvre en fit l'éclatante démonstration lorsqu'il négocia en 2006 la mise à disposition de sa marque¹¹.

S'il est admis que la redevance puisse être fixe, elle est dans la pratique plus fréquemment proportionnelle. Son assiette repose alors sur le chiffre d'affaires des produits objets de la licence. Le taux retenu varie selon le type de produit et selon la notoriété de la marque en cause : en moyenne, les taux oscillent de 6 % à 10 %¹².

Le Louvre a conclu d'autres accords de licence de marque, plus classiques, pour des produits, à l'instar de la licence nouée avec le groupe LEGO. La Cour des comptes mentionne le montant de la redevance perçue par ledit musée à cette occasion, qui s'élevait pour les années 2016 et 2017 à près de 300 000 euros¹³. Les actions de valorisation de l'image de marque du Louvre attestent des résultats financiers en croissance : le chiffre d'affaires est passé de 2,7 millions d'euros en 2019 à 4,7 millions d'euros en 2020¹⁴.

Le Louvre n'est pas le seul établissement à avoir entrepris ces démarches. Le château de Versailles et le château de Chambord ont également noué de tels accords. Ainsi, une licence a été signée par le premier pour la commercialisation de boîtes de macarons, diffusées à travers le réseau de vente international de Ladurée.

Le second a aussi signé des licences de marque pour des produits de confiserie : des chocolats (groupe Cémoi) et des biscuits (société La Biscuiterie de Chambord). Plus récemment, il a signé un accord de licence avec un producteur de whisky écossais (Raer Alliance). Ce dernier s'était porté acquéreur

¹⁰ Un versement additionnel de 165 millions d'euros est prévu pour l'extension de l'accord de 10 ans, ainsi prolongé à 2047.

¹¹ F. BENHAMOU, *Économie du patrimoine culturel*, La Découverte, 2019, p. 99.

¹² APIE, *Développer des produits dérivés*, Ressources de l'immatériel, 2016.

¹³ Cour des comptes, *La valorisation internationale de l'ingénierie et des marques culturelles*, mars 2019, p. 65.

¹⁴ Rapport d'activités, musée du Louvre.

de fûts de chêne provenant de la forêt de Chambord¹⁵, dans lesquels il faisait vieillir son whisky. Souhaitant mentionner ce vieillissement sur l'étiquette, il avait alors demandé l'autorisation d'y apposer le nom et l'image du château, ce que le gestionnaire accepta en signant une licence, comprenant le versement d'une redevance de 10 % du chiffre d'affaires des bouteilles de whisky vendues¹⁶.

Pour le Domaine national de Chambord, ce partenariat était l'occasion de dégager de nouvelles recettes mais aussi de signer un accord officiel et de répondre à un autre usage de son nom pour un produit d'alcool : la liqueur « Chambord » propriété du groupe américain Brown-Forman, produit pour lequel un litige est en cours devant les juridictions françaises. Le gestionnaire conteste l'utilisation commerciale de son nom pour un produit n'ayant pas de rapport avec l'histoire de Chambord ou son domaine et pour lequel il ne perçoit pas de redevance. L'intérêt de la licence se mesure aussi dans son caractère politique : le fait de disposer de licenciés affiliés à l'institution souligne le caractère officiel de la relation. Ci-après sont reproduits les deux alcools (à gauche le whisky sous licence ; à droite la liqueur litigieuse).



Une affaire récente illustre l'intérêt de ces partenariats officiels. En effet, dans une décision prononcée par l'INPI¹⁷ dans le cadre d'une procédure d'opposition, le musée du Louvre a pu obtenir gain de cause en raison d'une licence de marque qu'il avait signée avec une entreprise concurrente. Dans cette espèce, la société Delage Automobiles avait déposé en 2022 la marque « Le Louvre Automobile » dans quatre classes de produits et services (12, 35, 36 et 39). Le musée

éponyme avait alors formé une procédure d'opposition devant l'INPI sur le fondement d'une marque antérieure (déposée en 2011 et régulièrement renouvelée depuis). Si l'INPI reconnaît la similitude des signes et d'une partie des classes de produits et services, son approche s'appuie en particulier sur l'existence d'un contrat établi par le Louvre pour certains types de produits, les voitures. Le musée a en effet noué un partenariat avec l'entreprise DS Automobiles « afin de lancer en octobre 2020 le modèle DS 7 Crossback – Louvre ».

L'office tient compte de cet accord, déterminant ici, pour caractériser le risque de confusion et le préjudice subséquent et établir que « lorsqu'ils rencontreront le signe contesté Le Louvre Automobile appliqué aux "véhicules" et aux services y afférents de "location de véhicules", les consommateurs seront fondés à faire un lien avec la marque antérieure ». Ils retiennent une analyse similaire « pour les autres services de la demande d'enregistrement, également en relation avec les véhicules, à savoir : "transport ; location de places de garages pour le stationnement" ». La marque est donc annulée pour les classes 12, 35 et 39.

Si spontanément il n'est pas certain que le consommateur d'attention moyenne ait pu faire un lien avec le musée pour les produits liés à l'automobile, tel est jugé possible en raison du partenariat conclu avec DS Automobiles et l'exploitation effective du nom et de la dénomination Louvre pour cette activité commerciale. En revanche, faute de caractériser un risque de confusion pour les services d'assurance, le Louvre n'a pu obtenir l'annulation de la marque en classe 36, qui demeure ainsi valable.

Une différence majeure se mesure lorsque l'on compare les deux affaires : dans l'hypothèse du Louvre, le musée dispose d'une marque et d'un partenariat antérieurs au dépôt du signe litigieux, tandis que pour Chambord, sa marque (dépôt en classe 33 en 2015) et le partenariat qu'il a signé avec la société écossaise (2022) sont postérieurs à la marque dont dispose l'alcoolier américain, qu'il a rachetée en 2006¹⁸, pour la somme de 255 millions de dollars¹⁹.

Quand des accords sont conclus, les recettes de licence de marque viennent abonder le budget des établissements

¹⁵ Activité proposée par le Domaine national de Chambord depuis 2018.

¹⁶ V. LE GALL, « Loir-et-Cher : Chambord et une distillerie écossaise vont commercialiser whisky et gin », *La Nouvelle République*, 25 janvier 2023.

¹⁷ INPI, 10 octobre 2023, n° OP 22-4385.

¹⁸ Le premier dépôt date de 1972 (base marque INPI).

¹⁹ « Brown-Forman avale Chambord », *Les Échos*, 3 avril 2006.

et compléter les autres ressources propres, s'additionnant notamment aux recettes de mécénat, de location d'espaces et des boutiques. Un nouveau droit permet dorénavant d'alimenter ces démarches de développement économique.

B.- Un nouvel outil complémentaire à la marque : le droit sur l'image des domaines nationaux

La marque n'est plus le seul instrument mobilisé par les institutions pour protéger et valoriser leur patrimoine immatériel.

Un nouveau dispositif a vu le jour en 2016 lors de l'adoption de la loi *LCAP*²⁰. Cette loi a consacré la notion de « domaine national », au sens d'ensemble immobilier présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation²¹. Or, les biens qualifiés de domaines nationaux disposent d'un régime spécial en ce qui concerne l'utilisation commerciale de leur image.

Ce régime est défini à l'article L. 621-42 du Code du patrimoine : « *l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, sur tout support, est soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire de la partie concernée du domaine national* ». Posant le principe d'autorisation préalable, il se complète d'une série d'exceptions destinée à laisser libres des utilisations « *lorsque l'image est utilisée dans le cadre de l'exercice de missions de service public ou à des fins culturelles, artistiques, pédagogiques, d'enseignement, de recherche, d'information et d'illustration de l'actualité* ».

Ainsi que l'a retenu le Conseil constitutionnel, ce dispositif répondait à des objectifs de préservation et de valorisation²². Il permet, dans une logique de préservation, d'assurer une maîtrise de l'image afin de vérifier que l'utilisation ne porte pas atteinte à l'image du bien. Il permet également, dans une logique de valorisation, d'associer le gestionnaire à

l'utilisation commerciale ainsi consentie, par la possibilité de percevoir une redevance.

On rappellera le contexte d'élaboration de ce dispositif. L'adoption du texte est intervenue alors que se tenait devant les juridictions le litige opposant le château de Chambord au groupe Kronenbourg. Ce dernier avait reproduit l'image du monument dans une campagne publicitaire destinée à promouvoir la bière « 1664 », usage contesté par le gestionnaire. Frédéric Mitterrand, ministre de la Culture à l'époque, soutenait sa démarche et qualifiait l'utilisation « *d'acte de prédation du patrimoine* », jugeant anormal qu'un élément de patrimoine français serve à faire la promotion d'une marque, quelle qu'elle soit, sans rétribution et sans accord préalable²³.

Dans cette affaire, dont les faits datent de 2010, la défense du gestionnaire était délicate car le droit ne permettait pas de s'opposer à l'utilisation, même commerciale, de l'image d'un bien tel que Chambord – hors hypothèse d'occupation privative du domaine public au sens du Code général de la propriété des personnes publiques, ce qui n'était, en l'espèce, pas le cas. La loi *LCAP* fut votée entre l'arrêt d'appel et la cassation²⁴. Judicieusement proposé par les sénateurs, l'amendement était destiné à apporter une réponse juridique à la question posée dans cette affaire.

Si le château de Chambord a perdu devant le Conseil d'État, en raison de la non-rétroactivité de la loi, il peut dorénavant, en qualité de domaine national, mieux maîtriser les utilisations commerciales de l'image du monument et prétendre à un intéressement. Aujourd'hui 21 monuments disposent de ce statut²⁵. Il semblerait que cette liste soit prochainement complétée. L'actuelle ministre de la Culture, Madame Dati, ayant indiqué la désignation future de six

²⁰ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

²¹ Art. L. 621-34, Code du patrimoine.

²² CC, 2 février 2018, n° 2017-687, *Association Wikimedia France et autre* [Droit à l'image des domaines nationaux]. *AJCT* 2018, p. 155, J.-D. DREYFUS ; *IP/IT* 2018 p. 490, M. CORNU.

²³ « Frédéric Mitterrand dénonce la « prédation » de Kronenbourg sur Chambord », *Le Journal des arts*, 14 mars 2012.

²⁴ CAA Nantes, 17 décembre 2015, n° 12NT01190, *Kronenbourg c. Domaine national de Chambord*, *AJDA* 2016, p. 435, note N. FOULQUIER ; *AJDA* 2015, p. 2464 ; *RDI* 2016, p. 89, obs. N. FOULQUIER ; *Légipresse* 2016, n° 342, p. 541, note M. DOUENCE ; *Mon. TP* 2016, p. 12, note C. RIBOT. CE, ass., 13 avril 2018, n° 397047, *Kronenbourg c. Domaine national de Chambord*, *AJDA* 2018. 1850, note TARLET ; *RFDA* 2018. 461, note FOULQUIER ; *D.* 2018. 1051, obs. M.-C. DE MONTECLER, note J.-M. BRUGIÈRE ; *AJCT* 2018. 463, obs. J.-D. DREYFUS ; Dalloz *IP/IT* 2018. 490, obs. M. CORNU.

²⁵ Art. R. 621-98, Code du patrimoine.

nouveaux domaines nationaux, parmi lesquels le Panthéon et l'Arc de Triomphe²⁶.

On remarquera que ce droit sur l'image présente un intérêt de taille par comparaison au droit de marque. Le droit sur l'image se distingue singulièrement de la marque en ce qu'il peut embrasser toutes les formes et représentations possibles de l'image d'un domaine national et ne se cantonne pas à l'une d'entre elles qui serait appréhendée à l'aune d'un signe nécessairement distinctif et circonscrit. Aucun critère de distinctivité ne s'applique dans l'articulation de ce droit.

De même, nulle obligation n'est faite au gestionnaire d'exploiter l'image du domaine national, il n'est pas tenu d'entreprendre une démarche de valorisation et peut se contenter de réguler les usages conduits par des tiers en instruisant les demandes qui lui sont adressées.

L'obligation d'exploitation qui incombe au titulaire d'une marque, quel qu'il soit, ne trouve pas son corolaire dans l'application du droit sur l'image. Il s'agit d'une différence majeure entre les deux dispositifs : le droit de marque exclut toute oisiveté et impose au titulaire une action d'exploitation réelle et sérieuse, en l'absence desquelles, il encourt un risque de déchéance²⁷. Dans l'affaire précitée, l'Opéra national de Paris perdit son droit en classe 33 ; faute d'avoir exploité sa marque pour ce type de produit, la déchéance pour défaut d'exploitation fut prononcée à son endroit. La marque n'a de sens qu'à l'aune de son exploitation ; son existence en dépend. Employée dans une logique purement défensive, elle a peu de chance de perdurer.

Il convient de rappeler que la marque relève du droit de la propriété industrielle et du droit des affaires. Elle n'est pas faite pour préserver un capital immuable mais une exploitation effective. La marque soutient le monopole de celui qui agit.

Le droit sur l'image, inscrit par le législateur au sein du Code du patrimoine, suit une logique différente. Cet ensemble de normes vise à préserver des biens spéciaux, les

biens culturels. Encadrés par le droit du patrimoine culturel, ces biens sont protégés notamment en raison de leur intérêt public d'art ou d'histoire²⁸ : ils doivent être conservés dans une logique de mémoire collective et de transmission aux générations futures.

On admettra néanmoins l'approche binaire du droit sur l'image des domaines nationaux, consacré tant pour en assurer la préservation que la valorisation. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un instrument pertinent dans une logique de préservation, plus efficace et plus adapté que la marque. On en soulèvera néanmoins une limite : ce droit ne vise que l'image des domaines nationaux, ne disant mot sur la protection du nom, ainsi exclu du dispositif. En effet, « si la loi de 2016 relative à la liberté de création a instauré une redevance financière pour l'utilisation commerciale de l'image d'un monument public, le paysage juridique est encore peu contraignant pour les noms »²⁹.

L'intérêt de protéger le nom aurait pour vertu d'associer le gestionnaire aux utilisations commerciales du patrimoine immatériel dans son ensemble, nom et / ou image. Un tel dispositif serait salutaire face aux multiples usages commerciaux du nom de biens culturels, dont l'exemple précité de la liqueur « Chambord », qui n'est pas isolé³⁰.

²⁶ S. HAMMACHE, « Rachida Dati et les domaines nationaux », *Le Journal des arts*, 27 novembre 2024.

²⁷ Art. L. 714-5, Code de la propriété intellectuelle : « Encourt la déchéance de ses droits le titulaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits ou services pour lesquels la marque est enregistrée, pendant une période ininterrompue de cinq ans. Le point de départ de cette période est fixé au plus tôt à la date de l'enregistrement de la marque ».

²⁸ Au sens de l'art. L. 1 du Code du patrimoine.

²⁹ S. HUGOUNENQ, « Les marques culturelles, l'enjeu des années 2020 ? », *Le Quotidien de l'art*, n° 1892, 20 février 2020.

³⁰ C. ANGER, « Les marques culturelles, des droits de propriété intellectuelle singuliers », *Juris Tourisme*, n° 260, février 2023.

DOSSIER :
PENSER LE DROIT DES
MAJEURS VULNÉRABLES

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

Actes issus du Séminaire 2023-2024 sous la
responsabilité de S. PRÉTOT, F. BELLIVIER,
E. JEULAND, X. LAGARDE et C. VERNIÈRES

Présentation du séminaire

Emmanuel JEULAND

Professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

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), le séminaire « Penser le droit des majeurs vulnérables » a pour ambition de contribuer à conceptualiser une branche du droit qui l'est trop peu. Alors même, en effet, que, sous l'effet d'un grand nombre de facteurs extra-juridiques, dont le vieillissement de la population, ce droit est particulièrement dynamique et attire l'attention au-delà du cercle restreint de spécialistes, comme en témoigne, parmi tant d'autres exemples, le colloque organisé à la Cour de cassation le 18 octobre 2024 (« Les métamorphoses de la protection juridique des majeurs : regards prospectifs sur les 15 ans d'application de la loi du 5 mars 2007 »), une vision transversale semble manquer. Dès lors, pour mieux appréhender ce droit à la fois technique, pétri de concepts millénaires mais aussi travaillé par les grandes dynamiques de notre temps, il convient de le mettre en perspective en interrogeant plusieurs concepts ou mécanismes : la vulnérabilité, dans son versant individuel mais aussi collectif (vulnérabilité collective de nos sociétés, vulnérabilité globale du vivant) ; l'autonomie, prise entre philosophie et droit ; les mots mêmes de la matière (passage de l'incapacité à la vulnérabilité et à la protection voire l'accompagnement), les modèles fournis par l'histoire du droit ou le droit comparé ; la place des sources supranationales dans l'évolution de notre droit ; le retrait relatif du juge, le rôle joué par d'autres acteurs (le notaire, les mandataires, le médecin, la famille, l'avocat...) ; les divers outils de « représentation » de la personne vulnérable (personne de confiance, directives anticipées, etc.) à un moment où le droit positif français pourrait évoluer vers une mesure de protection juridique unique dans le sillage d'autres États (Belgique, Espagne,

par ex.). Cette démarche théorique se nourrit de la pratique car les aspects socio-culturels sont souvent décisifs pour la mise en place et le déroulement de la mesure. Il est ainsi indispensable de travailler avec les juges des contentieux de la protection, notamment sur la façon dont ils perçoivent l'évolution de la matière vers plus d'autonomie du majeur protégé. À cet égard il serait intéressant de réfléchir à la façon dont la personne protégée pourrait ne pas être seulement objet de notre étude mais également acteur.

Ce séminaire dont le champ d'étude est large et ambitieux se poursuivra jusqu'aux vingt ans de la grande réforme du droit des majeurs protégés (à savoir le 5 mars 2027). Cet anniversaire de la réforme pourra être l'occasion d'organiser un colloque d'envergure, fruit des recherches menées ensemble les quatre années précédentes.

Programme de l'année 2023-2024

Séance 1 : vendredi 29 septembre 2023, de 14 heures à 16 heures

La promotion internationale de l'autonomie de la personne vulnérable

Avec :

- Coralie KLIPFEL, docteure en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,
- Isabelle AUBERT, maîtresse de conférences en philosophie à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et membre de l'Institut universitaire de France

Séance 2 : vendredi 17 novembre 2023, de 14 heures à 16 heures

La vulnérabilité : les mots et la pratique

Avec :

- Fabian BACHEM, juge des contentieux de la protection
- Yvonne FLOUR, professeur émérite de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Séance 3 : vendredi 26 janvier 2024, de 14 heures à 16 heures

Regards comparés

Avec :

- Marta PEGUERA POCH, professeur d'histoire du droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Stefano TROIANO, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Verona
- Sara SCOLA, Ricercatore Senior in Diritto Privato nell'Università di Verona.

Séance 4 : vendredi 5 avril 2024, de 14 heures à 16 heures

Pluralité des mesures ou mesure unique.

Avec :

- Nathalie DANDOY, professeure à l'UCLouvain, Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine (CeFAP)
- Gilles RAOUL-CORMEIL, professeur de droit privé à l'université de Caen Normandie.

Séance 5 : vendredi 14 juin 2024, de 14 heures à 16 heures

Supprimer l'incapacité ?

Avec :

- Pilar PEITEADO MARISCAL, professeure docteure à l'université de la Complutense à Madrid,
- Marie GAILLE, directrice de recherche au CNRS, philosophe,
- Agathe CAMUS, docteure en philosophie de la médecine, CHUV, Lausanne, chercheure associée à SPHERE, UMR 7219.

Introduction au dossier

Sophie PRÉTOT

Professeuse des universités

Université de Clermont Auvergne

Centre Michel de l'Hospital (CMH UR 4232-UCA)

Depuis plusieurs décennies, le droit des majeurs vulnérables paraît en pleine métamorphose¹. Le vocabulaire change subrepticement. Les influences supranationales et comparatistes ne peuvent plus être ignorées. Ce droit, strictement interne, purement technique et parfois perçu comme secondaire, est devenu un droit aux influences supranationales majeures et aux enjeux éthiques incontournables.

Aussi est-il apparu utile d'ouvrir ce séminaire en revenant, avec Isabelle Aubert², sur le sens philosophique des notions d'autonomie et de vulnérabilité, tant usitées en droit de la protection juridique. Chez Kant, l'autonomie serait le fondement de la loi, entendue comme « règle universelle énonçant une obligation », que la personne se donne à elle-même. Elargie au domaine politique, l'autonomie permettrait au citoyen de l'État de droit d'être « à la fois auteur et sujet des lois ». Toutefois, comme l'a montré Isabelle Aubert, cette conception idéale de l'autonomie a été remise en cause au cours du XX^e siècle et ce vacillement conceptuel a été, pour Habermas, un terreau favorable à une redéfinition de l'autonomie par une éthique de la discussion. L'auteur a alors lié les notions d'autonomie et de vulnérabilité, entendue comme « la fragilité de l'identité individuelle, exposée en société à des blessures morales touchant son intégrité psycho-physique ou son identité sociale³ ». La vulnérabilité est fondamentale, commune à toute humanité, et la morale a alors vocation à protéger la vulnérabilité afin de permettre l'autonomie de chacun.

Dans quelle mesure ces notions philosophiques ont-elles pu influencer les rédacteurs de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, entrée en vigueur en France en 2010 ? Il est très difficile de répondre à cette interrogation, les sources d'inspiration à l'édification de la Convention étant diverses. Il est cependant indéniable que l'autonomie de la personne vulnérable est la « pierre angulaire de la protection internationale des personnes en situation de handicap », comme l'a démontré Coralie Klipfel⁴. Cette Convention adopte une vision universaliste des droits fondamentaux, prône « la capacité juridique universelle » de toute personne et a une approche environnementale du handicap, ce qui n'est pas sans rappeler la notion philosophique de vulnérabilité. La France, comme État signataire de la Convention, doit envisager les personnes vulnérables comme « bénéficiaires de protections mais également comme actrices des décisions qui les concernent⁵ » ; « les droits, la volonté et les préférences » (article 12 de la CIDPH) de celles-ci doivent également prévaloir. Cette orientation supranationale est aujourd'hui au cœur des discussions doctrinales et des variations législatives.

Pour autant, cette prise en compte de la personne vulnérable n'est pas pleinement novatrice. Ainsi, la professeure Marta Peguera Poch⁶ identifie la loi du 30 juin 1838 comme un point d'inflexion, le passage d'une logique défensive à une logique protectrice. Avec cette loi, l'intérêt est porté au malade même,

¹ Référence à l'ouvrage : B. TEYSSIÉ (dir.), *Les métamorphoses du droit des personnes*, LexisNexis, 2023.

² Maîtresse de conférences en philosophie à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et membre de l'Institut universitaire de France.

³ I. AUBERT, voir art. « Autonomie et vulnérabilité : quelques éléments », p. 35.

⁴ Maîtresse de conférences en droit public (INALCO), Docteure en droit public (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

⁵ C. KLIPFEL, voir art. « Réflexions sur la promotion internationale de l'autonomie de la personne vulnérable dans le cadre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », p. 27.

⁶ Professeur d'histoire du droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

et non plus seulement « à la nécessité d'encadrer les effets de la maladie pour le malade lui-même, pour son entourage et pour la société⁷ ». Les lois suivantes, en particulier la grande réforme du 5 mars 2007, renforcent cette tendance en consacrant le respect des « libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne » et en promouvant « l'autonomie de celle-ci » (C. civ., art. 415). Cette nouvelle approche de la protection des majeurs se traduit par une évolution du vocabulaire, comme l'a décrit la professeure Yvonne Flour⁸. Dans la loi, l'incapacité s'efface aujourd'hui derrière le terme de protection et, en doctrine, le terme de vulnérabilité est de plus en plus répandu, sans qu'il renvoie à un concept juridique rigoureux. Selon Yvonne Flour, un certain flou pourrait s'en dégager alors qu'un besoin d'éclaircissement est perceptible. Yvonne Flour s'interroge : des mesures, telles que la tutelle, ont encore de véritables effets incapacitants, alors pourquoi le vocabulaire devrait-il camoufler cette réalité ? Parmi les personnes vulnérables, ne devrait-on pas différencier les personnes atteintes d'un handicap des personnes vieillissantes ? Tandis que la professeure Yvonne Flour s'interroge sur les limites de ces imprécisions notionnelles, le juge des contentieux de la protection Fabian Bachem alerte sur les dangers de « brutalité » et les risques d'« ineffectivité » d'un droit qui, « au nom d'un idéal théorique, dé-coïnciderait trop avec le réel⁹ ».

Alors, comment repenser le droit des majeurs vulnérables à l'aune de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées tout en ne pêchant, ni par idéalisme, ni par naïveté ?

À cet égard, la situation des États voisins peut être source d'inspiration. En Italie aussi, l'« autonomie » a succédé au terme d'« incapacité » et des réflexions relatives aux spécificités de la population âgée, au sein des personnes vulnérables, ont été menées et ont même suscité l'édiction d'un dispositif spécifique, comme l'a exposé la professeure italienne Sara Scola¹⁰. Par ailleurs, l'administration de soutien, mesure judiciaire la plus prononcée, est, selon le professeur

italien Stefano Troiano¹¹, le fruit d'une véritable « révolution copernicienne » puisqu'il revient désormais au juge de décrire les effets de l'administration de soutien qu'il prononce, favorisant ainsi le sur-mesure mais également la capacité effective de la personne. Il reste qu'en Italie, une différence sociologique majeure demeure : peu de mesures sont prononcées, les familles préférant s'occuper elles-mêmes de leurs membres vulnérables et les juges faisant l'objet d'une certaine défiance. En Belgique, la professeure Nathalie Dandoy¹² relève que la loi semble « particulièrement respectueuse des droits fondamentaux de la personne, puisqu'elle valorise ses aptitudes par le maintien de la capacité chaque fois que c'est possible et qu'elle conçoit la protection comme un accompagnement¹³ ». Aussi, très répandue, la mesure contractuelle a les faveurs du législateur et prévaut sur le prononcé d'une éventuelle mesure judiciaire. Quant à celle-ci, elle consiste en une mesure unique que le juge doit adapter aux besoins spécifiques du majeur vulnérable. Cependant, Nathalie Dandoy montre qu'en pratique, le dispositif est décevant. Les justices de paix n'ont pas les moyens d'adapter finement chaque mesure et tendent à prononcer des protections excessives, au détriment de l'autonomie des personnes vulnérables. En Espagne enfin, la professeure Pilar Peiteado Mariscal¹⁴ a mis en exergue l'influence considérable de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées sur le droit. La réforme espagnole de 2021 a supprimé la notion d'incapacité juridique tout en faisant prévaloir les mesures informelle et contractuelle sur une mesure judiciaire, en aucun cas incapacitante.

En droit français, ces diverses pistes – suppression de l'incapacité, édiction d'une mesure unique – sont actuellement explorées. Pour le professeur Gilles Raoul-Cormeil¹⁵, le droit français a fait ses preuves et il est fondamental de partir des forces de celui-ci. Aussi, il pourrait être pertinent de procéder à quelques améliorations ponctuelles mais surtout de réviser le dispositif en dissociant la source et les pouvoirs de la mesure et en précisant les notions d'assistance et de représentation. Cette perspective pourrait répondre aux nouvelles exigences de la matière, à condition, toutefois, que

⁷ M. PEGUERA POCH, voir art. « Des effets de la démence aux besoins du malade mental : la loi du 30 juin 1838, amorce d'un changement de perspective », p. 57.

⁸ Professeur émérite de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

⁹ F. BACHEM, voir art. « Trame de l'intervention orale sur la pratique du juge des tutelles », p. 45.

¹⁰ Ricercatore Senior in Diritto Privato nell'Università di Verona.

¹¹ Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Verona

¹² Professeure à l'UCLouvain, Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine (CeFAP)

¹³ N. DANDOY, voir art. « La protection juridique des majeurs vulnérables en droit belge », p. 83.

¹⁴ Professeure docteure à l'université de la Complutense à Madrid

¹⁵ Professeur de droit privé à l'université de Caen Normandie.

des moyens financiers soient octroyés ! La mise en œuvre du droit joue en effet un rôle primordial en la matière. En ce sens, les philosophes Marie Gaille¹⁶ et Agathe Camus¹⁷ ont mis en lumière toute l'importance de l'environnement de la personne vulnérable et l'aptitude de celle-ci à adapter son environnement pour déployer toutes ses « capacités » et acquérir, en pratique, une réelle autonomie.

Au terme de cette première année, il apparaît que les travaux devront se poursuivre, tant la matière est complexe. Favoriser l'autonomie de la personne vulnérable, sans idéalisme et naïveté, requerra certainement de dialoguer encore avec les droits étrangers, les disciplines extrajuridiques et la pratique.

Ainsi, les années à venir promettent, au sein de ce séminaire « Penser le droit des majeurs vulnérables », des échanges de nouveau très riches...

¹⁶ Directrice de recherche au CNRS, philosophe.

¹⁷ Docteure en philosophie de la médecine, chargée de recherche à l'Institut des Humanités en médecine, CHUV, Lausanne et chercheuse associée à SPHERE, UMR 7219.

SÉANCE 1

**LA PROMOTION INTERNATIONALE DE
L'AUTONOMIE DE LA PERSONNE VULNÉRABLE**

Lecture préparatoire proposée :

Articles 3 et 12 de la Convention relative aux
droits des personnes handicapées

Réflexions sur la promotion internationale de l'autonomie de la personne vulnérable dans le cadre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées

Coralie KLIPFEL

*Maîtresse de conférences en droit public (INALCO),
Docteure en droit public (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)*

Emmanuel Kant établissait que « [l]’autonomie de la volonté est le principe unique de toutes les lois morales et des devoirs qui y sont conformes¹ ». S’il est un domaine normatif dans lequel les « lois morales » trouvent un écho particulier, c’est bien la protection internationale de la personne humaine, qui recouvre les champs communément désignés de « droits de l’homme » et de « droit international humanitaire » ainsi que l’ensemble des protections dites « catégorielles ». Celles-ci désignent les protections *spéciales*, supplémentaires, reconnues à des groupes de personnes considérées comme particulièrement vulnérables.

La protection catégorielle permet d’affirmer l’applicabilité de protections supplémentaires au *socle commun* que représentent les droits humains, applicables à *toutes personnes*, y compris les plus vulnérables. Ainsi, les femmes fondent un groupe humain particulièrement exposé à des violations de leurs droits fondamentaux en raison de leur genre. En tant que femmes, elles bénéficient d’un arsenal juridique de protection qui leur est reconnu en raison de leur genre et de l’intrinsicité de leur vulnérabilité qui en découle, *en sus* de l’ensemble des droits de l’homme².

La protection catégorielle, en droit international, n’enlève rien à la prétention universaliste des droits de l’homme, bien au contraire. C’est bien pour assurer l’universalité de

la protection qu’un certain particularisme s’immisce dans l’appareil normatif. Pour illustration, c’est pour permettre le droit à la vie dans des conditions dignes (droit humain universel), qu’il est reconnu aux enfants un droit à l’éducation (droit catégoriel consacré pour les mineurs). Finalement, la spécificité de la protection s’affirme uniquement dans l’objectif d’assurer l’universalisme des droits.

La recherche du juste équilibre entre la reconnaissance de protections supplémentaires nécessaires à l’effectivité des droits des personnes et la promotion de l’universalisme des droits humains se retrouve dans l’histoire de l’élaboration de la Convention internationale relative à la protection des personnes handicapées (CDPH). La reconnaissance des droits des personnes handicapées s’inscrit dans un mouvement de fond amorcé par les Nations Unies dès les années 1970. À cette époque, plusieurs déclarations internationales émergent en faveur des droits des personnes en situation de handicap³, mais se heurtent à deux formes de résistance. D’un point de vue formel, ces déclarations restent dépourvues de caractère contraignant. D’un point de vue substantiel, ces instruments étaient contestés par un certain nombre d’acteurs, étatiques ou associatifs, craignant que l’institution de textes spécifiques fragmente l’universalité des droits de l’homme alors que ce corpus était déjà entièrement applicable aux personnes souffrant de handicap. Cependant, le constat de la privation de ces droits pour les personnes en situation de handicap

¹ E. KANT, *Critique de la raison pratique*, 1788.

² V. à ce propos : S. BOEHRINGER et E. FERRARESE, « Féminisme et vulnérabilité : Introduction », *Cahiers du Genre*, n° 58 (1), 5-19.

³ Par exemple, la déclaration sur les droits des personnes handicapées de l’Assemblée Générale des Nations Unies du 9 décembre 1975.

pousse l'Assemblée générale des Nations unies, à partir de décembre 2001, à lancer un processus de négociation pour l'élaboration d'une convention internationale spécifique visant à établir des normes contraignantes pour les États. Après plusieurs années de négociations, auxquelles participent les gouvernements, la société civile, les institutions nationales de défense des droits de l'homme comme la Commission nationale consultative des droits de l'homme pour la France, et des ONG, la Convention relative aux droits des personnes handicapées est adoptée en 2006.

Son adoption rapide et le processus de co-construction impliquant les ONG et les personnes concernées ont contribué à en faire un texte emblématique, ouvrant la voie à une nouvelle conception des droits des personnes vulnérables, ancrée dans les droits de l'homme. Au niveau supranational toujours, la Convention est la première convention de protection des droits de l'homme ratifiée par l'Union européenne, en 2009. Aujourd'hui, la Convention compte 177 États signataires, dont la France, qui l'a ratifiée en 2010.

La Convention constitue un tournant en matière de promotion de l'autonomie des personnes vulnérables en trois points essentiels : elle introduit une définition sociale, et non médicale, du handicap, établit une approche interprétative fondée sur les droits de l'homme, et prône la capacité juridique universelle en tant que nouveau paradigme de la protection internationale des personnes en situation de handicap, indépendamment de la nature ou de la gravité du handicap.

À travers une analyse des principes fondateurs de la Convention et une réflexion sur leur application dans le contexte juridique national, il s'agira d'évaluer dans quelle mesure ce nouveau paradigme influence la protection des majeurs vulnérables. La Convention place l'autonomie de la personne vulnérable au cœur du dispositif juridique international (I), et suggère l'adoption de méthodologies participatives pour en permettre une traduction effective au niveau national (II).

I.- L'autonomie de la personne vulnérable, pierre angulaire de la protection internationale des personnes en situation de handicap

La Convention relative aux droits des personnes handicapées catalyse l'autonomie individuelle des personnes concernées à d'une approche sociale du handicap (A), et de la promotion du paradigme de la capacité juridique universelle (B).

A.- La recherche de l'autonomie de la personne vulnérable comme gage de l'effectivité de l'universalisme des droits de l'homme

La redéfinition sociale du handicap (1) déplace la focale de l'individu vers la société, renforçant la justification d'une protection fondée sur l'indispensable universalité de l'effectivité de la protection des droits des personnes (2).

1.- Une approche sociale du handicap

La CDPH adopte une conception sociale et non médicale du handicap, marquant un tournant dans la manière dont la société envisage les incapacités. Le handicap est décrit comme résultant de l'interaction entre une personne et les obstacles comportementaux ou environnementaux qui limitent sa participation effective à la société sur un pied d'égalité avec les autres personnes la composant. Cette définition, inscrite dans le préambule de la Convention, déplace la source du handicap de l'individu vers la société, en soulignant que ce sont les barrières sociales et matérielles qui produisent le handicap⁴.

Ce modèle renverse l'approche médicale traditionnelle, qui considérait le handicap comme une déficience propre à l'individu. Ainsi, l'article L. 114 du Code de l'action sociale et des familles en France considère que « [c]onstitue un

⁴ CDPH, Préambule : « *Reconnaissant* que la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ».

handicap [...] toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne *en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant*⁵ ».

La Convention innove en proposant de modifier le regard sur l'origine, la source, de la situation de handicap. La société, en tant qu'entité responsable de ce handicap, se voit alors imposer par l'outil conventionnel la levée de ces obstacles physiques, législatifs, et sociaux dans l'objectif d'assurer à la personne vulnérable d'accéder à la jouissance de ses droits. En ce sens, la CDPH promeut une société inclusive, où l'adaptation de l'environnement devient primordiale pour faciliter l'accès aux droits.

2.- L'affirmation de l'universalité des droits

L'originalité de la Convention réside dans son approche du handicap à travers le prisme des droits et libertés. Plutôt que d'introduire de nouveaux droits spécifiquement dédiés aux personnes handicapées, elle établit des mesures concrètes visant à garantir leur accès effectif aux droits fondamentaux reconnus dans le cadre des droits de l'homme.

Dès l'article 3, la Convention établit les principes généraux guidant l'instrument conventionnel. L'autonomie individuelle apparaît au premier alinéa de cet article, aux côtés de la dignité. La première obtient ainsi, d'un point de vue substantiel et formel, un rang équivalent au sein de la Convention au principe matriciel de l'ensemble des droits de l'homme. L'on y lit le rôle pivot que l'autonomie individuelle est amenée à jouer dans l'ensemble de la protection des personnes souffrant de handicap⁶, au même titre que la dignité pour l'ensemble des droits humains, tant dans l'application de la Convention que dans son interprétation.

Ce même article établit au sein des principes généraux celui de « l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité ».

⁵ Nous soulignons.

⁶ V. à ce propos : G. QUINN, « La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », in B. EYRAUD, J. MINOC, C. HANON (dir.) *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Doin, 2018, Coll. « Polémiques », p. 21 s.

D'une vulnérabilité, le handicap devient une composante de la société humaine dans son ensemble, sa complexité et sa diversité. *L'unité dans la diversité* trouve un écho particulier dans la protection des personnes ; c'est l'ensemble protecteur du droit international des droits de l'homme qui doit être appliqué en tenant compte de la diversité des situations composant l'ensemble vaste des « individus » sujets de droits.

Pour répondre au mieux à ce défi de la protection universelle combinée à la reconnaissance de particularismes dans l'accès aux droits, la Convention adopte une approche basée sur l'intersectionnalité. L'étude des intersectionnalités met en lumière les discriminations multidimensionnelles. Ainsi, pour les femmes handicapées, les discriminations fondées sur le genre viennent s'ajouter à celles basées sur le handicap, les amplifiant. Le même schéma se dessine pour les enfants handicapés ; les discriminations fondées sur l'âge et nourries par une interprétation adultiste de la protection des enfants⁷ accentuent la perte d'autonomie des enfants dans leur accès à leurs droits fondamentaux. L'égalité des hommes et des femmes et le respect des capacités de l'enfant handicapé sont également mentionnés au sein des principes généraux de la Convention. Pour décliner ces principes, la Convention intègre à divers endroits d'autres normes de protection dites « catégorielles » pour organiser le potentiel protecteur de la norme face à l'exacerbation des effets délétères de la discrimination pour les personnes situées à une intersectionnalité de vulnérabilités. Ainsi, l'article 6 de la Convention invite les États à reconnaître que les femmes et les filles (souffrant de handicap) sont confrontées à des discriminations *multiples* et à prendre des mesures appropriées pour lutter contre et prévenir ces discriminations.

B.- Le paradigme de la capacité juridique universelle

L'article 12 de la CDPH consacre le principe de la capacité juridique universelle, reconnaissant que toutes les personnes, y compris les personnes handicapées, ont le droit de jouir de leur capacité juridique dans tous les domaines et sur la base de l'égalité avec les autres personnes.

⁷ P. ALVAREZ-LIZOTTE, C. CARON, « L'adultisme comme outil d'analyse critique : exemple appliqué à l'intervention sociojudiciaire auprès des jeunes vivant en contexte de violence conjugale », *Enfances Familles Générations*, 41, 2022, mis en ligne le 15 septembre 2022.

La capacité juridique désigne l'aptitude à être titulaire de droits subjectifs et à les exercer. Elle est « la coquille qui introduit la personne dans la vie ordinaire ». Elle permet à l'individu d'exprimer sa volonté dans le cadre de la vie en société. Cela inclut, entre autres, le droit contractuel et une multitude d'actes quotidiens essentiels, tels que l'ouverture d'un compte bancaire, la possibilité de consulter un médecin, d'acheter ou de vendre des produits sur un marché, de louer des services ou un appartement, etc. Elle implique également la possibilité, pour les personnes, de contester des décisions prises contre elles, ou pour elles, par des tiers. En d'autres termes, ce principe remet en question les régimes de tutelle et curatelle qui substituent souvent la volonté d'un tiers à celle de la personne. Le pouvoir normatif de la capacité juridique se retrouve ainsi conventionnalisé par la lettre de l'article 12 de la Convention⁸.

Cette capacité juridique universelle n'exclut pas la possibilité d'un accompagnement à la décision, mais seulement celle de la substitution de la décision de la personne concernée par la décision d'une personne tierce. C'est ainsi que certains auteurs considèrent que l'article 12 pose le paradigme de la capacité juridique universelle avec accompagnement à la décision, qui succède à celui de la capacité sélective, qui n'est reconnue qu'en certains domaines⁹.

Le Comité des droits des personnes handicapées, en charge de l'interprétation et de la surveillance de l'application de la Convention, a rappelé que la capacité juridique est un « attribut universel inhérent à toutes les personnes, en vertu de leur humanité¹⁰ ». En accord avec la promotion de l'autonomie de la personne vulnérable qui ressort de la lettre de la Convention, le Comité considère qu'on ne peut priver les personnes du droit de prendre leurs propres décisions au nom d'un handicap.

En conséquence, le Comité considère que la Convention oblige à abolir tous les systèmes de prise de décision substi-

tutive, tels que la tutelle, la curatelle et les lois relatives à la santé mentale qui autorisent les traitements forcés. Pour le Comité, ces pratiques privent les personnes handicapées de leur capacité juridique, sur la base d'un fondement discriminant¹¹.

Par ailleurs, le Comité déduit également du principe de la capacité juridique universelle le droit de ne pas être détenu contre son gré dans un établissement psychiatrique. Par conséquent, le fait de détenir une personne en raison de son handicap psychique, sans son consentement, constitue une privation de liberté arbitraire et une violation des articles 12 et 14¹².

Le potentiel libérateur de l'article 12 réside dans sa promesse d'ouvrir des espaces où les personnes en situation de handicap peuvent affirmer leurs choix. Face à la complexité, probable, du recueil de ces choix pour certaines personnes en incapacité de s'exprimer, par exemple une personne dans le coma, le Comité précise simplement que lorsqu'une personne n'est pas en mesure d'exprimer sa *volonté*, il est nécessaire de recueillir ses *préférences* et de prendre les décisions en conséquence, sans apporter beaucoup plus d'indices sur la manière adéquate pour ce faire. L'accompagnement (agir avec) ou la délégation (agir sous la direction de) doit remplacer la substitution (agir au lieu de). L'idée sous-jacente est que la présomption de capacité, qui s'applique à toute personne majeure, doit également s'appliquer aux personnes handicapées. En d'autres termes, le Comité fait primer l'interprétation optimale de la volonté et des préférences de la personne sur la notion d'intérêt¹³.

Ce paradigme a souffert d'une opposition virulente. Certains estiment que le Comité a placé la barre trop haut en surévaluant l'autonomie et les capacités de décision des personnes vulnérables. Pour ces critiques, cela reviendrait à ne pas garantir une protection suffisante, laissant les personnes handicapées prendre des décisions contraires à leur intérêt. Cela pourrait aussi rendre plus difficile la protection des personnes souffrant de troubles cognitifs et émotionnels

⁸ Sur le pouvoir normatif de la capacité juridique des majeurs vulnérables, v. notamment G. MILLERIOUX, *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, IFJD, 2022, Coll. « Thèses ».

⁹ A. DHANDA, « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », in B. EYRAUD, J. MINOC, C. HANON (dir.) *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Doin, 2018, Coll. « Polémiques », p. 52 s.

¹⁰ Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n° 1*, CRDP/C/GC/1, 19 mai 2014, § 8.

¹¹ *Ibid.*, § 7.

¹² *Ibid.*, § 40.

¹³ Sur ce sujet v. B. EYRAUD « chapitre 3. L'intérêt à l'aune du droit international. L'intérêt dans la Convention internationale de l'ONU pour les droits des personnes handicapées », in K. LEFEUVRE, S. MOISDON-CHATAIGNER, (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables L'intérêt de la personne protégée*, Presses de l'EHESP, 2017, p. 275 et s.

graves. Dans cette perspective, la Convention pourrait imposer un désengagement de l'État¹⁴.

L'approche de la capacité juridique universelle pose des questions complexes pour le législateur. D'une part, elle reconnaît aux personnes handicapées une autonomie pleine, avec l'aspiration de réduire la dépendance à l'égard de tiers et de promouvoir leur inclusion sociale. D'autre part, certains praticiens et chercheurs estiment que cette approche pourrait exposer des personnes extrêmement vulnérables à des risques, faute d'une protection adéquate en cas d'incapacité de discernement.

II.- L'approche participative, vecteur de l'autonomisation de la volonté

L'un des principaux apports de la Convention relative aux droits des personnes handicapées réside dans son approche participative, en affirmant que les personnes vulnérables doivent être non seulement bénéficiaires de protections, mais également actrices des décisions qui les concernent (A). Pour pleinement intégrer les principes de la CDPH, les États sont invités à redéfinir la place des personnes protégées et à renforcer leurs capacités d'action au sein de la société. Un système de protection intégrée permettrait de réconcilier la promotion internationale de l'autonomie des personnes souffrant de handicap avec la conservation d'un engagement certain des pouvoirs publics dans la protection des personnes concernées, que l'on observe notamment en France (B).

A.- La co-construction comme outil méthodologique que la promotion de l'autonomie des personnes vulnérables

La Convention insiste sur la nécessité de passer d'une approche paternaliste où la personne handicapée est perçue comme un « objet de soin », à une approche fondée sur les droits, où l'individu est un sujet de droit. Par exemple,

¹⁴ A. DHANDA, « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », in B. EYRAUD, J. MINOC, C. HANON (dir.) *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Doin, 2018, Coll. « Polémiques », p. 52 s.

dans le domaine économique, cela signifie qu'au lieu de concentrer les efforts sur des aides financières, l'accent est mis sur l'autonomisation des personnes handicapées, notamment par l'accès à l'emploi et à une vie indépendante. Sur le plan de la légistique¹⁵, l'approche « objets de soin » consiste à légiférer pour les personnes handicapées, tandis que l'approche « sujets de droit » — fondée sur les droits humains — pose comme préalable la participation active des personnes handicapées à la prise de décision, ainsi que la prise en compte effective de leurs besoins spécifiques.

Pour répondre aux exigences de la CDPH, il est essentiel d'inclure les personnes vulnérables dans la conception, la mise en œuvre et l'évaluation des politiques publiques. Ce modèle de co-construction permet de concevoir des mesures plus adaptées aux besoins réels des personnes concernées, et favorise leur autonomie en réduisant les barrières institutionnelles. Des consultations élargies et la mise en place de groupes de travail comprenant des personnes en situation de handicap constituent des initiatives concrètes pour favoriser cette inclusion.

Le modèle de capacité juridique universelle prôné par la CDPH offre un potentiel d'innovation pour repenser les dispositifs de protection au niveau national. La mise en place de mécanismes de soutien à la décision, en remplacement des systèmes de tutelle et curatelle, pourrait faciliter une autonomie accrue des personnes protégées. Des outils de représentation tels que la désignation d'une personne de confiance ou les directives anticipées permettent de refléter la volonté des personnes vulnérables tout en leur offrant un cadre protecteur. Dans cette optique, la Belgique a adopté une mesure de protection unique, combinant assistance et autonomie, pour mieux répondre aux aspirations des personnes protégées. Cette réforme témoigne de l'évolution vers une protection juridique moins restrictive, permettant aux personnes vulnérables de s'exprimer et de participer activement à leurs choix de vie¹⁶.

¹⁵ Le Professeur J. CHEVALLIER la désigne comme discipline appliquée visant à déterminer les meilleures méthodes d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes (J. CHEVALLIER, « L'évaluation législative : un enjeu politique », in J.-L. BERGEL, A. DELCAMP, A. DUPAS (dir.), *Contrôle parlementaire et évaluation, La documentation française, coll. Notes et études documentaires*, 1995, p. 15).

¹⁶ Loi du 17 mars 2013 entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2014. Pour plus de détails sur l'application de cette réforme du régime de protection des majeurs en Belgique, v. A. CARON, *Rapport de mission*

B.- Vers un modèle de protection intégrée en France ?

Depuis la ratification de la Convention relative aux droits des personnes handicapées en 2010, la France a entrepris de nombreuses réformes visant à intégrer les principes de la CDPH dans le droit national. La loi du 11 février 2005 sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a renforcé l'accessibilité en imposant l'obligation d'accessibilité aux bâtiments publics et privés, y compris les transports publics. La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a prévu l'obligation pour les sites internet publics et privés de respecter des normes d'accessibilité pour les personnes handicapées. La loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a modifié les modalités de calcul de l'obligation d'emploi et introduit de nouvelles mesures pour favoriser l'insertion professionnelle des personnes handicapées. En 2019, le droit de vote a été reconnu aux personnes en situation de handicap mental par l'article 11 de la loi n° 2019-222.

Des initiatives institutionnelles renforcent également ce mouvement, notamment la création en 2018 du Comité interministériel du handicap et la nomination d'un Haut fonctionnaire chargé du handicap dans chaque ministère. Le Défenseur des droits, désigné comme mécanisme de suivi indépendant de la CDPH (art. 33. 2 de la CDPH), joue aussi un rôle crucial pour s'assurer du respect des droits des personnes handicapées.

Cependant, cette intégration reste partielle, la France n'ayant pas encore pleinement adopté les normes de la Convention, notamment en ce qui concerne la capacité juridique universelle et la suppression des soins sans consentement¹⁷. Le droit français continue de se heurter à des résistances dans l'application de certains principes centraux de la Convention, en particulier l'abandon des régimes de tutelle et de curatelle. La loi de 2007, réformant le droit des majeurs protégés, ainsi que la loi de 2011, qui introduit les

soins sans consentement, montrent la persistance de mécanismes de protection fondés sur la substitution de la volonté, contrairement aux recommandations du Comité des droits des personnes handicapées. De manière générale, l'affaire *Lambert* en France témoigne du peu de pouvoir normatif reconnu à ce Comité par les autorités françaises. À l'issue de la bataille judiciaire au niveau national sur la possibilité d'arrêter les soins de M. Lambert, entre l'expression de deux volontés discordantes (celle des parents de M. Lambert contre celle de sa femme), sans jamais pouvoir recueillir celle de l'intéressé, le Conseil d'État a validé la légalité de la décision médicale d'arrêt des traitements du patient. Le Comité a alors été saisi par les parents, mais la Cour de cassation a considéré que l'État français n'était pas tenu de suspendre l'exécution de la décision médicale dans l'attente que le Comité des droits pour les personnes handicapées rende son avis¹⁸. Certes, la Haute juridiction se faisant ne se prononce ni sur la force obligatoire des dispositions de la CDPH ou de son protocole additionnel, mais elle amoindrit le pouvoir du Comité en court-circuitant son action¹⁹.

Cette résistance française à l'ensemble conventionnel résulte en partie des réticences des législateurs et des praticiens, qui perçoivent le modèle de capacité juridique universelle comme une remise en cause des dispositifs existants de protection. De plus, la définition même du handicap, selon le Code de l'action sociale et des familles, demeure ancrée dans une approche médicale, en soulignant les incapacités individuelles plutôt que l'environnement social comme facteur de handicap. La reconnaissance juridique de l'autonomie des personnes handicapées en France reste donc limitée et suscite des débats autour de la capacité de certaines personnes à prendre des décisions en toute indépendance.

Le droit des personnes vulnérables pourrait s'orienter vers un modèle intégré de protection, qui concilie autonomie et accompagnement, en s'appuyant sur un réseau élargi d'acteurs : familles, associations, travailleurs sociaux, et juristes. Le rôle de chaque acteur serait alors de soutenir la personne dans l'exercice de ses droits, et non de décider à sa place, en

interministérielle, L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir, et protéger les personnes les plus vulnérables, 2018, p. 69.

¹⁷ Voy. à ce propos : Haut-commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, « Communiqué : La France n'a pas encore intégré l'approche du handicap fondée sur les droits de l'homme, regrette le Comité des droits des personnes handicapées », 23 août 2021.

¹⁸ Cour de Cassation, Ass. Plénière, 28 juin 2019, Pourvois 19-17.330 et 19-17.342.

¹⁹ Sur cette affaire v. notamment : O. RENAUDIE, « De la convention à son effectivité. L'article 12 est-il invocable devant les juridictions administratives françaises ? », in B. EYRAUD, C. HANON, J. MINOC (dir.), *Choisir et agir pour autrui ? Controverses autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Doin, 2018, coll. « Polémiques », p. 243 s.

respectant le principe fondamental de capacité juridique. Ce juste équilibre rejoindrait les préconisations de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît à l'État une large marge d'appréciation en matière de traitements médicaux des personnes handicapées²⁰.

À terme, cette approche inclusive pourrait contribuer à transformer la vision des personnes vulnérables dans la société, en favorisant leur pleine participation. Une évolution progressive vers un système de protection fondé sur la collaboration entre les personnes vulnérables et les différents acteurs institutionnels représenterait une avancée significative dans la mise en œuvre des principes de la CDPH.

*
**

L'adoption de la Convention relative aux droits des personnes handicapées marque un jalon essentiel dans la promotion des droits des personnes vulnérables, en plaçant l'autonomie et la participation au centre des dispositifs juridiques. La non-discrimination, la participation et l'inclusion sont les principes fondamentaux qui sous-tendent le « but et l'objet » de ce traité, une formulation classiquement reconnue pour identifier l'identité d'un traité.

Bien que la France ait réalisé des progrès notables, les réformes engagées montrent des limites dans l'application des principes conventionnels, en particulier la reconnaissance pleine de la capacité juridique. La France reste à un stade intermédiaire, cherchant un équilibre entre protection et autonomie, reflétant le défi de l'adaptation des droits des personnes depuis un forum supranational vers celui national, bousculant les approches opposées classiques entre universalisme et particularisme, entre *prise en charge* et *prise en compte*, et entre incapacité et autonomie.

²⁰ CEDH, Lambert et autres c. France, 5 juin 2015, n°46043/14, § 148.

Autonomie et vulnérabilité : quelques éléments

Isabelle AUBERT

Maîtresse de conférences en philosophie à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Membre de l'Institut universitaire de France

L'intention de ce texte¹ est de présenter les notions d'autonomie et de vulnérabilité, en rappelant leurs genèses conceptuelles et en indiquant l'importance qu'il y a à les penser ensemble. C'est un corpus de philosophie allemande qui sera principalement étudié, d'une part parce qu'il faut attribuer à Emmanuel Kant la paternité du concept d'autonomie, d'autre part parce que Jürgen Habermas offre sans doute, à l'époque contemporaine, la première théorie analysant les liens entre autonomie et vulnérabilité.

Les notions d'autonomie et de vulnérabilité, qui ont été thématiques respectivement au temps des Lumières et au XX^e siècle, reflètent une certaine conception de l'être humain, caractéristique de la modernité, qui s'est progressivement imposée grâce aux diverses Déclarations de droits fondamentaux suivant les Révolutions française et américaine. Au prisme de ces concepts, l'être humain est perçu sous des traits universels, au regard de ses potentialités et de ses fragilités. Alors que l'autonomie caractérise un être capable de suivre la loi de la raison et de mener à bien un projet, la vulnérabilité rappelle que nos décisions et nos choix sont influencés par des liens affectifs et des relations sociales, dépendent de certaines inclinaisons mais aussi de notre état physique et mental. À la différence du droit qui attribue un trait distinctif à certaines personnes identifiées comme vulnérables (comme les majeurs sous tutelle), les théories philosophiques qui s'intéressent à la vulnérabilité s'attachent d'abord et avant tout à décrire

un aspect propre à tous les êtres humains en tant qu'êtres sensibles, socialisés, interdépendants. S'il est certain que certaines personnes, nées avec un handicap ou traumatisées par des événements douloureux par exemple, présentent une vulnérabilité accrue, qui requiert une attention et des soins particuliers, cet aspect prend initialement sens par rapport à la reconnaissance d'une vulnérabilité fondamentale que tous les êtres humains ont en commun.

De façon abstraite, autonomie et vulnérabilité semblent être l'envers l'une de l'autre, mais les choses ne sont pas si simples : nous ne sommes pas davantage autonomes parce que nous ignorons (soit que nous ne les connaissons pas, soit que nous les négligeons) les liens (affectifs et/ou sociaux) qui nous unissent à d'autres personnes, au contraire, nous sommes dans ce cas illusoirement indépendants. Pour devenir autonomes, il est important de mieux comprendre quel est le rapport que nous entretenons avec d'autres personnes et à notre environnement social, et de tenir compte des liens significatifs qui sont importants à notre développement personnel et à notre épanouissement. Résultat du mode de socialisation des individus, la vulnérabilité fondamentale n'est pas à considérer comme un frein à l'autonomie, mais comme l'une de ses conditions de possibilité en tant qu'elle invite à développer une réflexivité sur notre condition et sur nos capacités permettant de prendre la mesure de ce que nous pouvons viser avec l'autonomie.

¹ Ce texte est la reprise d'un exposé présenté dans le séminaire « Penser le droit des personnes vulnérables ».

Ce sont les significations universelles de l'autonomie et de la vulnérabilité qui seront étudiées ici afin de souligner la part commune qui unit les cas spécifiques de plus grande vulnérabilité à une réalité (humaine) partagée. Afin de montrer que l'intrication de l'autonomie et de la vulnérabilité caractérise la condition sociale des êtres humains, nous commencerons par introduire le concept d'autonomie, qui apparaît en philosophie à la fin du XVIII^e siècle, puis nous présenterons la notion de vulnérabilité, qui a été thématisée un peu plus tard (même si l'intuition est présente chez les théoriciens des sentiments moraux), et qui a été mise en relation avec celle d'autonomie à partir des années 1970.

I

Au sujet de l'autonomie, tout commence en philosophie avec Emmanuel Kant. Avant Kant, les auteurs parlaient de liberté, que ce soit en un sens moral, politique ou juridique – tels Descartes ou Spinoza au XVII^e siècle. Le même concept était décliné de différentes manières et prenait des significations différentes en fonction du domaine moral, politique ou juridique. Au milieu du XVIII^e siècle, Rousseau avait suggéré une piste avec le thème de la « voix de la conscience » dans *La Profession de foi du vicaire savoyard* indiquant ainsi la manière dont nous intériorisons le devoir et dont nous sommes libres ou non de l'accomplir. Mais Rousseau n'a pas développé les implications de son intuition.

Dans l'histoire de la philosophie, Kant modifie profondément la réflexion sur la liberté en introduisant le concept d'autonomie. La nouveauté de cet auteur consiste à montrer, dans la *Critique de la raison pratique*, que le plus haut degré de liberté morale, l'autonomie, n'est pas un affranchissement de tout devoir, mais se manifeste au contraire par le pouvoir d'accomplir la loi morale : je deviens autonome en accomplissant le devoir dont j'ai pris conscience lors d'un choix moral, devoir qu'il me revient de réaliser à l'instar de tout autre sujet placé dans la même situation que moi. L'autonomie découle de la loi que je me donne à moi-même (selon l'étymologie grecque, composée de « *autos* », soi-même, et de « *nomos* », loi) : celle-ci est une « loi » précisément parce qu'elle n'est pas une maxime subjective mais une règle universelle énonçant une obligation. L'universalité de cette règle tient au fait que son énoncé peut être universalisé selon un test de reconnaissance formelle. Dans des écrits ultérieurs,

en particulier, dans la première partie de la *Métaphysique des Mœurs*, intitulée la *Doctrine du droit*, Kant élargit la portée de l'autonomie au champ juridico-politique. L'autonomie est entendue alors en un sens plus lâche et désigne l'une des trois caractéristiques de la citoyenneté dans la vision républicaine qu'a cet auteur de l'État de droit. Un citoyen est considéré comme étant autonome, explique Kant, parce qu'il est à la fois auteur et sujet des lois, comprises ici comme étant les règles juridiques. Il s'agit de la « liberté légale de n'obéir à aucune autre loi que celle à laquelle le citoyen a donné son assentiment » (*Doctrine du droit*, § 46).

Chez le penseur de l'opuscule *Qu'est-ce que les Lumières ?*, qui promeut l'émancipation des êtres humains en les incitant « à penser par soi-même », on ne trouve pas le terme de vulnérabilité mais on peut voir des éléments qui évoquent cette thématique dans sa réflexion sur la finitude. La condition humaine est, selon lui, empreinte de finitude.

Peu après Kant, G. W. F. Hegel est le premier à critiquer le caractère formel de l'autonomie kantienne. Pourtant, loin de se débarrasser du concept, il poursuit la réflexion sur l'autonomie. Il y ajoute l'idée selon laquelle l'environnement social est fondamental pour pouvoir développer les conditions concrètes de l'autonomie. Cet environnement social est ce que Hegel nomme « vie éthique » ou « éthicité » dans *Les principes de la philosophie du droit*, selon les traductions du terme allemand *Sittlichkeit*. La pensée de Hegel permet de souligner l'importance du contexte social, moral et historique pour la réalisation de l'autonomie, ainsi que l'influence des rapports sociaux sur le développement des capacités individuelles.

II

Les bases du concept d'autonomie étant précisées, il n'est pas inutile de rappeler de quelle manière le concept de vulnérabilité est progressivement devenu un objet d'étude de philosophie morale au XX^e siècle lorsque la visée de l'autonomie a été ébranlée et est devenue discutable. Des événements historiques (en particulier les atrocités commises par la Shoah ou le lancer de bombes atomiques à Hiroshima et à Nagasaki) tout autant que des études de psychanalyse et de psychologie morale ont fait vaciller l'idéal d'autonomie. Réagissant aux massacres du fascisme dans les années 1930

et 1940, des théoriciens de l'école de Francfort, notamment Theodor W. Adorno et Max Horkheimer dans *La dialectique de la raison*, révèlent le caractère illusoire et dangereux de la recherche de maîtrise de soi et de rationalité qui est au cœur de la notion d'autonomie. La psychanalyse, qui se développe par ailleurs à la même époque, conforte l'idée selon laquelle l'autonomie est toujours partielle et imparfaite. Quelques décennies plus tard, dans les années 1980, des études de psychologie morale, menées par Carol Gilligan, mettent au jour le fait que, lorsqu'on agit de façon morale, on n'agit pas toujours en visant l'autonomie et en visant la justice mais aussi en cherchant à être bienveillant avec les autres, en prenant soin d'eux. D'autres questionnements pourraient être mentionnés ici (comme celui des philosophes postmodernes) pour expliquer le vacillement du concept d'autonomie. L'essentiel est que ces débats vont faire évoluer la réflexion sur l'autonomie en philosophie et contribuer à l'enrichir en révélant l'importance d'y ajouter une sensibilité à l'endroit des failles et de la vulnérabilité humaines.

Informé de ces derniers débats sur l'autonomie, le philosophe allemand Jürgen Habermas reprend la définition de ce concept en théorie morale². Pour ce faire, il emprunte, tout en les modifiant, des éléments à Kant autant qu'à Hegel. Si le concept d'autonomie fait l'objet d'un réexamen par Habermas, c'est en conséquence d'une redéfinition de la raison qu'il a menée à bien avec Karl-Otto Apel (redéfinition appelée, de façon technique, « détranscendantalisation de la raison »). Les horreurs de la Seconde guerre mondiale ont montré qu'il n'est plus possible de considérer que la raison individuelle est le fondement de la moralité, car ce n'est qu'en confrontant plusieurs perspectives entre elles que l'on peut éviter qu'une justification rationnelle systématique tourne à la folie. Ainsi le fondement des normes (morales ou juridiques) ne peut être justifié par une faculté individuelle, comme le prétendait Kant. C'est pourquoi Habermas tâche

de montrer que ce fondement résulte d'un usage *commun* du langage et en particulier d'arguments. C'est, en ce sens, que la rationalité est de nature communicationnelle selon Habermas. Compte tenu de cette redéfinition de la raison, l'autonomie, pur produit de la raison, est également thématifiée à nouveaux frais. Selon Habermas, l'autonomie, que chacun de nous peut exercer au quotidien, trouve son fondement dans la capacité que nous avons à engager des discussions rigoureuses et argumentées à l'occasion d'un conflit normatif.

L'autonomie morale est ainsi redéfinie par une éthique de la discussion, dans les deux ouvrages de théorie morale de Habermas, *Morale et communication* et *De l'éthique de la discussion*. Comme pour Kant, le concept d'autonomie revêt également un sens politique et juridique chez Habermas, point qu'il développe dans son livre *Droit et démocratie*.

Qu'en est-il de la vulnérabilité dans ce panorama ? Comme nous le disions précédemment, la notion de vulnérabilité apparaît à l'occasion du réexamen de l'autonomie conduit par Habermas. En effet, dans *De l'éthique de la discussion*, Habermas ne fait pas du concept d'autonomie le seul objectif d'une morale universelle. Deux raisons principales expliquent sa position. Tout d'abord, il est inspiré par les premiers auteurs de l'école de Francfort, Theodor Adorno et Max Horkheimer, avec lesquels il a travaillé. Or, ceux-ci ont souligné, à maintes reprises, que l'idée de la maîtrise de soi, contenue dans l'autonomie, est un mythe. Un second motif permet de comprendre pourquoi Habermas refuse de faire de l'autonomie la seule visée de la morale. Cet auteur est sensible aux éthiques du bien et de la bienveillance qui soutiennent que la justice (le principe moral visé par l'autonomie) ne recouvre pas toute la dimension morale. Parmi ces théories, les éthiques de la pitié (de Rousseau, de Schopenhauer, ou de Max Scheler, très différentes au demeurant) retiennent son attention. De cette réflexion sur la pitié, Habermas retient son facteur déclencheur : la vulnérabilité. De façon intéressante, la lecture habermassienne des éthiques de la pitié permet d'inscrire la notion de vulnérabilité dans une problématique classique de philosophie morale. Initialement, c'est au philosophe Arnold Gehlen, qui l'emploie dans son ouvrage *Morale et hypermorale* (1969), que Habermas emprunte cette notion. Dégageant le concept de vulnérabilité du moule de l'anthropologie philosophique, que théorisait Gehlen, Habermas montre que ce concept est à l'arrière-plan d'une réflexion plus ample de philosophie morale. Il ajoute

² L'autonomie est un concept central de théorie morale et politique à l'époque contemporaine. Si la philosophie de Habermas nous paraît très complète pour l'étude des relations entre autonomie et vulnérabilité, d'autres auteurs de théorie morale et/ou théorie politique ont réexaminé la notion d'autonomie. La liste est longue. On se contentera de rappeler quelques noms : en France, citons Paul RICOEUR ; en Allemagne, à la suite de HABERMAS, mentionnons Albrecht WELLMER ou Axel HONNETH ; parmi les Anglo-Américains, indiquons John RAWLS, Charles TAYLOR, Martha NUSSBAUM, les théoriciennes du *care*, telles Carol GILLIGAN, Joan TRONTO, Eva KITTAÏ. Pour une étude approfondie de la notion de vulnérabilité en philosophie politique contemporaine, v. Marie GARRAU, *Politiques de la vulnérabilité*, Paris, CNRS éditions, 2018.

également une différence essentielle par rapport à Gehlen en ce qu'il ne naturalise pas la vulnérabilité, mais la relie à des causes socio-culturelles.

Habermas écrit ainsi dans ses *Profil philosophiques et politiques* :

Ce n'est ni dans les faiblesses biologiques de l'homme, ni dans les carences de la constitution organique du nouveau-né, ni dans les périls d'une période d'éducation exceptionnellement longue, mais dans le système culturel lui-même édifié à titre de compensation que réside la profonde vulnérabilité de l'homme qui rend nécessaire le contrepoids d'une régulation éthique du comportement.³

La vulnérabilité concerne « l'organisation symbolique du moi », et désigne la fragilité de l'identité individuelle, exposée en société à des blessures morales touchant son intégrité psycho-physique ou son identité sociale. Cette situation sociale, qui est universelle, devient le point de départ pour réfléchir au rôle de la morale. Il est attendu de la morale qu'elle apporte une réponse aux situations exposant les personnes à des blessures mettant à nu leur vulnérabilité et les mettant en danger. Notons que cette réflexion sur le caractère universel de la vulnérabilité n'exclut en aucun cas l'idée selon laquelle il y a des vulnérabilités différentes et plus marquées selon les personnes dans certaines situations (grand âge, handicap, maladie grave, etc.) ou à cause de circonstances difficiles (traumatisme par exemple). Voici de quelle manière Habermas précise le rôle qu'a la morale par rapport à la condition de vulnérabilité fondamentale des êtres humains dans son ouvrage *De l'éthique de la discussion* :

D'un point de vue anthropologique, la morale se laisse comprendre comme une disposition protectrice qui compense une vulnérabilité structurellement inscrite dans des formes de vie socioculturelles. En ce sens, sont vulnérables et requièrent une protection morale les être vivants qui sont individués par la seule voie de la socialisation. [...] Plus les structures d'un monde de la vie se différencient, plus clairement voit-on combien l'autodétermination croissante de celui qui est individué est enchâssée dans l'intégration de plus en plus forte au sein de dépendances sociales démultipliées. Plus l'individuation progresse, plus le sujet singulier s'imbrique dans un réseau toujours plus dense et en même temps plus subtil de protections réciproques et de besoins de protection. La personne ne forme un centre intérieur que dans la mesure où elle s'aliène en même temps à des relations

interpersonnelles mises sur pied communicationnellement. Ainsi s'explique une mise en péril presque constitutionnelle et une faiblesse chronique de l'identité qui préexiste même à la vulnérabilité manifeste de l'intégrité du corps et de la vie.⁴

Dans ce passage, Habermas observe une vulnérabilité structurelle qui est due à la fois à nos formes de vie, dépendantes de liens sociaux multiples, et au fait que notre identité individuelle se forme par la socialisation. Il signale, en outre, que cette vulnérabilité est accrue dans le contexte des sociétés contemporaines, car celles-ci évoluent dans un monde qui est devenu plus complexe et qui développe des secteurs d'activité (ou systèmes sociaux) très différenciés : par voie de conséquence, les conditions de la mondialisation créent des liens d'interdépendance et des besoins de protection de plus en plus grands. Il ressort de l'analyse de Habermas l'idée selon laquelle, dans les sociétés complexes, la socialisation mène autant à l'autonomie qu'à la vulnérabilité. La fonction sociale de la morale est alors de rendre possible les conditions de l'autonomie tout en tenant compte de la vulnérabilité socio-culturelle des individus – en ce sens, la morale a une dimension protectrice.

Du point de vue de l'histoire de la philosophie, explique Habermas dans *De l'éthique de la discussion*, la vulnérabilité est une intuition commune aux différentes morales : même si le mot lui-même n'apparaît pas, l'intuition d'une vulnérabilité humaine se retrouve dans les éthiques du bien comme dans les éthiques du juste. Mais, ajoute-t-il, chacune de ces traditions s'est arrêtée à mi-chemin dans son analyse, en n'identifiant chaque fois qu'un aspect partiel de la vulnérabilité. Les éthiques du juste (tel Kant, ou plus proche de nous, John Rawls par exemple) cherchent à protéger les droits de l'individu, et donc la vulnérabilité de la personne. Les éthiques du bien (Hegel, ou parmi les auteurs contemporains, Charles Taylor) veulent protéger la solidarité qui sert le bien de la communauté et donc la vulnérabilité des rapports de reconnaissance réciproque. Or la protection de l'identité psychophysique et de l'identité sociale sont tout aussi nécessaires à la réalisation de soi et à l'autonomie. C'est pourquoi Habermas, avec l'éthique de la discussion, propose une conception de la morale qui articule les principes du juste et de la solidarité dans l'idée de répondre aux deux visages de la vulnérabilité, qui concerne notre intégrité psychophysique et notre identité sociale

³ J. HABERMAS, *Profil philosophiques et politiques*, Gallimard, Tel, p. 272.

⁴ J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion* [1991], Paris, Flammarion, 1999, p. 19.

III

À l'époque où Habermas rédigeait ses écrits de théorie morale, la psychologue américaine Carol Gilligan, disciple (dissidente) de Lawrence Kohlberg, connu pour sa théorie du développement moral, effectuait des enquêtes en psychologie morale. Si initialement Carol Gilligan suivait la grille de Kohlberg pour expliquer le développement progressif de la conscience morale chez les enfants, ses enquêtes la conduisirent à tirer des conclusions bien différentes. Dans son ouvrage *Une voix différente*, paru en 1982, elle révèle de quelle manière des enfants peuvent proposer des raisonnements moraux très différents, tout aussi argumentés et valides face au même problème : certains vont suivre la voie de la justice, tandis que d'autres vont donner la priorité à la bienveillance, au soin envers autrui – à ce qu'elle nomme le *care* (terme dont la traduction française demeure imparfaite). Contre le schéma de Kohlberg qui faisait du stade de justice le dernier stade du développement moral, Gilligan montre qu'il y a aussi, en plus du principe de justice, une visée relationnelle de bienveillance dans le soin apporté à autrui. La perspective de Gilligan ébranle, en psychologie morale, l'idée que l'autonomie est le stade ultime du développement moral, elle introduit une brèche dans cette conception en indiquant l'importance d'une morale relationnelle prenant acte de la vulnérabilité d'autrui. Par la suite, le *care* a été amplement développé en philosophie⁵, il est présenté comme une pratique morale qui engage à prêter attention aux besoins d'autrui, en particulier dans des relations asymétriques de dépendance, afin de réfléchir aux meilleurs moyens d'y répondre. Les théories du *care* permettent d'appréhender des situations de réciprocité asymétriques où la responsabilité morale d'un individu l'engage à prendre soin d'une personne dépendante – profondément vulnérable – alors même qu'il ne peut rien attendre en retour. Cette voie a trouvé un écho très grand dans les métiers du soin (infirmières, assistantes maternelles, assistances sociales, éducateurs spécialisés, etc.).

À première vue, on pourrait penser que les perspectives de Habermas et de Gilligan peuvent se rejoindre : tous les deux reconnaissent en effet une vulnérabilité fondamentale et le devoir d'y répondre. Mais leur point commun s'arrête là.

⁵ En langue anglo-américaine, on peut mentionner Joan TRONTO et Eva KITTAY ; en langue française Patricia PAPERMAN, Sandra LAUGIER, Marie GARRAU, Alice LE GOFF.

Il y a bien eu un débat entre Habermas et Carol Gilligan. Aucun des deux ne s'est montré disposé à accueillir la perspective de l'autre. De son côté Gilligan a rangé la théorie habermassienne dans le camp des éthiques de la justice sans tenir compte des apports nouveaux qu'offre cette conception de la justice en étant articulée à un concept de vulnérabilité. À cette critique, Habermas a répondu dans la dernière section de *L'éthique de la discussion* qui est consacrée à des objections. Son point consiste à dire que l'éthique du *care* de Gilligan, aussi sensible soit-elle au contexte, confond le niveau de la fondation du jugement moral et le niveau de son application. Gilligan ferait comme si la théorie morale pouvait élucider le problème de son application, et cela aussi bien sur le plan cognitif (comprendre le commandement universel dans un cas précis) que sur le plan motivationnel (faire ce que je sais devoir faire). Gilligan penserait à tort que des jugements de responsabilité impliquant les personnes interrogées prédisposent davantage à l'action alors que la distance entre le jugement et l'action est de fait toujours là. La psychologue négligerait le problème du passage à la pratique qu'aucune théorie (morale) ne peut garantir.

Si chacun des deux auteurs a simplifié l'approche de l'autre, on peut retenir que Gilligan développe une réflexion davantage tournée vers la pratique, tandis que Habermas est surtout intéressé par des questions de fondement de la morale. Ces deux lignes de réflexion ont trouvé des prolongements : suivant la voie du *care*, les écrits d'Eva Kittay s'intéressent à la vulnérabilité de personnes handicapées dont la dépendance est telle qu'on ne peut attendre de réciprocité ; poursuivant la thématique habermassienne, Axel Honneth se penche sur les expériences de mépris social en tant qu'elles sont des facteurs d'exacerbation de la vulnérabilité dans *La lutte pour la reconnaissance*, tandis qu'Iris Marion Young met l'accent sur la vulnérabilité que connaissent les groupes de personnes victimes de violence dans *Justice and the Politics of Difference*.



Pour conclure cette brève présentation, nous proposons de revenir sur les apports de Jürgen Habermas à l'étude de l'autonomie et de la vulnérabilité dans la mesure où il est le premier théoricien à souligner leur interdépendance.

Par rapport à Kant, à qui il faut attribuer la paternité du concept d'autonomie, Habermas opère plusieurs déplace-

ments importants. Son apport majeur consiste à montrer que l'autonomie et la vulnérabilité ne se pensent pas l'une sans l'autre, et que l'autonomie est toujours précaire, fragilisée par une vulnérabilité fondamentale. Pour répondre à cette vulnérabilité-ci, il redéfinit les objectifs de la théorie morale : pour être exhaustive, celle-ci doit combiner une recherche de justice (qui est associée à l'idéal d'autonomie) et une recherche de solidarité (qui suppose la préservation des formes de socialisation).

La vulnérabilité structurelle, thématifiée par Habermas, est universelle, elle permet de penser la survenue toujours possible de blessures morales. Mais qui dit universalité ne dit pas même-té. Ainsi le caractère structurel de la vulnérabilité est à articuler à une dimension conjoncturelle : suivant des contextes sociaux particuliers et des histoires de vie singulières, certains individus sont davantage exposés à des injustices et des souffrances que d'autres (sans parler ici de la question du handicap).

Mentionnons pour finir un dernier apport de la notion de vulnérabilité en théorie morale, que découvre Habermas, et qui est amplement développée par diverses éthiques environnementales. Renvoyant à notre composante émotionnelle et affective, la vulnérabilité découvre des résonances hors du champ humain avec l'ensemble des êtres sensibles. C'est pour cette raison que Habermas envisage « une responsabilité analogue à celle de la morale envers les animaux⁶ ». L'animal est vu par analogie comme un partenaire. Son constat s'arrête là ; il convient de se tourner vers les éthiques de l'environnement pour en apprendre davantage.

⁶ La citation complète est : « Il existe une responsabilité analogue à celle de la morale envers les animaux qui nous font face dans le rôle (même s'il n'est pas complètement rempli) d'une deuxième personne – que nous regardons dans les yeux comme un *alter ego*. » (J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion* [1991], Paris, Flammarion, 1999, p. 197.)

Bibliographie

- Marie GARRAU, *Politiques de la vulnérabilité*, Paris, CNRS éditions, 2018.
- Arnold GEHLEN, *Morale et hypermorale* (1969), trad. F. PONCET, Paris, La nouvelle librairie, 2023.
- Carol GILLIGAN, *Une voix différente. Pour une éthique du care* (1982), trad. A. KWIATEK, Paris, Champs essais, Flammarion, 1986.
- Jürgen HABERMAS, *Profils philosophiques et politiques* (1971), trad. F. DASTUR, J.-R. LADMIRAL et Marc B. DE LAUNAY, Paris, Gallimard, Tel, 1974.
- Jürgen HABERMAS, *De l'éthique de la discussion* (1991), trad. M. HUNYADI, Paris, Flammarion, 1999.
- Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes* (1992), trad. R. ROCHLITZ et Ch. BOUCHINDHOMME, Paris, Gallimard, nrf, 1997.
- G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (1820), trad. J.-F. KERVÉGAN, Paris, PUF, 1998.
- Axel HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance* (1992), trad. Pierre RUSCH, Paris, Cerf, 2008.
- Emmanuel KANT, *Critique de la raison pratique* (1788), trad. J.-P. FUSSELLER, Paris, GF-Flammarion, 2003.
- Emmanuel KANT, *Réponse à la question : qu'est-ce que les Lumières ?*, in *Cœuvres philosophiques II*, trad. H. WISMANN, Paris, Gallimard, Pléiade, p. 209-217.
- Emmanuel KANT, *Métaphysique des Mœurs II, Doctrine du Droit. Doctrine de la vertu* (1797), trad. A. Renaut, Paris, GF-Flammarion, 1994.
- Eva FEDER KITTAY, *Love's Labor*, New York, Routledge, 1999.
- Eva FEDER KITTAY et Ellen K. FEDER (dir.), *The Subject of Care : Feminist Perspectives on Dependency*, Rowman and Littlefield Publishers, 2003.
- Jean-Jacques ROUSSEAU, *La Profession de foi du vicaire savoyard* (1762), éd. B. BERNARDI, Paris, GF-Flammarion, 2010.
- Iris MARION YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

SÉANCE 2
LA VULNÉRABILITÉ :
LES MOTS ET LA PRATIQUE

Lecture préparatoire proposée :

J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris,
LGDJ-Lextenso, 2014, p. 33 et s.

La pratique

Trame de l'intervention orale sur la pratique du juge des tutelles

Fabian BACHEM

*Juge des Contentieux de la Protection
Tribunal judiciaire d'Évry*

Liminairement

Mon bon ami, toute théorie est sèche, et l'arbre précieux de la vie est fleuri¹.

J. W. VON GOETHE, *Faust*

Dans le champ du droit, ce propos de Méphistophélès pourrait être entendu comme une sorte d'avertissement : un droit, qui au nom d'un idéal théorique, dé-coïnciderait trop avec le réel pourrait provoquer deux risques ou dangers : l'ineffectivité ou la brutalité.

Le doyen Carbonnier, dans son texte, évoque à sa façon ce dernier risque ou danger : « mal légiférer, c'est risquer de porter atteinte à la liberté », souci permanent en la matière, et donne raison à Michel Foucault qui y voit un risque d'exclusion.

Bien légiférer rejoindrait la position plus nuancée de Swain, laquelle fait référence à Gauchet, pour instaurer un dialogue prudent entre l'insensé et le raisonnable.

L'article 425 du code civil met en œuvre le droit des tutelles à partir de l'existence d'une altération des facultés mentales, médicalement constatée, et ce dispositif repose donc sur le triptyque famille, médecin et juge, gardien de la liberté individuelle.

Droit substantiel

En pratique, quelles utilisations des différentes mesures :

- ↪ *Mandat de protection future (MPF)* : les familles ne s'en sont pas saisies, probablement car il est difficile d'anticiper sur le malheur.
- ↪ *Sauvegarde de justice* : elle intervient essentiellement avec mandat spécial et pour le temps de l'instruction (ce, seulement si grande urgence, par exemple un risque de détournement du patrimoine ou d'abus de faiblesse) ; elle est en effet employée avec parcimonie car les mandataires professionnels sont surchargés.
- ↪ *Curatelle* : elle est mise en place, le plus souvent, dans sa version renforcée et non simple car cette dernière se révèle assez peu protectrice. En l'absence de contrôle du budget (curatelle renforcée), c'est en effet le majeur protégé qui la rendra ou non effective puisque c'est lui qui devra informer le curateur du projet de signature d'un acte de disposition. Le dispositif de curatelle renforcé sera le plus souvent imposé par la nécessité de contrôler le budget que le protégé n'arrive plus à gérer.
- ↪ *Tutelle* : elle constitue le plus haut niveau de protection. Elle est en pratique supplantée, quand c'est possible (famille consensuelle) par l'habilitation familiale générale. Elle signe la confiance du législateur à l'égard des familles non conflictuelles.

¹ GOETHE, *Faust*, trad. G.DE NERVAL, Dondey-Dupré et fils imprimeurs, 1828.

Droit processuel

S'agissant de la procédure, les principales étapes de la mise en place d'une mesure de protection :

- *Ouverture d'un dossier* : examen de la requête et du certificat médical circonstancié (ordonnance de non-audition ou non), envoi d'un questionnaire pour inclure les familles et proches, voir si une sauvegarde avec mandat spécial est nécessaire le temps de l'instruction du dossier.
- *Audition (moment crucial de rencontre avec les familles)* : principe d'audition du majeur protégé, sauf ONA ; évaluation médecin/juge de l'état du majeur et du niveau de protection (principe de nécessité, hésitation face à des situations limites, où « il faut juger la main tremblante » et éviter de diminuer la capacité civile d'un individu quand cela ne s'impose pas) et examen de la situation familiale pour savoir qui sera le protecteur (familial ou professionnel, si la famille ne peut gérer la mesure ou est en conflit).
- *En cours de mesure, audition de renouvellement ou, le cas échéant, d'incident* : les cas d'incident les plus compliqués se rencontrent en curatelle car le protégé reste aux commandes de son existence et conteste souvent la mesure (exemple paradoxal du délire cohabitant avec le très raisonnable).

Vulnérabilité : Les mots et la pratique

Yvonne FLOUR

Professeur émérite de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le titre est embarrassant tant le sujet proposé est vaste et peut partir dans toutes sortes de directions différentes. Pour m'orienter, je me suis référée aussi au titre général du séminaire : « *Penser le droit des majeurs vulnérables* ». *A priori*, le majeur vulnérable est une personne qui a besoin d'être protégée. Mettre face à face, ou côte à côte, le majeur protégé et la personne vulnérable, c'est que je vais tenter de faire.

Or, si l'on part du droit des majeurs protégés, ce qui frappe en effet le plus, c'est une sorte de glissement du vocabulaire. Dans le texte qui nous a été envoyé pour introduire ce séminaire, Carbonnier signale que la loi du 3 janvier 1968 évite avec soin l'adjectif « incapable¹ ». Certes, sauf toutefois dans son titre : « loi portant réforme du droit des incapables majeurs », ce qui n'est pas rien. La loi du 5 mars 2007, intitulée « loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », bannit au contraire totalement ce terme. L'accent est ainsi mis sur la protection, mais sans qu'on nous dise pourquoi ces personnes doivent être protégées. Depuis, le 13 décembre 2006, est intervenue la convention internationale relative aux droits des handicapés² et, en France, la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement³ : handicap, vieillissement, ce sont a priori des formes de vulnérabilité. Pour autant, ce n'est pas sous ce

vocabulaire que le législateur aborde ces situations, mais plutôt ici en visant directement une cause ou une manifestation particulière de la vulnérabilité. En tout cas, si on recherche un concept, ce n'est pas dans le droit des personnes qu'on va le trouver, et notamment pas sous la plume du législateur. Il faudra revenir sur ce constat.

Ce glissement du vocabulaire, on en perçoit bien les raisons, à la fois psychologiques mais aussi juridiques. Le terme d'incapacité sonne comme une humiliation, voire même comme une aliénation. C'est une véritable *capitis diminutio*. Déclarer une personne incapable, c'est lui enlever quelque chose, c'est lui retirer une partie de ses droits. De ce point de vue, on peut penser qu'il est moins dévalorisant d'être qualifié de « vulnérable ». Mais en même temps, on voit bien que le premier de ces termes a une signification juridique précise, que n'a pas le second. La vulnérabilité est ainsi susceptible d'une extension beaucoup plus grande, quasi infinie, car il y a des milliers de manières d'être vulnérable.

Par ailleurs, ce premier glissement s'accompagne de plusieurs autres qui, sans doute, participent du même esprit. Ainsi, de la capacité qui doit être préservée, on passe à l'autonomie qui doit être consolidée. Mais on peut ici réitérer la remarque précédente. Le mot capacité répond à un sens juridique précis : c'est l'aptitude à exercer soi-même ses propres droits. L'autonomie a un sens plus concret mais moins juridique. C'est la possibilité de pourvoir à ses propres besoins, de décider de sa propre vie. Plus récemment, on voit

¹ J. CARBONNIER, « Les incapables majeurs », in *Essai sur les lois*, Éd. Deffrénois, 1979, p. 55

² Convention relative aux droits des personnes handicapées, ratifiée par la France par une loi du 31 décembre 2009 et entrée en vigueur le 1^{er} avril 2010.

³ Loi n° 2015-1776 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

aujourd'hui apparaît le terme d'accompagnement, préféré à celui de protection. On pourrait cependant penser qu'il est réconfortant de bénéficier d'une protection particulière, mais il est vrai que reconnaître qu'on a besoin d'être protégé n'est pas très valorisant. L'accompagnement est a priori plus sympathique, mais lui aussi plus vague : accompagner comment ? Difficile à cerner, ce terme est susceptible de nombreuses interprétations.

En résumé, ce vocabulaire nouveau qui prend pied dans le droit de la protection des majeurs me semble substituer, à des termes dont la signification juridique est certaine et précise, des mots dont le sens est mouvant et beaucoup moins délimité. Est-ce opérationnel ? Pour tenter de répondre à cette question, il faut d'abord partir à la recherche d'une définition : quelles sont les situations de vulnérabilité ? Il faut ensuite examiner la réponse du droit face à la vulnérabilité des majeurs.

I.- Essai d'une définition : quelles sont les situations de vulnérabilité auxquelles sont confrontées les personnes majeures ?

Inutile d'insister longuement sur l'étymologie du mot. Du latin *vulnus*, blessure, la personne vulnérable est celle qui peut être blessée. Plus largement, celle qui est exposée à la douleur, à la maladie, à un risque d'une particulière gravité. Remarquons au passage que le substantif vulnérabilité, formé sur l'adjectif, semble au contraire d'un usage récent.

Ainsi défini, l'adjectif vulnérable paraît bien avoir vocation à s'appliquer à des personnes et seulement à celles-ci. Par exemple, on n'imagine pas de dire d'une voiture qu'elle a été blessée dans un accident. Dès lors, certains auteurs opposent la vulnérabilité des personnes à la fragilité des choses. D'un vase qui pourrait se briser comme celui de Sully Prud'homme, on dira qu'il est fragile, et non pas qu'il est vulnérable. Toutefois, cette distinction n'est pas avérée. Par exemple, on peut dire qu'un bâtiment est vulnérable à l'incendie ou au risque sismique, qu'une forêt est vulnérable à la sécheresse, qu'un logiciel est vulnérable au piratage informatique. J'ai noté aussi que le Code de l'environnement définit des « zones

vulnérables⁴ ». On pourrait par ailleurs se demander si le mot est capable de s'appliquer à des personnes morales. Ne pourrait-on dire, par exemple, qu'une entreprise est vulnérable à une crise économique, à un retournement du marché ? Sans doute. Il n'y a pas beaucoup d'intérêt, cependant, à emprunter ces voies compte tenu de l'intitulé de notre séminaire. Notre sujet concerne les personnes physiques, majeures et vulnérables.

Par-delà ces considérations étymologiques, il faut se demander dans quelle mesure la vulnérabilité appartient au vocabulaire juridique et même s'il est possible de constituer à partir de ce mot un concept opératoire pour le droit ? Ce n'est pas si simple, car à bien des égards nous sommes tous vulnérables et le risque est inhérent à la vie. De même que la capacité est toujours présumée, il paraît juste de présumer l'aptitude à faire face au risque normal. Pour tenter de cerner ce concept, nous examinerons dans quel contexte la loi, en général, use de ce vocable, et ensuite quels sont les critères qui, en droit des personnes, permettent de caractériser une situation de vulnérabilité.

A.- La vulnérabilité dans la loi.

Il y a lieu de remarquer d'abord que ce mot ne figure pas dans le Code civil. En revanche, on en trouve de nombreuses occurrences dans beaucoup d'autres sources : dans le Code pénal, dans le Code régissant l'entrée et le séjour des étrangers (Code RESEDA), dans le Code de la consommation, dans le Code du travail... Généralement, ces textes définissent directement les situations de vulnérabilité qu'ils ont en vue, et il n'est pas si facile d'en extraire une notion générale.

Par exemple, face à des pratiques commerciales déloyales, le Code de la consommation vise les consommateurs vulnérables « en raison d'une infirmité physique ou mentale, de leur âge ou de leur crédulité⁵ ». La formule est large et marquée par le contexte commercial. Le Code du travail, quant à lui, protège spécialement les travailleurs jugés vulnérables en raison d'une situation d'infériorité économique⁶. Celle-ci

⁴ Par exemple, l'art. R211-77-I du Code de l'environnement : « Sont désignées comme zones vulnérables toutes les zones qui alimentent les eaux atteintes par la pollution par les nitrates ou susceptibles de l'être et qui contribuent à la pollution ou à la menace de pollution ».

⁵ Art. L121-1 du Code de la consommation.

⁶ Art. L1133-6 du Code du travail

étant ici nettement distinguée du handicap, de l'inaptitude, de l'état de santé, qui font l'objet d'autres dispositions. Selon le Code pénal, une situation de vulnérabilité constitue une circonstance aggravante pour les infractions contre les personnes, par exemple les agressions sexuelles⁷ ou les actes de torture et de barbarie⁸. Dans le contexte pénal, les personnes dites particulièrement vulnérables le sont selon les cas en raison de leur âge, de la maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique, d'un état de grossesse, de la précarité de leur situation économique ou sociale. Pour le Code RESEDA, les personnes vulnérables sont celles qui présentent des besoins particuliers⁹. S'agissant notamment des demandeurs d'asile, cette vulnérabilité est appréciée par les agents de l'office français de l'immigration qui reçoivent pour cela une formation spéciale. Elle concerne les mineurs non accompagnés, les personnes handicapées, âgées, malades ou présentant des troubles mentaux, celles ayant subi des violences¹⁰.

On voit que la méthode est plutôt pointilliste et concrète. On voit aussi que les critères qui permettent de caractériser ou d'évaluer une situation de vulnérabilité dépendent principalement du contexte. Plus exactement, ils dépendent de l'objet et de la finalité de la règle qu'il s'agit d'appliquer. De tout cela, il n'est pas aisé d'extraire un concept.

Revenons au droit civil. Comme on l'a déjà évoqué, le mot qui nous intéresse ne figure pas dans le Code. Comment comprendre ce silence et que pouvons-nous en faire ? Avec la loi du 5 mars 2007, on est en quelque sorte passé directement de l'incapacité à la protection, sans indiquer par quel chemin. C'est la doctrine qui, dans de nombreux travaux et commentaires de la loi, met en avant cette notion de vulnérabilité, à partir d'un raisonnement qui se renverse : si la vulnérabilité appelle la protection, en sens inverse, la protection révèle la vulnérabilité. En bref, le majeur vulnérable est celui que la loi protège en raison de sa vulnérabilité au moins présumée. C'est au fond ce que dit en creux l'article 415 : « Les personnes majeures reçoivent la protection... que leur état ou leur situation rend nécessaire... ». Convenons qu'on a un peu le sentiment de tourner en rond. Convenons aussi qu'autant les diverses occurrences de ce terme rencontrées

dans la loi étaient concrètes et factuelles, autant on est ici dans une imprécision qui ne nous éclaire pas beaucoup.

Pour autant, on peut se demander s'il y a un réel intérêt à vouloir regrouper sous un vocable unique des situations aussi hétérogènes que toutes celles que nous venons d'évoquer, aussi difficiles à unifier tant les causes et les manifestations de la vulnérabilité sont diverses, aussi difficiles à délimiter tant on peut indéfiniment les étendre à toutes sortes de situations nouvelles. Par exemple, l'appartenance à un groupe minoritaire pourrait être elle aussi source de vulnérabilité. Par exemple encore, les personnes sans abri sont sans doute parmi les plus vulnérables de notre société, et il y a fort à parier que bien peu d'entre elles bénéficient d'un régime de protection. À certains égards, on pourrait dire que nous sommes tous plus ou moins vulnérables en quelque façon. Il n'est déjà pas facile d'appréhender sous un même chapeau le handicap physique et le handicap mental, la maladie psychique, l'affaiblissement des facultés dû à l'âge... « Quel intérêt y aurait-il, interroge un auteur averti, à remplacer un cadre général par un cadre encore plus général¹¹ », dans lequel se trouveraient noyées toutes les spécificités qu'appelle la diversité des situations requérant une protection ? Ne serait-il pas aussi efficace de définir directement le champ et l'objet de celle-ci sans nécessairement passer par une catégorie intermédiaire aussi évanescence ?

Enfin on est ainsi ramené à ce constat, que l'incapacité demeure le modèle de la vulnérabilité¹². Le présupposé du droit est que nous sommes tous dotés de la plénitude de la capacité juridique. C'est elle qui nous permet d'agir sur la scène juridique, d'entrer en relations avec autrui, d'exercer nos droits. Elle est la source de notre autonomie, en nous laissant veiller nous-mêmes à nos propres intérêts et prendre librement les décisions qui nous concernent. Dans ce contexte, la personne vulnérable est celle qui, au contraire, n'est pas en mesure de veiller elle-même à ses propres intérêts, d'exercer utilement ses droits, de prendre des décisions éclairées. En dépit des glissements de vocabulaire signalés au départ, on voit ainsi comment capacité et autonomie, incapacité et vulnérabilité se rejoignent. Reste à dire comment peut être caractérisée une telle situation de vulnérabilité.

⁷ Art. 222-30-1 du Code pénal

⁸ Art. 222-3 du Code pénal

⁹ Art. L561-15 du Code RESEDA

¹⁰ Art. L522-1 à L522-3 Code RESEDA

¹¹ H. FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes majeures vulnérables », *Dr. fam.* 2017, n° 3, 17

¹² X. LAGARDE, « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Avant-propos », *Rapport annuel de la Cour de cassation 2009*, La documentation française, p. 55 et s.

B.- Les critères de la vulnérabilité.

En thèse générale, la vulnérabilité d'une personne majeure justifiant le besoin de protection, sera toujours en définitive appréciée par le juge. Toute mesure de protection constitue en effet une atteinte à la liberté, qui doit être justifiée. Dans tous les cas, c'est l'article 425 du Code civil qui précise les critères justifiant la mise en place d'une mesure de protection judiciaire pouvant aller, mais n'allant pas nécessairement, jusqu'à restreindre la capacité de la personne concernée. Ce texte vise à la fois l'altération des facultés mentales ou corporelles, dès lors qu'elle place la personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts¹³. Les mêmes critères se retrouvent à l'article 494-1 qui définit les conditions d'ouverture de l'habilitation familiale, instituée par la loi du 23 mars 2019¹⁴. C'est donc une définition large du champ d'application de la protection, qui pose la question de savoir ce qu'est une faculté « altérée », et jusqu'où elle doit l'être.

Remarquons là aussi que, en dépit des glissements de vocabulaire qui caractérisent l'évolution contemporaine du droit, cette formulation peut nous paraître voisine des anciens articles 488 et 490, tels qu'issus de la loi du 3 janvier 1968. Selon le premier de ces textes, était protégé par la loi le majeur « qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts ». Quant au second, il se référait de façon peut-être plus différenciée à « l'altération des facultés mentales dues à une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge », ainsi qu'à « l'altération des facultés corporelles, si elle empêche l'expression de la volonté ».

À partir d'une situation ainsi caractérisée, la mise en place d'une mesure de protection est cadrée par deux règles.

Tout d'abord, l'altération des facultés, qu'il s'agisse des facultés mentales ou corporelles, doit être « médicalement constatée » (art. 425). Un certificat médical est donc exigé

à peine d'irrecevabilité de la requête. Ce certificat est rédigé par un médecin expert, figurant sur une liste établie par le procureur de la République, et peut être complété par un avis du médecin traitant (art. 431). Surtout, il doit être « circonstancié » (même texte). C'est en effet ce certificat qui sert de base à la décision du juge, laquelle détermine la durée et l'entendue de la mesure qui sera prononcée en fonction de l'altération plus ou moins grave des facultés personnelles. Le Code de procédure civile se montre par conséquent extrêmement exigeant sur le contenu de ce document, qui doit décrire avec précision en quoi consiste l'altération des facultés de la personne, son évolution prévisible et ses conséquences sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation¹⁵. Notons que, en dehors même des mesures judiciaires, en présence d'un mandat de protection future, la mise en œuvre de ce mandat est pareillement subordonnée à la présentation d'un certificat médical établi dans les mêmes conditions. On voit que, dans tous les cas, la vulnérabilité est perçue ici comme une notion médicale.

C'est pourquoi le certificat du médecin constitue le support des principes directeurs de la protection des majeurs : subsidiarité, proportionnalité, individualisation, et surtout nécessité¹⁶.

En effet, une mesure de protection ne peut être judiciairement prononcée que lorsqu'elle apparaît nécessaire (art. 428)¹⁷. Ce principe de nécessité recouvre plusieurs significations et se trouve à la source de plusieurs règles. En premier lieu, il commande la subsidiarité de la mesure. De fait, les dispositifs non judiciaires qui reposent sur la volonté de la personne sont toujours préférés : d'abord le mandat de protection future, et à défaut le droit commun de la représentation. Outre qu'ils allègent la charge du juge, ils sont évidemment plus respectueux de l'autonomie de la personne. En outre, ces figures contractuelles présentent l'avantage de préserver la capacité du majeur, ce qui est d'une des préoccupations premières du droit des personnes protégées aujourd'hui. De même, les dispositions issues du régime matrimonial qui permettent à un époux de suppléer son conjoint empêché ne génèrent par elles-mêmes aucune

¹³ Article 425 C. civ. : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre. »

¹⁴ Art. 494-1 : « 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 habiliter une ou plusieurs personnes... à la représenter, à l'assister... ».

¹⁵ Art. 1219 C. pr. civ.

¹⁶ Sur ce point, V. notamment N. PETERKA, « La légitimité de la protection », *Dr. fam.* 2024, n°2, Dossier 4

¹⁷ Art. 428 : « La mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité... ». La même exigence est posée pour l'habilitation familiale à l'article 494-2.

incapacité. En second lieu, la nécessité justifie l'échelonnement des dispositifs de protection, selon leur caractère plus ou moins incapacitant : on ne prononce une curatelle que si la sauvegarde de justice ne protège pas suffisamment les intérêts de la personne, on ne prononce une tutelle que si la curatelle n'assure pas une protection suffisante. En troisième lieu enfin, le même principe commande l'individualisation de la mesure. La protection apportée à la personne vulnérable doit être aménagée et adaptée à la gravité de son état. En clair, la mesure prononcée est strictement circonscrite à ce qui est justement nécessaire à sa protection. L'objectif est, dit-on, de protéger sans diminuer¹⁸.

On peut toutefois se demander jusqu'où ces directives ont une prise effective sur la réalité et dans quelle mesure elles parviennent à orienter la pratique. En 2022, 713 500 personnes étaient placées sous un régime de protection : 371 000 en curatelle et 342 000 en tutelle. Pour 62 500 demandes au cours de la même année, 33 000 curatelles ont été prononcées et 29 000 tutelles, tandis que 37 000 habilitations familiales étaient prononcées pour 42 000 demandes. En regard, seuls 1 500 mandats de protection future ont été signés¹⁹. Il ne semble pas si aisé de renvoyer la protection des majeurs vulnérables à la volonté de la personne concernée, ni d'en délivrer le juge.

II.- Quelles réponses à la vulnérabilité des personnes majeures ?

Si on s'en tient à une lecture rapide, l'architecture de la protection des majeurs, telle qu'elle ressort de la loi du 5 mars 2007, ne paraît pas si différente de celle qu'avait construite la loi du 3 janvier 1968. On y retrouve la trilogie des régimes, en quelque sorte gradués du moins contraignant au plus rigoureux : du plus souple, la sauvegarde de justice, qui préserve la capacité de la personne protégée tout en lui permettant de remettre en cause les actes défavorables à ses intérêts, au plus contraignant, la tutelle, qui prive la personne de sa capacité pour lui substituer un représentant qui agira à sa place dans tous les actes de la vie civile, en passant par

la curatelle, qui lui adjoint une assistance ou un contrôle²⁰. La loi du 23 mars 2019, instituant l'habilitation familiale (art.494-1), n'a pas modifié cet équilibre puisqu'elle module la protection selon la même gradation, la personne habilitée ayant selon la décision du juge vocation à représenter ou seulement assister la personne protégée, suivant le modèle de la tutelle ou de la curatelle²¹. Mais cette impression est finalement trompeuse. L'orientation du droit est en réalité profondément renouvelée à deux égards : la primauté apportée à la protection de la personne plutôt qu'à celle de son patrimoine, le souci constant de préserver l'autonomie de la personne protégée à l'intérieur même de la protection qui lui est assurée.

A.- La primauté de la protection de la personne.

Sur ce point la loi du 5 mars 2007 se sépare de celle du 3 janvier 1968, d'une manière que l'on peut dire spectaculaire. L'orientation de la protection en direction de la personne est d'abord proclamée de manière un peu pompeuse dans l'article 415 : « Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne ». Au-delà de cette proclamation de principe, il suffit pour mesurer plus concrètement l'écart avec le droit antérieur de comparer l'ancien article 490 C. civ. à l'actuel article 425. Selon le premier, « lorsque les facultés... sont altérées... il est pourvu aux intérêts de la... personne... ». Il n'y a guère de doute que la notion d'intérêts, surtout employée ici au pluriel, se rapporte d'abord aux intérêts patrimoniaux. Et par là-même, on perçoit bien aussi que derrière la personne protégée, ce sont pour une large part les intérêts de ses héritiers que l'on a en vue à travers son patrimoine. L'actuel article 425 marque ici une rupture forte par rapport au droit précédent : « ... la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci ». Si les intérêts ne sont pas ignorés, la personne vient en premier. Priorité qui se prolonge plus loin par toute une section intitulée « Des

¹⁸ Th. FOSSIER, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Rép. Defrénois* 2005, art. 38076.

¹⁹ Source : Ministère de la Justice, https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2023-07/RJS2022_6_2.pdf

²⁰ Comp. H. FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection », *Dr. fam.* 2017, n° 3, dossier 19.

²¹ À ceci près cependant que l'habilitation n'est pas nécessairement générale et peut porter seulement sur un acte, que la personne habilitée est autorisée à conclure au nom du majeur protégé (même texte).

effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne » (art. 457-1 à 463).

Une des manifestations les plus significatives de ce respect dû à la personne se lit, non dans le code civil, mais dans le code électoral, à l'article L72-1. La loi du 23 mars 2019 a restitué au majeur protégé, même placé sous tutelle, le libre exercice du droit de vote. « Le majeur protégé exerce personnellement son droit de vote pour lequel il ne peut être représenté... ». Le changement est peut-être symbolique, mais aussi substantiel. Priver une personne du droit de vote, cela revient en effet à lui retirer sa qualité de citoyen. Or, on peut parfaitement ne plus être en mesure de gérer des intérêts patrimoniaux complexes, et en même temps avoir une idée très claire de ce qu'on attend sur le terrain politique. De façon peut-être moins symbolique mais plus réaliste, la loi garantit à la personne le maintien de son cadre de vie et de son environnement social. Selon l'article 459-2, la personne protégée choisit de son lieu de résidence, et ce choix l'emporte sur toute considération d'intérêt. Son logement lui est conservé autant que cela est possible (art.426). Elle entretient librement les relations qu'elle souhaite avec toute personne de son entourage. Ses comptes bancaires doivent lui être conservés. On voit bien comment, bien avant les intérêts patrimoniaux, ce sont les conditions concrètes de l'existence quotidienne que la loi se préoccupe d'organiser et de garantir. Sur un terrain plus juridique, on distingue les actes qualifiés de « strictement personnels » et ceux qui ne sont que « simplement personnels ». Tous sont des actes qui, par nature, sont a priori réfractaires à la représentation. On en décide soi-même, on ne peut en décider pour un autre. Dans la première catégorie, on trouve notamment des actes qui concernent les relations de la personne protégée avec ses enfants (art. 458) : par exemple, une déclaration de naissance, une reconnaissance, les actes d'autorité parentale, le consentement à l'adoption. Pour eux, le consentement personnel est dans tous les cas une exigence incontournable, de sorte qu'ils ne peuvent jamais donner lieu ni à assistance ni à représentation. Ce qui signifie qu'ils n'auront pas lieu si la personne concernée n'est pas en état de les accomplir elle-même. Au-delà, l'article 459 précise que le majeur protégé prend seul les décisions qui le concernent dans la mesure où son état le permet. Si nécessaire, il peut, pour tout acte relatif à sa personne, bénéficier d'une assistance. Ce n'est qu'exceptionnellement, « au cas où l'assistance ne suffirait pas », que celui ou celle qui est chargé de sa protection peut

être autorisée à la représenter. Parmi ces actes à caractère personnel, on trouve évidemment le mariage et le pacte civil de solidarité, dont les règles ne sont d'ailleurs pas identiques mais se placent l'un et l'autre sous le régime de la liberté. Aux termes de l'article 460, qu'il soit sous tutelle ou sous curatelle, le majeur protégé conclut seul son mariage, sauf à en informer préalablement le tuteur ou le curateur. S'agissant du pacte civil de solidarité, il signe lui-même la convention de PACS avec l'assistance de son curateur ou de son tuteur. Dans le domaine de la santé également, le Code de la santé publique précise que le consentement de la personne concernée doit être systématiquement recherché, si elle est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision (art. L.III-4 CSP). On voit bien comment s'étend progressivement la catégorie des actes qui ne peuvent être accomplis par autrui, qu'on ne peut accomplir que soi-même, ce qui modifie l'équilibre de ces régimes. Évidemment, là où se développe l'exigence d'un consentement personnel, l'autonomie se renforce. Reste à savoir jusqu'où peut aller ce mouvement sans compromettre l'objectif de protection.

B.- L'autonomie de la personne au cœur de la protection.

À l'arrière-plan de cette attention portée à la personne se dessine un nouveau concept : celui de l'autonomie du majeur protégé. On la voit apparaître dans la loi du 23 mars 2007, au 2^e alinéa de l'article 415 : « Elle (la protection) favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de la personne protégée ». Cette notion trouve surtout son développement dans la convention déjà citée relative aux droits des handicapés, qui affirme « l'importance pour les personnes handicapées de leur autonomie et de leur indépendance individuelles, y compris la liberté de faire leurs propres choix²² ». Or, poussé dans ses conséquences pratiques, ce point de départ conduit à rejeter, ou en tout cas à refouler, la notion même d'incapacité et corrélativement les techniques dites « substitutives », en d'autres termes les mécanismes de représentation²³, afin de laisser la personne agir et décider par elle-même.

²² Préambule, alinéa n)

²³ Cf. l'article 12.2 de la convention : « Les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres ».

Cette préoccupation n'est pas entièrement étrangère au droit positif. Elle inspire le mandat de protection future qui repose sur la volonté de la personne concernée, lui laisse le choix du mandataire qui la représentera, et surtout lui laisse son entière capacité. C'est elle aussi qui conduit à mettre à la disposition du juge toute une palette de mesures permettant l'ajustement de la protection aux besoins particuliers de la personne protégée. La trilogie des régimes rappelée ci-dessus et leur échelonnement s'en trouvent d'ailleurs passablement brouillée. Chacun de ces régimes peut être adapté : c'est ainsi que le tuteur peut être autorisé à agir seul avec l'assistance de son tuteur, tandis qu'en sens inverse le curateur peut être, si nécessaire, autorisé à représenter le curatelaire. De cette manière, le domaine des mesures substitutives peut être strictement délimité. Cette adaptabilité laisse penser d'ailleurs qu'une mesure unique qui s'ajusterait à la situation particulière de chaque personne protégée serait peut-être tout aussi efficace.

Mais alors, il faut bien reconnaître qu'ainsi affirmée l'autonomie ne fait pas nécessairement bon ménage avec la protection. Elle implique en effet une logique nouvelle qui supprime celle de l'intérêt et parfois la contredit, « un changement de paradigme » : renoncer à décider à la place de la personne protégée, respecter ses préférences et ses choix de vie, la laisser décider pour elle-même, c'est aussi accepter le risque qu'elle commette des erreurs et puisse nuire à ses propres intérêts. C'est pourquoi l'autonomie a sans doute besoin de s'appuyer sur un autre concept, nouveau dans le droit de la protection : celui d'accompagnement. Le mot fait lui aussi son apparition dans la convention précitée sur les droits des handicapés²⁴. Un auteur a tenté de préciser ce que pourraient être les contours de cette nouvelle technique, qui ne se confond pas avec l'assistance. Elle pourrait prendre la forme d'une mission de conseil destinée à éclairer la personne et l'aider à prendre ses propres décisions, dans le but de concilier ou plutôt de coordonner protection et autonomie²⁵. Ce rôle d'accompagnant pourrait en effet se révéler utile, en particulier pour les personnes qui ont eu l'habitude de l'indépendance et dont les facultés s'affaiblissent progressivement. Il ne paraît tout de même pas très facile à cerner. En outre, il serait dommage d'oublier que l'incapacité

n'est pas seulement une privation de droits, mais qu'elle est aussi, par elle-même, une technique efficace de protection. Contre des démarcheurs trop insistants, contre un entourage qui n'est pas toujours désintéressé, contre les tentations de l'abus de faiblesse, l'incapacité et son corollaire, la nullité de l'acte accompli sans pouvoir, est le moyen le plus sûr de préserver les intérêts des personnes dont le discernement s'obscurcit. Laisser une personne qui a besoin de protection commettre des erreurs dans le but de la laisser décider elle-même procède sans doute d'une intention louable, mais qui risque de trouver vite sa limite.

Tel nous paraît en effet le droit de la protection des majeurs, tel qu'il évolue aujourd'hui. À travers de concepts flous, il développe de bonnes intentions et des présupposés sympathiques, mais on peut tout de même se demander quelle prise ces intentions et ces présupposés peuvent avoir sur la pratique. Tout dépend aussi de la manière dont ces orientations sont reçues par ceux qui sont chargés de les mettre en œuvre. Jusqu'où les organes tutélaires sont-ils disposés à modifier leurs habitudes, jusqu'où les juges sont-ils prêts à imposer ces changements, jusqu'où les familles sont-elles préparées à assumer ces charges ? Pour ne prendre qu'un seul exemple, lorsque la loi proclame que le majeur protégé choisit le lieu de sa résidence, il est permis de se demander combien parmi les personnes hébergées dans les EHPAD ont réellement choisi d'être accueillies dans ces établissements ? Dans ce domaine plus que dans tout autre, il importe de ne pas se réfugier dans l'univers lumineux des principes mais d'accepter de se confronter avec des réalités parfois douloureuses.

²⁴ Art. 12.3 : « Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique. »

²⁵ H. FULCHIRON, *loc. cit.*

SÉANCE 3
REGARDS COMPARÉS

Lecture préparatoire proposée :

P.-A. FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, Tome X, p. 681-703

Des effets de la démence aux besoins du malade mental : la loi du 30 juin 1838, amorce d'un changement de perspective

Marta PEGUERA POCH

Agrégée des facultés de droit,

Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris 1 IRJS (UR 4150)

Depuis le début de ce séminaire, nous nous interrogeons sur la notion de vulnérable et son irruption dans le droit français il y a une vingtaine d'années. Que révèle ce changement de vocabulaire ? La catégorie de majeur vulnérable recouvre-t-elle la même réalité que celle, traditionnelle, d'incapables majeurs ?¹

Plusieurs questions se posent au sujet de la vulnérabilité. S'agit-il d'une qualité intrinsèque de l'individu ou bien d'une qualité en relation aux tiers et à la place que la personne vulnérable occupe dans la société ? Lorsque le droit se saisit de la vulnérabilité c'est pour la protéger, mais quel est l'objet de cette protection ? La personne vulnérable ou les autres (la famille, la société) ? On protège ou on se protège ? Et, si la protection vise la personne vulnérable, que protège-t-on exactement, la personne ou son patrimoine ?

Il s'agit de questions simples à poser, mais qui révèlent leur complexité dès qu'on essaie d'y répondre, car la question de la protection des incapables majeurs est celle du bon équilibre entre des intérêts différents, voire opposés. En tant qu'historienne du droit, il me revient de faire une synthèse des différents régimes de protection que le droit a mis en place dans le temps, afin d'éclairer les réflexions sur le droit positif. Certes, dans le temps limité de ce séminaire, il ne peut s'agir de décrire tous les régimes qui ont existé partout et à

toutes les époques mais de chercher, dans les équilibres bâtis par le droit de différentes époques, s'il existe des éléments qui permettent de préparer le basculement de l'incapacité à la vulnérabilité.

Si dans l'étude de l'histoire du droit civil français la césure avant et après le Code civil est commode et souvent justifiée, elle n'est pas toujours pertinente. En l'occurrence, un point d'inflexion dans la manière de concevoir le droit des majeurs incapables en droit français semble être la loi du 30 juin 1838 sur l'internement des aliénés qui, comme on le verra, est le cas modèle des causes d'incapacité chez les majeurs. Le changement introduit lors des discussions autour de cette loi concerne l'intérêt porté aux besoins du malade mental et pas seulement à la nécessité d'encadrer les effets de la maladie pour le malade lui-même, pour son entourage et pour la société. Bien sûr, tout au long de l'histoire du droit français, les régimes juridiques des incapacités sont des régimes qui protègent autant la personne incapable que la société mais, au XIX^e siècle, les prémices d'une meilleure connaissance médicale des pathologies mentales permettent de regarder de plus près la situation personnelle du malade, et de mettre en place un régime juridique approprié, davantage centré sur le malade que sur les effets de la maladie, comme une sorte de prélude au basculement de l'incapacité à la vulnérabilité.

Afin de mieux saisir ce changement de perspective, il convient de connaître comment la protection des majeurs incapables s'est mise en place en droit français, condition

¹ Le présent article est tiré de la communication présentée le 26 janvier 2024 lors d'une séance du séminaire *Penser le droit des majeurs vulnérables*. La forme orale a été conservée.

indispensable pour saisir l'inflexion apportée par la loi du 30 juin 1838. Je diviserai donc mon propos avant et après cette loi.

I.- La protection des majeurs incapables avant la loi de 1838

L'exposé du droit romain en la matière est nécessaire, car le droit des incapacités lui doit les mécanismes de la tutelle et de la curatelle. Sur l'héritage romain, le droit coutumier fera sa propre synthèse, revue encore au moment de l'élaboration du Code civil.

A.- La curatelle romaine, mécanisme de protection des majeurs incapables en droit romain

On laisse de côté les incapacités résultant de causes normales et prévisibles, comme l'âge ou le sexe, soumises au régime de la tutelle romaine², pour ne s'intéresser qu'aux causes d'incapacité accidentelles, logiquement très variées, et qui ont en commun d'altérer la conduite normale de la personne (folie, altération des facultés mentales, prodigalité reconnue...). Elles peuvent entraîner une incapacité totale ou partielle. Parmi la diversité de situations, les plus emblématiques sont le cas du *furiosus*, le fou, frappé d'une incapacité totale tant que dure sa folie, et le cas des prodiges interdits, dont l'incapacité est partielle, c'est-à-dire, qu'elle ne touche qu'aux actes qui diminuent leur patrimoine ou empirent leur condition, comme devenir débiteur d'une obligation ou renoncer à un droit. Ils restent cependant capables de rendre leur condition meilleure, par exemple en devenant créancier ou propriétaire³.

La conséquence immédiate de cette incapacité qui frappe la personne est que ce qu'il ne peut plus faire, doit être fait

² Le droit romain réserve le terme de tutelle uniquement à la protection des femmes et des impubères. Cf. D. 26, 1, 1.

³ Le préteur admet plus tard la possibilité de mettre en place une curatelle à la demande de la personne intéressée, par exemple, les mineurs de 25 ans du fait de leur inexpérience. Cf. D. 4, 4, 1. L'étude de la curatelle du mineur de 25 ans est écartée car, volontaire au départ, elle évolue vers une curatelle obligatoire et se rapproche du régime de la tutelle des mineurs.

par quelqu'un d'autre. Ainsi, on trouve en droit romain des mécanismes de substitution qui suppléent les défaillances dues à l'incapacité. Pour les incapacités des majeurs, la loi des Douze tables met en place le régime de la curatelle, terme issu de *cura*, qui signifie prendre soin. Les régimes de curatelle sont aussi variés que peuvent l'être les circonstances de la vie. Il en est cependant de récurrents qui couvrent les hypothèses les plus importantes déjà évoquées : la curatelle de l'insensé et la curatelle du prodigue⁴. Selon la loi des Douze Tables, la charge de la curatelle est confiée aux héritiers légaux de la ligne agnatique la plus proche ou aux parents gentiles. Cela veut dire que, du moins dans la période la plus ancienne du droit romain, la curatelle est admise dans l'intérêt du curateur pour veiller sur le patrimoine familial. Plus tard, on admet que le curateur puisse être nommé par le magistrat ou désigné par un testament, la curatelle légitime (celle de la loi des Douze Tables) disparaissant au Bas Empire.

La raison d'être de la curatelle étant l'incapacité, elle suit naturellement son évolution et ses caractéristiques : elle commence avec la cause de l'incapacité et finit avec elle. Ce fondement de la curatelle détermine également les obligations du curateur, qui varient selon les cas. La curatelle d'un fou commence avec la folie et finit avec elle, s'interrompant à chaque fois que l'aliéné retrouve la lucidité. Dans ce cas, le curateur a des pouvoirs semblables à ceux du tuteur d'un mineur, puisqu'il doit veiller sur la personne et sur les biens de l'incapable. Elle n'est cependant pas identique parce que, contrairement au tuteur d'un mineur, le curateur n'a pas à compléter la personnalité du fou. Par exemple, le curateur ne peut pas accepter une succession à la place d'un aliéné ; il faut attendre un intervalle de lucidité pour que l'aliéné l'accepte lui-même⁵. La portée et la durée de la curatelle du prodigue sont différentes de celle du fou. L'interdiction du prodigue se fonde non sur la nature, comme la folie, mais sur une défaillance morale qui ne prive pas le prodigue de ses facultés mentales. Elle est donc artificielle et commence par la décision qui prononce l'interdiction du prodigue et finit par la décision qui la lève, sans que des intervalles de changement chez le prodigue viennent suspendre l'exercice de la curatelle. L'incapacité du prodigue n'est que partielle, par conséquent, les pouvoirs du curateur sont moindres et se

⁴ Cf. P.-Fr. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. présentée par J.-P. LEVY, Paris, Dalloz, 2003, p. 241 et s.

⁵ *Ibid.*, p. 243, note 2.

limitent à la gestion des biens. Le prodigue peut rendre sa condition meilleure, mais ne peut la rendre pire⁶.

Qu'elle concerne le fou ou le prodigue, ou n'importe quelle autre hypothèse d'incapacité accidentelle, la procédure romaine ne connaît pas d'action spécifique pour la curatelle, contrairement à la tutelle⁷. Les rapports entre le curateur et son assisté relèvent de la gestion d'affaires qui, par sa souplesse, permet une parfaite adaptation aux circonstances propres de chaque cas, l'intervention du curateur pouvant aller d'un simple rôle de conseil à l'administration complète des biens de son assisté.

La curatelle apparaît ainsi comme un mécanisme juridique de protection surtout contre les effets essentiellement patrimoniaux des actes d'une personne qu'une circonstance accidentelle de la vie a rendue incapable de veiller à ses propres intérêts. On le protège lui-même mais, surtout, on se protège des dangers d'une situation où les conditions normales d'exercice des droits ne sont pas remplies. Le droit français prendra cet héritage romain en le transformant.

B.- La protection des majeurs incapables en droit coutumier et dans le code civil

Le droit coutumier procède de manière empirique pour protéger toutes les situations où des intérêts divers courent des risques, nommant à chaque fois un curateur pour veiller sur l'intérêt menacé⁸. Ce sont les juges qui cherchent la meilleure solution au cas par cas. Mais, comme en droit romain, les cas les plus importants qui méritent une protection particulière sont ceux des personnes n'ayant pas ou plus la pleine possession de leurs facultés mentales, situation qui reste le modèle pour toute mesure de protection des incapables majeurs.

Beaumanoir au XIII^e siècle parle de l'incapacité du *fol*, frappé d'incapacité totale et à qui on donne un défenseur s'il doit aller en procès, et un administrateur pour ses biens⁹. Ces aliénés, surtout s'ils sont dangereux, doivent être liés et leurs gardiens sont responsables des dommages qu'ils peuvent

causer¹⁰. Le droit coutumier connaît également la pratique romaine de l'interdiction des prodiges, avec une procédure semblable : les héritiers ou la femme du prétendu prodigue saisissent le juge qui ordonne une enquête au vu de laquelle, si les faits sont prouvés et attestent d'une réelle prodigalité, le juge prononce l'interdiction du prodigue. Cette interdiction doit être publiée¹¹, et le prodigue ne peut faire des actes juridiques valables sans l'assistance d'un administrateur, qui équivaut à la figure du curateur romain. Si les causes qui ont motivé l'interdiction disparaissent, on peut demander au juge la mainlevée de l'interdiction dont l'effet est de redonner à l'ancien prodigue sa pleine capacité. À partir du XIV^e siècle apparaît dans la jurisprudence le cumul entre le régime de la curatelle du fou et celle du prodigue interdit : un fils est institué curateur de son père devenu sénile mais, en même temps qu'on nomme le fils curateur, on interdit le père, ce qui mène à la confusion des deux régimes : celui de l'aliéné et celui du prodigue¹². Cette confusion au profit de l'interdiction s'installe à partir du XVI^e siècle et devient le régime général du droit coutumier concernant les incapables majeurs, la prodigalité étant considérée par certains comme une sorte de folie¹³. La différence entre le fou et le prodigue est que, dans le premier cas, l'interdiction constate une incapacité naturelle alors que dans le cas du prodigue, qui n'a pas perdu ses facultés mentales, l'interdiction crée l'incapacité.

La procédure est bien établie et correspond à celle déjà décrite : le juge doit être saisi par la famille proche et, une fois saisi, il mène une enquête afin de prouver la folie ou la prodigalité, recueillant également les avis de la famille. Si, à la suite de l'enquête, le juge estime la demande fondée, il prononce l'interdiction et nomme un curateur, cette mesure devant être rendue publique. Des arrêts, suivis d'une ordonnance de 1629, organisent la publicité de l'interdiction : elle doit être affichée dans les greffes¹⁴ et signifiée aux notaires

⁶ *Ibid.*, p. 246.

⁷ *Ibid.* p. 244.

⁸ Cf. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010, n° 196.

⁹ Ph. DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, Paris, 1899, n° 411 et 1061.

¹⁰ Cf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, Puf, 1996, n° 351-352 et J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 198.

¹¹ Cf. P. PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, Paris, éd. Loysel, 1992, p. 431.

¹² Cf. *ibid.*, p. 433.

¹³ « On en compare d'autres à ces premiers [aux furieux, imbéciles, insensés] ; en effet, tels sont aussi les prodiges, leur funeste penchant, quant à l'administration, les assimile aux précédents [...] », Fr. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris, 1770, tome I, livre I, titre VI, chap. IV, sect. 1, II, p. 75.

¹⁴ « Seront mis et affichez tableaux aux greffes des juridictions ordinaires, contenant noms [...] de ceux ausquels l'administration de leur

qui engagent leur responsabilité s'ils n'informent pas leurs clients de la mesure d'interdiction. Dans le cas du prodigue, la procédure est semblable, mais l'interdiction ne vaut que pour les biens, le prodigue jouissant de ses facultés mentales pour se gouverner lui-même¹⁵.

Ce curateur, explique Domat¹⁶, doit prêter serment, faire l'inventaire des biens et, pour ce qui relève de son administration, il doit agir avec le même soin qu'aurait un tuteur. Le curateur n'a pas que des obligations, il a également des pouvoirs vis-à-vis de la personne qui souffre de démence et vis-à-vis de ses biens : il retient le dément auprès de lui, il peut le mettre en pension dans une maison honnête qu'il choisit librement. Si la démence arrive à la fureur, il peut et doit se pourvoir auprès du juge qui, après avis de la famille et information sur l'état du malade, peut ordonner son enfermement de force. Mais l'internement peut également être fait par lettre de cachet, qui sera la pratique courante au XVII^e et au XVIII^e siècles, avec ou sans interdiction judiciaire. Une circulaire de 1784 subordonne cependant l'enfermement administratif par lettre de cachet à l'existence d'une interdiction judiciaire, ce qui laisse donc le rôle principal au juge¹⁷. Comme le tuteur, le curateur doit rendre des comptes de sa gestion à la fin de la curatelle. Celle-ci finit par la levée de l'interdiction prononcée quand le dément a retrouvé l'usage de la raison ou, dans le cas du prodigue, quand il y a des preuves de bonne conduite. La procédure est en tout point parallèle à celle qui prononce l'interdiction. La requête de levée de l'interdiction doit être présentée au juge qui mène une enquête, demande l'avis de la famille et, le cas échéant, lève l'interdiction. Au XVIII^e siècle, des lettres patentes du 25 novembre 1769 unifient les usages, pour couper court aux contestations. À l'avenir ne peut être statué sur les demandes en interdiction pour démence, fureur ou prodigalité, comme pour les demandes de main levée :

[...] que sur les conclusions de la partie publique des sièges ou lesdites demandes seront pendant et par délibération desdits sièges, soit que les interdictions et mainlevées d'icelles soient consenties ou qu'elles soient contestées. Faisons défense à tous juges de statuer seuls et en leurs maisons sur

bien et la liberté de contracter est interdite [...] », ordonnance de janvier 1629, art. 143, DECRUSY, ISAMBERT, TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, 1829, tome XVI, p. 267.

¹⁵ Cf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 353-354.

¹⁶ J. DOMAT, *Œuvres complètes*, Paris, 1828, tome 1, Partie I, livre II, titre II, p. 434-440.

¹⁷ Cf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 352.

les interdictions et mainlevées d'icelles, à peine de nullité, et de tous dommages et intérêts [...] dérogeant à tous usages à ce contraires. Pourront néanmoins les juges faire seuls les avis des parents, interrogatoires et autres procédures de pure instruction pour parvenir auxdites interdictions et mainlevées d'icelles, soit en leurs maisons, soit ailleurs, suivant l'exigence des cas et les usages des sièges¹⁸.

Au moment de la rédaction du Code civil, les débats qui ont suivi la présentation des textes sur ce sujet montrent que la préoccupation des rédacteurs du Code civil et du Conseil d'État est la protection du patrimoine, dans l'intérêt de la société et dans l'intérêt de la famille. Le modèle reste la démence ; le cas de la prodigalité est discuté¹⁹, mais n'est finalement admis que comme signe de démence. « Il est donc préférable de traiter l'individu notoirement prodigue comme un homme en démence [...] celui-là est certainement privé de raison, qui se réduit à la misère par le jeu et par la débauche²⁰. » Seule la démence et ses manifestations sont soumises au régime de l'interdiction, prévu dans les articles 489 et suivants du Code civil de 1804. La simple prodigalité, si elle peut nuire à une famille concrète, n'est pas nuisible à l'État dans son ensemble : « L'État, il n'a pas intérêt à l'interdiction d'un prodigue. Ses dissipations ne diminuent pas la masse des richesses nationales ; elles se bornent à déplacer les biens²¹. » Le Code ne se désintéresse cependant pas totalement du cas du prodigue non dément. Il prévoit, aux articles 513 et suivants, la création d'un conseil judiciaire, nommé par le tribunal pour assister le prodigue.

Si l'intérêt des rédacteurs du Code civil est surtout la protection du patrimoine de l'incapable majeur, l'intérêt pour la personne elle-même n'est pas totalement exclu du fait de l'importance acquise par la déclaration des droits de l'homme, mais également par réaction aux abus d'enferme-

¹⁸ DECRUSY, ISAMBERT, TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, 1829, tome XXII, p. 493.

¹⁹ Intervention du consul Cambacères, séance du 4 novembre 1802 : « Rien ne s'oppose à ce qu'on prenne des mesures pour défendre le prodigue contre ses propres excès ; et dès lors il faut y pourvoir [...] », P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, tome 10, p. 692. Intervention de Portalis lors de la même séance : « Il est du devoir de la société de protéger les citoyens contre eux-mêmes : ce principe est la base des lois sur l'interdiction pour démence ou fureur, des lois sur les tutelles. Le prodigue, comme le mineur, comme le furieux, est dans une position qui appelle la protection des lois, d'autant que les vices et les passions auxquels on doit attribuer ses excès sont de nature à inquiéter la société », *ibid.*, p. 690-691.

²⁰ Cf. *ibid.*, p. 689, intervention de Tronchet.

²¹ *Ibid.*

ment par lettre de cachet sous l'Ancien Régime²². Au sujet des prodiges, par exemple, Bigot-Praémeneu affirme lors des débats : « L'interdiction pour prodigalité telle qu'on la prononçait mettait l'interdit, quant à ses biens, sous l'autorité d'un curateur, comme un mineur l'était sous celle de son tuteur. Il en résultait une sorte de dégradation de la personne²³. » Il y a dégradation parce que le prodigue jouit de ses facultés mentales, contrairement au dément. Ainsi, pour respecter au maximum la liberté individuelle, le Code civil limite l'interdiction aux cas les plus graves, c'est-à-dire, « l'imbécillité, la démence et la fureur²⁴. » Pour les autres, il laisse la liberté individuelle et donc la pleine capacité juridique, sous réserve de la nomination d'un conseil judiciaire pour assister les prodiges.

On a donc en 1804 un régime des incapacités des majeurs hérité de la construction d'ancien régime, qui distingue entre les hypothèses de démence et celles de prodigalité²⁵. Le prodigue, maître de ses actes, peut être entouré d'un conseil judiciaire qui l'assiste pour limiter les effets négatifs de sa prodigalité²⁶. Ce régime facultatif contraste avec le caractère obligatoire de l'interdiction du dément : « Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides²⁷. » Les garanties procédurales qui entourent le régime de l'interdiction²⁸ montrent que les rédacteurs du Code souhaitent préserver la liberté individuelle et ne l'ôter que s'il n'y a pas d'autre solution. La limitation de la capacité juridique des majeurs est une mesure grave qui doit être encadrée, et l'article 515 dispose en ce sens que « aucun jugement, en matière d'interdiction, ou de nomination de conseil, ne pourra être rendu, soit en première instance, soit

en cause d'appel, que sur les conclusions du commissaire du Gouvernement ». L'interprétation de la jurisprudence tend également à limiter l'interdiction aux cas de démence avérée : la faiblesse d'esprit, le défaut de caractère, des erreurs d'opinion, des écarts de conduite ne peuvent fonder une mesure d'interdiction, à moins qu'ils ne soient le fruit d'un état de démence²⁹.

Il est donc clair que le Code civil continue la tradition ancienne : protéger les majeurs contre eux-mêmes et protéger également les intérêts de leur famille et de la société en empêchant les personnes qui n'ont plus leurs facultés mentales de poser seuls des actes qui les engagent juridiquement et qui peuvent avoir des conséquences négatives pour eux mais surtout pour leur patrimoine. C'est la protection classique du régime des incapacités, protection qui n'intervient qu'après constat de la démence pour en traiter les effets et limiter les dangers. Dans l'esprit du Code, l'interdiction sérieusement encadrée est le régime juridique qui permet de porter atteinte aux libertés individuelles et ouvrir la porte à l'internement du dément. Or, ce caractère strict a pu être un frein à la demande d'interdire de la part des familles alors que la pratique médicale de l'époque a tendance à traiter la folie par l'enfermement, y compris de patients qui ne sont pas juridiquement interdits. La rigidité du code aboutit donc au contraire de ce qu'espéraient ses rédacteurs, à savoir, que l'interdiction soit le premier pas vers l'enfermement, les garanties du régime d'interdiction servant à limiter les abus possibles dans l'enfermement. Dans la pratique, un grand nombre d'internés ne sont pas interdits. Par ailleurs, l'abolition des lettres de cachet en 1790 laisse un flou juridique qui empêche l'enfermement administratif des aliénés et, de fait, beaucoup de déments qui devraient être internés restent en liberté³⁰. Cet état de fait, uni aux progrès de la connaissance médicale des maladies mentales, motivent les désirs de réforme qui se concrétisent dans la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. À travers ses dispositions encadrant les thérapies, s'ouvre la possibilité d'une nouvelle approche du régime juridique des incapables majeurs.

²² Cf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 355.

²³ *Ibid.*, p. 687-688, intervention de Bigot-Praémeneu.

²⁴ Cf. art. 489 du Code civil de 1804.

²⁵ Même si le Code parle de la tutelle dans le titre consacré à la minorité (Code civil de 1804, titre X, *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, chapitre II, *De la tutelle*, art. 389-475), l'art. 509 dispose que « l'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois de la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ». On rompt donc avec la tradition romaine de réserver la tutelle aux mineurs et la curatelle aux majeurs incapables.

²⁶ « Il peut être défendu aux prodiges de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal », art. 513 du Code civil de 1804.

²⁷ Art. 489 du Code civil de 1804.

²⁸ Cf. l'ensemble du chapitre consacré à l'interdiction, art. 489-512 du Code civil de 1804.

²⁹ Colmar, 2 prairial an XIII – 22 mai 1805 ; Angers, 10 prairial an XIII – 30 mai 1805.

³⁰ Cf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 355-356.

II.- La possibilité d'une nouvelle approche de l'incapacité des majeurs à la suite de la loi du 30 juin 1838

La loi du 30 juin 1838 est directement liée aux évolutions de la psychiatrie et de la prise en charge des maladies mentales. Les médecins aliénistes prônent un seul traitement pour la folie, l'isolement, sans que celui-ci soit corrélé avec une mesure judiciaire d'interdiction. Sans les garanties du régime de l'interdiction, il y a des risques évidents d'enfermements arbitraires sous couvert de démence. Tributaire de la science médicale de son temps, la loi de 1838 s'intéresse aux liens entre l'isolement des aliénés et leur situation juridique, ainsi qu'aux risques que ce traitement fait courir à la liberté individuelle des personnes internées. Le traitement unique de la folie est cependant remis en cause au sein des milieux psychiatriques à la fin du XIX^e siècle. Le courant réformiste cherche à diversifier les thérapies de la folie, en distinguant différents types d'affections mentales et en tenant compte de leurs besoins spécifiques. Ceci suscite des débats et des discussions pour réformer le régime juridique des aliénés posé par la loi de 1838, toujours avec la question du lien entre la thérapie des malades mentaux et leur statut juridique en toile de fond.

A.- La prise en compte de la liberté individuelle dans le cadre d'une thérapie unique de la folie.³¹

Le début du XIX^e siècle connaît les travaux des premiers médecins aliénistes. Leur expérience clinique et l'observation de leurs patients leur fait porter un regard nouveau sur la folie et tentent d'y répondre en adaptant des thérapies pour la guérir. Les premiers aliénistes en France sont Philippe Pinel (1745-1826) médecin chef de la Salpêtrière de 1795 à 1826, auteur d'un *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale ou la manie*, publié pour la première fois en 1801, et son disciple, Jean Etienne Dominique Esquirol (1772-1840), auteur entre autres d'un rapport intitulé *Des établissements consacrés aux aliénés en France et des moyens de les améliorer*, remis au ministre de l'intérieur en septembre 1818 et publié

³¹ Sur les débats entourant l'adoption de la loi du 30 juin 1838, voir G. LANDRON, « Du fou social au fou médical. Genèse parlementaire de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés », in *Déviance et société*, 1995, vol. 19, n° 1, p. 3-21 et la bibliographie citée.

par la suite. On ajoutera l'ouvrage d'un autre médecin du Bicêtre, Guillaume Ferrus, paru en 1834 et base des réflexions pour l'étude de la loi de 1838 sur les aliénés³². Ces ouvrages de médecine attestent des progrès dans la prise en charge du traitement médical de la folie alors que, hormis l'interdiction judiciaire non exigée pour pouvoir être interné, le traitement et le suivi des aliénés ne fait pas l'objet d'une législation spécifique et laisse le sort des aliénés dans l'incertitude, :

À une époque où [...] tant d'infortunes et de misères diverses ont été soulagées, la plus affligeante peut-être, n'avait point encore été l'objet de mesures spéciales [...]. Les malheureux frappés de cette terrible maladie que l'on nomme aliénation mentale, étaient presque hors la loi commune. On prenait des précautions pour protéger les individus et l'ordre public contre leur fureur ; mais souvent ces précautions avaient pour résultat d'aggraver la position des aliénés ; aucune règle fixe n'était établie, aucune base légale n'était posée, tout était en cette matière confusion et arbitraire. La sûreté publique n'était point suffisamment garantie, la liberté individuelle pouvait être compromise, et les soins convenables n'étaient point offerts aux malades³³.

Comblé ce vide juridique, en facilitant l'enfermement tout en le contrôlant sera l'objet de la loi du 30 juin 1838. Les autorités publiques n'entrent pas en discussion avec les médecins pour savoir si l'isolement prôné par les aliénistes est le bon traitement de la folie. En revanche, les pouvoirs publics s'inquiètent des conséquences de cette thérapie unique car, pour isoler, il faut placer les malades mentaux dans des établissements spécialement dédiés aux aliénés. Cela soulève plusieurs questions. La première, celle de l'autorité compétente pour décider du placement du dément dans un établissement. Trois autorités – l'autorité médicale, l'autorité administrative et l'autorité judiciaire – ont le droit d'intervenir dans le processus de placement des malades à des titres différents : constat médical de la démence, responsabilité de la vie publique qui pèse sur l'autorité administrative, compétence du juge judiciaire pour prononcer l'interdiction. À cette première question s'ajoute celle du choix de l'établissement (privé ou public ; établissement spécialisé ou établissement mixte) ; celle de l'entretien des établissements destinés à recevoir

³² Le titre complet est *Des aliénés, considérations 1^o sur l'état des maisons qui leur sont destinées tant en France qu'en Angleterre, sur la nécessité d'en créer des nouvelles en France ; 2^o sur le régime hygiénique et moral ; 3^o sur quelques questions de médecine légale*, Paris, 1834.

³³ J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, tome 38, Paris, 1839, p. 490, note 1.

les malades et celle de la charge financière de l'entretien des aliénés placés dans ces établissements, c'est-à-dire, comment se répartit cette charge financière entre l'État, le département et la commune où se situe l'établissement. Ce dernier aspect matériel, la répartition de la charge financière liée au traitement de la folie par l'isolement dans des établissements spécialisés, est la cause immédiate de la discussion de la loi de 1838. Mais pour notre quête, c'est-à-dire, chercher s'il y a des éléments qui permettent de préparer le passage de l'incapacité à la vulnérabilité, il est plus intéressant de regarder les liens entre isolement médical et interdiction juridique.

Lors de la présentation du projet de loi en 1837, Gasparin, ministre de la justice de l'époque, affirme nettement la dissociation entre la mesure médicale d'isolement et la mesure juridique d'interdiction civile. De fait, une majorité d'internés à l'époque n'étaient pas interdits, ce qui est un des motifs de la genèse de la loi. Le placement d'une personne répond à des intérêts de sûreté publique et de sûreté des tiers, à l'existence même du malade et du traitement de sa maladie, à la sauvegarde des mœurs publiques... Étant donné que les raisons sont essentiellement de sûreté publique, c'est l'autorité administrative qui assume la responsabilité de l'internement, et non l'autorité judiciaire qui est responsable seulement de l'interdiction. Or, les motifs de sûreté publique qui justifient l'internement n'exigent pas nécessairement la mesure judiciaire de l'interdiction. La dissociation entre la mesure d'internement et la mesure d'interdiction est retenue par la commission préparatoire de la loi et consacrée dans le texte final³⁴. Elle permet de prévoir des mesures de contrôle de l'internement, sans obliger à passer par l'interdiction qui, de fait, était souvent négligée par les familles.

C'est l'exact contraire des exigences posées par la circulaire de 1784, qui subordonnait l'enfermement administratif par lettre de cachet à la décision judiciaire d'interdire quelqu'un. Cela ne semble pas non plus en accord avec le code civil de 1804 qui tient compte des motifs de sécurité publique engendrés par les cas les plus graves, c'est-à-dire, les cas de fureur. Autrement, on ne comprendrait pas les dispositions de l'article 491 qui dispose que, dans les hypothèses de fureur, si l'interdiction n'a pas été demandée par la famille, le commissaire du gouvernement doit la demander³⁵. Le Code

civil ne parle pas d'internement mais, selon la pratique de l'ancien régime évoquée précédemment, le curateur pouvait interner le dément s'il était dangereux et, de toute évidence, l'interdiction était envisagée par les rédacteurs du Code comme le premier pas de prise en charge de la démence, donc comme un préalable au possible enfermement. Mais on a vu que la pratique n'a pas suivi, que les enfermements se faisaient sans demander l'interdiction judiciaire et donc hors de contrôle. Il en résulte une situation juridique précaire qui mérite protection. L'affirmation nette de la distinction entre les deux n'est donc qu'une manière de recréer un espace de contrôle du respect de la liberté individuelle de l'aliéné. Sans abandonner la prise en compte des dangers que représente l'aliéné, on s'intéresse également à sa personne :

On ne songeait alors [avant 1789] qu'aux dangers dont l'insensé furieux pouvait menacer la sûreté publique : on ne s'était point occupé de la protection qui était due au malheur dans la personne de l'aliéné et des conditions nécessaires à son traitement. Il faut peu s'en étonner, l'art lui-même, en ce qui concerne ce traitement, était encore très imparfait. L'hospice était pour l'aliéné une prison, lorsqu'il n'était pas confondu dans les prisons ordinaires avec les criminels³⁶.

Dès lors, selon le ministre, la loi de 1838 doit élargir son objet et traiter non seulement de la protection de l'aliéné et de la société, mais aussi de la guérison du malade mental et de l'adoucissement de son sort. Cet intérêt pour le sort de la personne à l'occasion de l'adoption de la loi est perceptible dans les discussions où il est question de la protection de la liberté individuelle. Un dialogue entre le ministre et un député montre la direction que prend la protection des déments. Le député Pelet intervient lors des discussions en ces termes :

Je ferai remarquer combien ce mot *aliénés* qui se présente à chaque instant, est vague et incertain. [...] Quel est le but de la loi ? C'est de garantir la liberté individuelle, et de mettre le pays à l'abri des malheurs qui pourraient résulter de ce grand nombre d'aliénés qui vaguaient dans les campagnes. Il me semble qu'elle va au-delà de son but en forçant les familles à mettre ces personnes [atteintes d'une fièvre cérébrale] dans les maisons d'aliénés, ou en mettant à leur admission

³⁴ Cf. G. LANDRON, *op. cit.*, p. 8-10.

³⁵ « Dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les parents, elle doit l'être par le commissaire du

Gouvernement, qui, dans les cas d'imbécillité ou de démence, peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus », Code civil de 1804, art. 491.

³⁶ J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, p. 491.

dans des maisons de santé de telles conditions que ce serait rendre la chose impossible.

À quoi le ministre répond :

N'y a-t-il donc que l'intérêt des familles dont nous devons nous préoccuper ici ? N'est-il pas vrai au contraire, que la première préoccupation du législateur lorsqu'il s'agit de disposer de quelques-uns des membres de la société, c'est la liberté individuelle ? Ce que nous avons voulu c'est gêner les familles, les gêner non pas dans leurs goûts, dans la juste affection qu'elles peuvent avoir pour leurs proches, mais les gêner dans les passions mauvaises, dans les passions cupides qui pourraient les porter à faire disparaître, sous prétexte de folie, un de leurs membres [...] On est aliéné ou on ne l'est pas. Si l'on n'est pas aliéné, on peut être traité dans une maison de santé. Si l'on est aliéné, on doit être placé dans un établissement public ou privé spécial³⁷.

Suivant la thérapie recommandée par les aliénistes, les établissements spéciaux sont nécessaires pour donner :

[T]outes les garanties pour la société, qui doit être préservée des atteintes de ses membres ; pour la famille dont la situation sera suffisamment favorisée, et pour l'individu que vous devez surtout avoir en vue, parce qu'on pourrait abuser d'une fièvre cérébrale, d'une faiblesse passagère du cerveau, pour en faire un aliéné qu'on priverait de tous droits de famille³⁸.

Le législateur s'inquiète donc de la personne malade en tentant de limiter les possibles abus en matière d'enfermement, abus facilités par l'existence d'un seul traitement médical de la démence, l'isolement, et par la dissociation entre cette thérapie et la mesure d'interdiction judiciaire. Ce n'est pas le détail des dispositions de la loi qui intéresse ici, mais le fait qu'à côté de la sauvegarde de l'ordre et de la sûreté publiques, le législateur s'intéresse expressément à la guérison des malades et au sort des aliénés qui, sans être interdits, se trouvent internés dans un régime d'isolement au sein d'un établissement spécialisé pour traiter leur folie. Les pratiques thérapeutiques en vigueur poussent le législateur à s'intéresser à la situation personnelle du malade alors même qu'il ne relève pas du régime juridique de protection des incapables majeurs, c'est-à-dire, l'interdiction. Un premier pas pour envisager la situation de vulnérabilité du malade sans la réduire à l'incapacité juridique ? En tout cas une inflexion

dans l'approche des malades mentaux par le législateur. À partir des années 1860, la loi de 1838 fait l'objet de critiques récurrentes tout au long du XIX^e siècle, au rythme des évolutions de la médecine qui tend à diversifier les traitements de la démence en prenant en compte les besoins individuels de chaque malade mental.

B.- Vers une prise en compte de la diversité des besoins des malades mentaux

Bien que l'objectif affiché de la loi de 1838 soit la protection de la liberté individuelle, certains considèrent qu'elle est insuffisante, notamment parce que les contrôles se font après l'internement, ce qui, aux yeux de ses détracteurs, souligne que la finalité principale de la loi est la sécurité publique et non protection de la liberté individuelle.

Les débats autour de la loi de 1838 s'étalent sur plusieurs années, pendant lesquelles les acteurs et les objets du débat évoluent³⁹. Ils commencent dans les années 1860 et, dans un premier temps, ils sont le fruit surtout de juristes, que ce soit au sein de la société de législation comparée entre 1870 et 1873 ou au sein de la commission qui inspire le projet de réforme déposé au Sénat en 1884. Par contraste, les discussions en milieu médical sont plus rares à cette période. Il n'y a pas de trace de discussions sur le sujet au sein de la Société médico-psychologique et on connaît seulement un court débat au sein de la société de médecine légale lorsque qu'un projet de réforme est discuté à la Chambre en 1870. L'Académie de médecine traite du sujet dans ses discussions de 1884, mais c'est à la demande du président de la commission sénatoriale.

La question de l'aliénation mentale étant complexe, les rôles semblent partagés. Les juristes traitent des effets de l'aliénation mentale et de l'internement comme mesure de protection de l'aliéné et de la société. Mais la loi ne définit pas l'aliénation mentale, c'est à la médecine de dire ce qu'est l'aliénation et quel est son meilleur traitement. Or, même si dès 1860 la Société médico-psychologique discute d'alternatives à l'isolement pour certains patients, jusqu'aux années 1890 l'isolement semble le meilleur traitement, en

³⁷ *Ibid.*, p. 499-500.

³⁸ *Ibid.*, p. 500.

³⁹ Les développements qui suivent s'appuient essentiellement sur N. HENCKES, « Entre tutelle et assistance : le débat sur la réforme de la loi de 1838 sur les aliénés des années 1870 aux années 1910 », in *Sciences sociales et santé*, 2017/2, vol. 35, p. 81-108 et la bibliographie citée.

particulier pour les aliénés guérissables et dangereux. Lorsque des voix s'élèvent pour critiquer l'internement des déments, les aliénistes soutiennent que l'asile est le meilleur rempart contre les abus, car ils offrent un cadre contraignant et des contrôles inexistant dans le cadre familial où demeurent beaucoup d'aliénés, comme le montrent les recensements faits à partir des années 1830, qui posent explicitement la question. Leur défense de l'asile va si loin que le projet de réforme de 1884 contient la proposition d'assimiler le domicile où réside un aliéné à un asile privé et d'imposer sa déclaration au procureur.

À partir des années 1890, le renouveau de l'assistance publique et la création de son conseil supérieur en 1888 ont une incidence sur les discussions autour de la réforme de la loi de 1838. Les débats se déplacent vers la question de l'invalidité des aliénés et des secours que la société doit leur porter, notamment pour faciliter aux patients qui peuvent guérir et sont inoffensifs l'accès des soins spécialisés. Émerge ainsi la fin du traitement unique, puis pour un certain nombre de cas on propose une hospitalisation ouverte⁴⁰. Les réformistes proposent d'enlever des asiles les aliénés qui ne se sont pas améliorés après une durée déterminée de traitement. L'idée est que la guérison est improbable au-delà d'un certain délai et qu'il est alors justifié de déplacer ces malades vers de structures avec moins de moyens. Ainsi les asiles se concentrent seulement sur les aliénés curables et il est alors possible de rationaliser leur prise en charge. Ces nouvelles modalités de prise en charge relancent la question du lien entre le traitement à suivre en asile ou ailleurs, et le statut juridique des patients concernés, c'est-à-dire, la corrélation entre l'assistance d'un côté et la surveillance par un régime juridique de contrôle et de protection de l'autre.

Les débats reviennent en force à la veille de la première guerre mondiale, avec cette question en arrière-plan : faut-il dissocier le soin médical du régime de tutelle des malades ou bien les deux se réclament-ils mutuellement. Le parlement discute de la réforme en 1913. Le projet défendu par le sénateur Paul Strauss change le terme *aliénés* par *malades atteints d'affection mentale* et, parmi d'autres choses, reprend une idée déjà exprimée auparavant d'introduire le juge judiciaire dans la procédure d'internement. Ces deux points font réagir les opposants au projet, dont le plus vigoureux est le professeur

de médecine, spécialisé en maladies mentales, Gilbert Ballet. Sa critique se fonde sur le besoin de déterminer de manière rigoureuse et précise qui sont les malades concernés par la loi de 1838 sur les aliénés. Pour Ballet, ne relèvent de la loi sur l'internement que les malades mentaux dangereux et ceux qui, sans être dangereux, s'opposent aux traitements. Les autres, notamment les malades qui n'opposent pas de résistance aux traitements, ne devraient pas être concernés par l'asile. Sauf besoin d'une protection particulière de leurs biens, ces malades pourraient avoir un traitement ouvert. Cela renverse l'optique : on ne traite plus les aliénés en bloc, mais on divise les catégories pour mieux cibler les affections mentales qui relèvent du régime de l'internement et, comme une suite de cette différenciation, le traitement ouvert devient la norme là où l'internement était la règle. La Première guerre mondiale interrompt ces travaux mais la question des rapports entre le traitement médical des maladies mentales et le statut juridique de ces malades sera présente par la suite dans toutes les discussions sur le traitement médical et juridique des aliénés. Malgré ses défauts et quelques modifications postérieures, la loi de 1838 reste en vigueur jusqu'à la réforme opérée par la loi du 3 janvier 1968 qui reprend l'ensemble de la matière mais n'a « à peu près rien changé au régime de l'internement⁴¹ », alors que les pratiques thérapeutiques avaient fortement évolué sur ce point. L'ensemble de la question est reprise et réformée par la loi de 2007 sur la protection des majeurs vulnérables⁴².

Que conclure de cet aperçu des débats et des enjeux autour de la loi de 1838 ? L'attention portée au malade mental à partir de la loi de 1838, et plus encore lors des débats à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, attire le regard vers les besoins personnels du malade et pas seulement sur les effets de son trouble. Certes, la folie n'est pas la seule source d'incapacité, mais elle est le modèle à partir duquel on a bâti la curatelle comme régime de protection des majeurs incapables. Ainsi, un nouveau regard sur situation du malade mental, qui met l'accent sur ses besoins de soins adaptés et la possibilité de chercher sa guérison peut avoir une influence sur le regard général porté sur les incapables majeurs. Dire que la loi de 1838 fait basculer l'incapacité vers la vulnérabilité est certainement excessif et prématuré, mais cette inflexion dans le raisonnement, ce changement

⁴⁰ Ceci pose la question de la responsabilité médicale pour les possibles délits causés par des patients en régime d'hospitalisation ouverte.

⁴¹ J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 202.

⁴² Pour une synthèse des évolutions sous la V^e République, cf. *ibid.*, n° 201-202.

d'optique, la dissociation du traitement médical et du statut juridique, mélangé à des problématiques d'ordre public et de sûreté, a pu contribuer à une préparation lointaine des esprits pour le passage d'une catégorie à l'autre. L'incapacité en tant que régime protecteur s'appréhende plus facilement car elle règle les effets d'un trouble qui affecte l'usage des facultés mentales de la personne. La notion de vulnérabilité est à la fois plus large et plus vague que celle d'incapacité. Plus large parce que la personne vulnérable n'est pas forcément empêchée de veiller à ses intérêts. Plus vague parce qu'elle est plus subjective et de ce fait, plus difficile à déterminer et variable d'une personne à une autre. La catégorie des incapables majeurs et celle des majeurs vulnérables ne sont peut-être pas solubles l'une dans l'autre. C'est tout l'enjeu de ce séminaire de tenter d'y voir clair.

La situation italienne – Première partie

Le cadre général des mesures de protection des adultes vulnérables en droit italien

Stefano TROIANO

Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Verona

1. Introduction.

Afin de mieux cerner la situation existante en Italie par rapport à l'objet de cette étude comparé, il est utile de commencer par une brève vue d'ensemble des mesures de protection prévues par la loi italienne en faveur de ceux qu'on appelle aujourd'hui communément les *maggioirenni deboli* ou *vulnerabili* (c'est à dire les adultes fragiles, ou vulnérables), bien qu'en Italie, comme en France, il n'existe pas de notion juridique de vulnérabilité¹. Il s'agit donc, même pour nous, d'une catégorie purement descriptive d'origine académique, dont les limites exactes ne sont pas faciles à cerner mais qui, notamment pour sa particulière ductilité, réussit à embrasser des situations variées et hétérogènes, en grande partie déjà réglementées sous d'autres dénominations plus traditionnelles.

En Italie une trilogie de mesures est prévue en faveur de l'adulte vulnérable et, au moins pour certains éléments (malgré les importantes différences de réglementation que nous allons maintenant exposer), il y a de nombreux aspects qui, dans ce contexte, rapprochent le système juridique italien du système français.

Il s'agit, précisément, de la *interdizione* (« interdiction »), de la *inabilitazione* (« inabilitation ») et de la *amministrazione di sostegno* (« administration de soutien »).

Interdizione et *inabilitazione* sont les deux mesures de protection traditionnellement prévues par le code civil italien depuis son entrée en vigueur, en 1942, et qui sont restées largement inchangées au fil du temps. Plus récemment, en 2004, à la suite d'une importante loi de réforme (*Legge 9 gennaio 2004, n° 6*), la *amministrazione di sostegno* a été ajoutée à celles-ci. Cette nouvelle mesure de protection, bien que beaucoup plus moderne et avancée que les précédentes, chevauche partiellement les deux premières dans ses conditions d'application, qui n'ont toutefois pas été abrogées. Elle est aujourd'hui – il faut le souligner immédiatement – la mesure qui a largement surpassé les deux autres en termes d'application, et c'est donc à elle, surtout, que on va principalement consacrer l'attention dans cette contribution.

Toutes les mesures susmentionnées sont incluses dans le titre XII du livre I du Code civil italien, intitulé *Delle misure di protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomia* (« Des mesures pour la protection des personnes dépourvues totalement ou partiellement d'autonomie² »), avec une formule délibérément large et assez générique mais apte à inclure toutes les mesures pouvant être appliquées en faveur de l'adulte vulnérable. Il vaut la peine de noter que

¹ Sur cette notion v., notamment, A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, Jovene, 2019, p. 9 ss.

² Précisément, dans le titre XII du livre I du Code civil italien, on retrouve aux articles 414 et suivants du code civil, la réglementation de la *interdizione*, aux articles 415 et suivants la *inabilitazione* (certains éléments de la *interdizione* et de la *inabilitazione* sont en fait traités conjointement par le législateur aux articles 416 et suivants du code civil) et, enfin, aux articles 404 et suivants du Code civil : la *amministrazione di sostegno*.

cette formulation, délibérément modifiée en ce sens par la loi n° 6 de 2004, ne fait plus référence à une incapacité totale ou partielle mais plutôt à un défaut total ou partiel de l'autonomie de la personne, une expression bien plus neutre. Toutefois, comme l'on verra tout de suite, les deux premières mesures mentionnées continuent à prévoir des effets juridiques que l'on pourrait définir d'incapacitation (totalement ou partiellement).

2. La mesure de la *interdizione*.

La *interdizione*, comme l'indique l'article 414 du *Codice civile*, est la mesure ordonnée en faveur des personnes qui « se trouvent dans un état d'infirmité mentale habituelle qui les rend incapables de gérer leurs propres intérêts » (« *si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi* ») et qui, pour cette raison, « sont interdites » – par une décision de justice – « lorsque cela est nécessaire pour assurer leur protection adéquate » (« *sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione* »). Il est donc nécessaire d'établir un état d'infirmité habituelle, à savoir que l'état mental du sujet est altéré de façon permanente, en dehors des intervalles dits lucides (c'est-à-dire des moments sporadiques de lucidité³).

Les conséquences de la *interdizione* sont très sévères et radicales (bien qu'évidemment au moins en théorie prévues dans l'intérêt du bénéficiaire) : la personne interdite est totalement privée de la capacité d'agir, tant pour les actes de nature personnelle que pour les actes de nature patrimoniale. Pour tous les actes pour lesquels la représentation est permise, la personne interdite est remplacée par un tuteur. Ainsi, les actes à caractère strictement personnel tels que le mariage ou le testament ne peuvent être accomplis ni par l'interdit ni par le tuteur.

La seule ouverture limitée en faveur de la personne interdite est donnée par la possibilité que le juge, dans son arrêt (d'*interdizione*), ou même postérieurement, établisse que certains actes d'administration ordinaire (c'est-à-dire des actes qui n'affectent pas de manière significative, ni qualitativement ni quantitativement, le patrimoine du bénéficiaire) peuvent

être accomplis par la personne interdite sans l'intervention ou avec l'assistance du tuteur (art. 427 c.c.).

3. La mesure de la *inabilitazione*.

La *inabilitazione*, selon les dispositions de l'article 415 du *Codice civile*, est prévue dans les cas suivants :

- ↪ en faveur d'une personne qui présente une infirmité mentale qui n'est toutefois pas considérée comme grave au point de donner lieu à la *interdizione* (« *in favore della persona che ha una infermità mente, che però non è giudicata talmente grave da far luogo all'interdizione* »)
- ↪ en faveur de ceux qui, par prodigalité ou abus habituel de boissons alcooliques ou de stupéfiants (substances narcotiques etc.) s'exposent ou exposent leur famille à un grave préjudice économique (« *in favore di coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici* ») ;
- ↪ dans les conditions prévues, en faveur des sourds-muets ou des non-voyants (depuis la naissance ou la petite enfance), sans préjudice de l'application de la *interdizione*, s'ils sont totalement incapables de gérer leurs propres intérêts (« *in presenza dei presupposti, in favore del sordomuto o del cieco – dalla nascita o dalla prima infanzia – fatta salva l'applicazione dell'interdizione se essi risultano del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi* »).

La personne soumise à cette mesure (*inabilitato*) conserve sa capacité d'agir pour tous les actes d'administration ordinaire et pour les actes à caractère personnel (par exemple le mariage). En revanche, elle est assistée mais non remplacée par une autre personne – appelée curateur (« *curatore* ») – pour l'accomplissement des actes d'administration extraordinaire⁴.

Même dans ce cas, il existe une « ouverture » en faveur du sujet (le *inabilitato*) : le juge, dans le jugement prononçant la mesure (la *inabilitazione*), ou même postérieurement, peut établir que certains actes dépassant l'administration

³ V. A. SPANGARO, *Art. 414*, in *Commentario al codice civile* dir. da E. GABRIELLI, *Della Famiglia*, Artt. 343-455, L. BALESTRA (cur.), Torino, Utet, 2009, p. 369 ss.

⁴ V. A. SPANGARO, *Art. 415*, in *Commentario al codice civile* dir. da E. GABRIELLI, *Della Famiglia*, Artt. 343-455, L. BALESTRA (cur.), Torino, Utet, 2009, p. 376 ss.

ordinaire peuvent être accomplis par le sujet sans l'assistance du curateur (voir également l'article 427 du *Codice civile*).

Pour le reste, la loi, avec un renvoi « en bloc », à vrai dire contestable, aux règles prévues dans d'autres domaines du droit des personnes, établit que les dispositions prévues pour la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits, tandis que les règles prévues pour la tutelle des mineurs émancipés (*minori emancipati*) s'appliquent à la curatelle des sujets soumis à la *inabilitazione* (art. 424 c.c.).

4. La mesure de la *amministrazione di sostegno*.

La mesure de la *amministrazione di sostegno* (littéralement « administration de soutien⁵ »), introduite par la loi n° 6 de 2004, poursuit des objectifs louables (même si, comme on va essayer de le montrer, de nombreux aspects de sa réglementation peuvent encore être améliorés⁶).

Dans une synthèse extrême, les critères et les objectifs qui sont poursuivis par la loi n° 6/2004, tout en respectant les principes de flexibilité⁷ et de proportionnalité, et qui ressortent tant dans les dispositions individuelles que dans le *ratio* qui régit l'ensemble de la loi, sont les suivants (et ils sont interdépendants) :

- ↪ l'intention de créer un nouvel instrument législatif pour la protection de l'adulte vulnérable qui soit, dans la mesure du possible, moins « invasif » pour le bénéficiaire que les instruments déjà prévus par le système juridique (*interdizione* et *inabilitazione*) ;
- ↪ si possible, tout doit être fait pour permettre au sujet de conserver sa capacité d'agir et, s'il est opportun d'intervenir avec une mesure de protection, le sujet doit être protégé en limitant le moins possible sa capacité d'agir ;

- ↪ à efficacité protectrice équivalente, il faut toujours choisir l'instrument le moins restrictif de la capacité du bénéficiaire : par exemple, au lieu de l'interdiction, précisément la *amministrazione di sostegno*⁸.

Les conditions requises pour ouvrir la *amministrazione di sostegno* sont énoncées à l'article 404 du *Codice civile*, qui prévoit que : « La personne qui, par suite d'une infirmité ou d'une déficience physique ou psychique, se trouve dans l'impossibilité, même partielle ou temporaire, de pourvoir seule à ses intérêts, peut être assistée par un administrateur de soutien, désigné par le juge des tutelles du lieu où elle a sa résidence ou son domicile⁹ ».

La formulation volontairement large des conditions requises permet d'embrasser de nombreuses hypothèses, des plus graves aux plus légères.

Il y a donc essentiellement deux présupposés liés entre eux :

⁸ La jurisprudence (v. Cass. 12 juin 2006 n° 13584 ; Cass. 29 novembre 2006 n° 25366 ; Cass. 22 avril 2009 n° 9628 ; Cass. 26 octobre 2011 n° 22332 ; Trib. Rieti 4 février 2020 n° 68 ; Trib. Messina 16 décembre 2022 n° 2162) précise constamment que, pour déterminer la mesure de protection applicable, il convient de tenir compte non pas tant d'un critère qualitatif (il n'y a pas lieu d'examiner le degré d'infirmité ou la gravité de la pathologie) que d'un critère fonctionnel (quel est l'instrument qui permet le mieux d'assurer, dans le cas concret, la protection de l'incapable). En fait, le bénéficiaire d'une administration de soutien peut être non seulement une personne souffrant d'une déficience physique ou d'une infirmité temporaire et partielle, mais aussi une personne souffrant d'une infirmité totale et permanente. Sur la relation entre l'*interdizione* et l'*amministrazione di sostegno*, voir notamment les notes de commentaires à est constant en précisant que, pour déterminer la mesure de protection applicable, il convient de tenir compte non pas tant d'un critère qualitatif (il n'y a pas lieu d'examiner le degré d'infirmité ou la gravité de la pathologie) que d'un critère fonctionnel (quel est l'instrument qui permet le mieux d'assurer, dans le cas concret, la protection de l'incapable). En fait, le bénéficiaire d'une administration de soutien peut être non seulement une personne souffrant d'une déficience physique ou d'une infirmité temporaire et partielle, mais aussi une personne souffrant d'une infirmité totale et permanente. Sur la relation entre l'interdiction et l'administration d'aliments, voir notamment les notes de commentaires, respectivement, à Cass. 12 juin 2006 n. 13584, de M. SESTA, *Amministrazione di sostegno e interdizione : quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 31 ss., et à Corte cost. 9 décembre 2005 n° 440 di L. BALESTRA, *Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Familia*, 2006, II, p. 361 ss.

⁹ « La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio ».

⁵ P. CENDON, *voce* « *Amministrazione di sostegno* », in *Enc. del dir.*, *Annali*, IV, Milano, Giuffrè, 2014, p. 25 ss., M. TESCARO, *voce* « *Amministrazione di sostegno* », in *Digesto. IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, Agg. I, Torino, Utet, 2007, p. 15 ss.

⁶ V. S. DELLE MONACHE, *Art. 404*, in *Commentario al codice civile dir.* par E. GABRIELLI, *Della Famiglia*, Artt. 343-455, a cura di L. BALESTRA, Torino, UTET, 2009, p. 169 ss.

⁷ G. LISSELLA, *Elasticità dell'amministrazione di sostegno : limiti*, in *Familia*, 2022, p. 625 ss. ; M. PARADISO, *L'amministrazione di sostegno (leggendo il quaderno di Familia)*, in *Familia*, 2005, p. 437ss.

- le premier présupposé est une infirmité ou une déficience physique ou psychique : il s'agit d'une formulation extrêmement large, susceptible d'englober les maladies mentales au sens strict, mais aussi des malaises psychiques de nature et d'intensité variables et même, du moins selon la teneur littérale de la règle, des déficiences exclusivement physiques (mais je reviendrai sur ce point dans un instant) ;
- une deuxième condition, mais consécutive à la première, est l'impossibilité, même partielle ou temporaire, de pourvoir à ses propres intérêts.

Mais la nouveauté la plus significative est l'inversion de perspective par rapport à la *interdizione* et à la *inabilitazione*.

Dans le cas de la *interdizione* et de la *inabilitazione*, la privation (*interdizione*) ou la limitation (*inabilitazione*) de la capacité du sujet est établie par la loi, et c'est toujours la loi qui identifie *ex ante* les conséquences juridiques de l'une ou l'autre mesure de protection.

En revanche, dans la *amministrazione di sostegno*, ce n'est pas le législateur qui prédétermine les conséquences juridiques, mais le juge, qui procède au cas par cas.

Le juge, dans le décret de désignation de l'administrateur, établira :

- les actes que l'administrateur peut accomplir à la place du bénéficiaire, à savoir en tant que représentant, agissant au nom et pour le compte du bénéficiaire ;
- les actes que le bénéficiaire ne peut accomplir qu'avec l'assistance de l'administrateur de soutien.

Pour tout ce qui n'est pas prévu par le juge, il y a la capacité d'agir, dite résiduelle, du bénéficiaire : ça veut dire que pour tous les actes qui ne nécessitent pas la représentation exclusive ou l'assistance nécessaire de l'administrateur de soutien, ainsi que pour les actes nécessaires pour répondre aux besoins de sa vie quotidienne, le bénéficiaire conserve sa (pleine) capacité d'agir (article 409 du *Codice civile*).

Par conséquent, dans l'administration du soutien, on suppose que le bénéficiaire est un sujet capable, sauf pour les actes pour lesquels le juge établit qu'ils doivent être accomplis avec l'assistance ou la représentation de l'administrateur.

On peut dire que, conformément aux principes de flexibilité et de proportionnalité susmentionnés, l'intention est de sauvegarder la capacité du bénéficiaire autant que possible, à l'exception de ce qui est strictement nécessaire pour lui assurer une protection adéquate.

D'une part, en effet, il s'agit d'un instrument extrêmement flexible : en reprenant une formule évocatrice souvent utilisée, on dit que l'administration de soutien (au moins dans les intentions du législateur) veut être « un vêtement fait sur mesure pour le bénéficiaire », puisque c'est le décret du juge qui, au cas par cas, délimite les frontières du pouvoir de l'administrateur et, par conséquent, la sphère d'autonomie du bénéficiaire (toujours, comme on l'a dit, avec l'intention de sauvegarder la capacité du bénéficiaire dans la mesure du possible).

D'autre part, la proportionnalité de la mesure est en cause : les mesures de la *interdizione* et de la *inabilitazione*, en effet, ont souvent été considérées comme trop afflictives pour le bénéficiaire, au point de mortifier sa personnalité et de le priver de manière excessive et parfois disproportionnée de son autonomie. Ainsi, le paramètre de la proportionnalité, déjà préconisé au niveau supranational par la *Recommandation N° R (99) du 4 février 1999, du Comité des Ministres du Conseil d'Europe aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables* (notamment à l'art. 6), exige ainsi que le bénéficiaire ne soit pas privé de plus de capacité qu'il n'est nécessaire pour garantir la protection de ses intérêts personnels et patrimoniaux, jusqu'à – comme je le dirai dans un instant – pouvoir décider de ne prononcer aucune mesure de protection si cela apparaît conforme à l'intérêt du bénéficiaire.

5. Quelques questions problématiques soulevées par l'administration de soutien.

Malgré la modernité de la mesure et sa conformité aux critères de flexibilité et de proportionnalité, les questions problématiques soulevées par l'administration de soutien sont nombreuses¹⁰.

¹⁰ Voir, par ex., le débat organisé en 2021 par la revue *Nuova giurisprudenza civile commentata*, avec les contributions par P. CENDON,

On ne peut s'attarder, pour l'instant, que sur trois d'entre elles¹¹ :

1. Comme on l'a déjà mentionné, la teneur littérale de l'article 404 du Code civil (la disposition identifiant les conditions requises pour l'administration de soutien) semblerait permettre la désignation d'un administrateur même lorsque les problèmes du bénéficiaire sont purement physiques. Mais, comme la doctrine l'a observé depuis longtemps, les cas concernant des problèmes de nature exclusivement physique peuvent très bien être traités par l'intéressé lui-même, grâce à d'autres instruments mis en place par le système juridique pour permettre à une personne de se faire remplacer par une autre dans l'accomplissement d'un ou de plusieurs actes juridiques, en particulier la procuration et le mandat (le système donc de représentation, directe ou indirecte). Il ne faut pas oublier, en effet, que l'administration de soutien s'inscrit dans le cadre des mesures de protection d'un adulte fragile et présuppose donc une telle situation de fragilité/vulnérabilité, de sorte que pour la personne affectée d'une déficience exclusivement physique l'administration de soutien, outre à être inadéquate (parce que la personne n'a pas vraiment besoin d'un véritable « soutien ») risquerait même, paradoxalement, de porter préjudice au sujet bénéficiaire, en comprimant son droit à l'autodétermination sans conditionnement externe. Sans compter que, comme l'observe la doctrine¹², cette solution finirait par permettre au sujet de renoncer à sa propre capacité. La règle doit donc, à notre avis également, être lue dans le sens que lorsque l'état du sujet, même s'il est de nature exclusivement physique, est susceptible d'affecter, même légèrement, sa capacité de décision (même sous la forme d'une difficulté d'orientation ou d'une

instabilité émotionnelle et psychologique importante, causée par exemple par un événement traumatisant), la mesure en question se justifie à nouveau, précisément en fonction de la justification protectrice qui anime cette mesure.

Et il faut dire qu'aussi la jurisprudence, en effet traditionnellement encline à suivre la direction opposée, basée sur le contenu littéral de la règle (voir pour tous Cass., 29 novembre 2006, n° 25366), montre aujourd'hui quelques ouvertures (bien qu'encore modestes) dans la direction que nous espérons : voir par exemple Cass, Ord. 31 décembre 2020, n° 29981¹³, où, au sujet de l'administration de soutien, on affirme, même si seulement de manière incidente, que « la procédure, même si elle n'exige pas que la personne soit en état d'incapacité réelle, présuppose la constatation d'un état actuel d'altération de la capacité qui la met dans l'impossibilité de pourvoir à ses propres intérêts ; et donc, à l'inverse, exclut que le soutien doive être fourni à ceux qui, par contre, sont en état de pleine capacité d'autodétermination, même s'ils sont en état d'altération physique¹⁴ ». Mais certains tribunaux s'expriment encore plus clairement dans la perspective indiquée ici : voir par exemple Trib. Vercelli, 16 octobre 2015, n° 4899¹⁵, où un recours pour la désignation d'un administrateur de soutien en faveur d'une personne très âgée a été rejeté, notant que « beaucoup plus avantageux, moins lourd et finalement plus protecteur serait que la bénéficiaire – évidemment, si elle y consent – confère une procuration notariée générale en faveur d'une personne de confiance (par exemple, la propre belle-fille de la requérante), au moins en ce qui concerne les

Personne fragili, diritti civili, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 167 ss. ; P. ZATTI, *L'intendance suivra?*, *ibidem*, II, p. 182 ss. ; U. ROMA, *Amministrazione di sostegno : criticità normative sostanziali e processuali*, *ibidem*, II, p. 694 ss. ; M. PICCINNI, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, *ibidem*, II, p. 691 ss.

¹¹ Pour un panorama général v. M. N. BUGETTI, *Verso... e oltre l'amministrazione di sostegno : una retrospettiva su un criticato istituto di successo*, in *Fam. dir.*, 2024, p. 309 ss.

¹² V. S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno : profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 39, qui observe de manière convaincante que « la décision du sujet physiquement handicapé mais parfaitement *compos sui*, d'accéder à la forme de protection représentée par la nouvelle institution aboutirait en pratique à une renonciation inadmissible à [une partie de] sa capacité » (« la decisione del soggetto menomato nel fisico, ma perfettamente *compos sui*, di accedere alla forma di tutela rappresentata dal nuovo istituto finirebbe in pratica con l'equivalere ad un'inammissibile rinuncia alla [o a parte della] propria capacità »).

¹³ Sur lequel voir G. LISELLA, *Presupposti dell'amministrazione di sostegno e autodeterminazione del potenziale beneficiario*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 481 ss. Voir aussi V. AMENDOLAGINE, *Il diritto all'autodeterminazione prevale sulla cura delle mere esigenze patrimoniali*, in *Giur. it.*, 2023, p. 544 ss.

¹⁴ « *La procedura, pur se non esige che la persona versi in uno stato di vera e propria incapacità d'intendere o di volere, presuppone comunque il riscontro di una condizione attuale di menomata capacità che la ponga nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi ; e quindi per converso esclude che il sostegno debba esser disposto nei confronti di chi si trovi, invece, nella piena capacità di determinarsi, anche se in condizioni di menomazione fisica* ».

¹⁵ In *Fam. e dir.*, 2016, p. 177 ss., avec une note de commentaire par G. BONILINI, *L'anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministratore di sostegno. In soccorso, può intervenire il mandato*. Voir aussi M. TESCARO, *Un (quasi integralmente) encomiabile esempio di interpretazione restrittiva della disciplina dell'amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 499 s.

tâches les plus importantes impliquant l'exécution d'activités d'administration extraordinaire de biens¹⁶ ».

2. J'ai également déjà mentionné que, dans le respect des principes qui régissent l'administration de soutien – en premier lieu le principe de proportionnalité – on pourrait même arriver à la solution selon laquelle, même en présence d'une personne vulnérable, il convient de ne donner lieu à aucune mesure de protection. Cet aspect a également été souligné par certains arrêts récents de la Cour de cassation qui, au moins dans leur essence, semblent acceptables précisément parce qu'ils respectent le *ratio* qui anime l'institution de l'administration du soutien. En effet, à plusieurs reprises¹⁷, il a été remarqué qu'il est possible de parvenir à la décision de ne pas adopter de mesure en faveur du sujet, lorsque sa protection est déjà assurée *de facto* spontanément par les membres de la famille ou par le système des mandataires (activé de manière autonome par la personne concernée), sous peine de violation des droits fondamentaux de la personne (y compris l'autodétermination et la dignité personnelle de la personne concernée)¹⁸: cette solution, comme je l'ai dit, semble être acceptable à condition, bien sûr, qu'elle soit dans l'intérêt supérieur du bénéficiaire ; en outre, elle est confirmée par les mesures de protection, déjà pleinement acceptées dans d'autres systèmes juridiques européens, qui se basent précisément sur le soutien *de facto* : on se réfère en particulier à la *Guarda de hecho* espagnole, telle que renouvelée par la récente *Ley n° 8 de 2021*¹⁹.

3. Dans le même ordre d'idées, le principe de proportionnalité a également été invoqué au cours de la mesure afin de souligner que la manière dont la protection du bénéficiaire de

la mesure est concrètement mise en œuvre à ce stade doit en tout état de cause être respectueuse du droit du bénéficiaire à l'autodétermination et à la dignité humaine, en tenant compte de son état mental et de sa capacité concrète de comprendre et de vouloir. La Cour européenne des droits de l'homme est également intervenue récemment sur cette question, dans son arrêt du 6 juin 2023, n° 46412/21, dans l'Affaire Calvi et C.G. c. Italie²⁰, a jugé que l'internement forcé du bénéficiaire dans une maison de retraite médicalisée (*Residenza Sanitaria Assistenziale*, RSA), décidé par l'administrateur de soutien et le juge des tutelles contre sa volonté, alors même que le bénéficiaire était reconnu capable de discernement (en l'espèce, la mesure de protection avait été ouverte, en effet, en raison de la prodigalité excessive de l'intéressé), constituait un abus de l'institution de l'administration de soutien constitutif d'une violation du droit au respect de la vie privée du bénéficiaire prévu par l'article 8 de la CEDH. La privation obligatoire ainsi imposée à l'intéressé se traduit, en fait, par l'institution différente du « *Trattamento Sanitario Obbligatorio* » (TSO), prévue par la *Legge 13 maggio 1978, n° 833*, qui, cependant, exige des conditions très strictes, y compris l'évaluation médicale préalable de l'état d'altération psychique du sujet, de manière à déterminer un danger pour lui-même ou pour autrui, pour lequel il est nécessaire de procéder à des interventions thérapeutiques urgentes, et avec des garanties procédurales précises visant à sauvegarder la dignité de l'intéressé²¹.

¹⁶ « Ben più proficuo, meno gravoso, ed in definitiva maggiormente tutelante sarebbe il conferimento da parte della beneficianda – ovviamente, ove da questa consentito – di una procura generale notarile in favore di persona di stretta fiducia (ad esempio, la stessa nuora ricorrente), quantomeno in riferimento agli incumbenti più importanti e coinvolgenti il compimento di attività di straordinaria amministrazione patrimoniale ».

¹⁷ Voir notamment Cass. 27 septembre 2017, n° 22602, in *Foro it.*, 2017, I, p. 3307 ss., Cass., 31 décembre 2020, n° 29981, in *Giur. it.*, 2021, p. 2335 ss., Cass. 11 juillet 2022, n° 21887, Cass. 17 janvier 2024, n° 1782.

¹⁸ Sur les derniers développements jurisprudentiels dans le domaine de la *amministrazione di sostegno* voir V. AMENDOLAGINE, *Evoluzioni giurisprudenziali sull'Amministrazione di Sostegno*, in *Giur. it.*, 2023, 1940 ss.

¹⁹ V. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Guarda de hecho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, in AA. VV., *Liber amicorum per Paolo Zatti*, Napoli, Jovene, 2023, p. 1056 ss.

²⁰ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Protezione della persona vulnerabile e limitazioni della capacità. Un caso di abuso dell'amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, p. 873 ss.

²¹ Voir G. SAVORANI, *Flessibilità dell'amministrazione di sostegno e limiti alla discrezionalità del giudice nel conformare il provvedimento di protezione*, in *Fam. e dir.*, 2024, p. 613.

La protection de la personne âgée dans le droit italien et les récentes définitions normatives de personne âgée adoptées par le décret législatif italien n° 29/2024

Sara SCOLA

Ricercatore Senior in Diritto Privato nell'Università di Verona

1. Introduction

Dans le cadre des mesures en faveur des adultes vulnérables, il est nécessaire de faire quelques brèves remarques sur les questions concernant les personnes âgées et sur les dispositions législatives qui ont été récemment adoptées en Italie dans ce domaine. La vieillesse et le vieillissement de la population sont, en fait, thèmes fortement ressentis en Italie, compte tenu du nombre toujours croissant de personnes âgées dans notre pays et de l'allongement progressif de l'espérance de vie par rapport au passé¹.

Tout d'abord, il convient de souligner que ce n'est certainement pas la première fois que le droit s'intéresse à ce phénomène et tente, même si ce n'est qu'à un niveau partiel et/ou sectoriel, de prendre en considération la personne âgée sur le plan juridique et de réglementer certains aspects liés à la vieillesse.

Pensons tout d'abord au nombre discret de références normatives, dispersées dans divers contextes et en partie remises à des sources supranationales. Rappelons, par exemple, l'article 25 de la Charte de Nice², selon lequel « l'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle », une disposition à rapprocher de l'article 21 de la même Charte, qui interdit toute forme de discrimination fondée sur l'âge. Ou encore les Principes des Nations unies relatifs aux personnes âgées, qui définissent les aspects fondamentaux que les États doivent s'engager à respecter pour atteindre certains objectifs³. Et bien d'autres textes peuvent être cités : parmi eux, sans prétendre à l'exhaustivité, on peut rappeler la « *Chicago Declaration on the Rights of Older Persons* » du 21 juillet 2014⁴, « La promotion des droits de l'homme des personnes âgées⁵ », ou la Convention interaméricaine sur la protection des droits fondamentaux des personnes âgées, adoptée en 2015⁶.

¹ Comme le montrent les données ISTAT 2023, mentionnées également dans les actes parlementaires relatifs au décret législatif n° 29/2024 (Dossier n° 229), la population âgée a augmenté de manière significative (au 1^{er} janvier 2023, on comptait 14 177 000 personnes âgées de plus de 65 ans, soit 24,1 %, c'est-à-dire près d'un quart de la population totale), de même que l'espérance de vie à la naissance, qui était de 80,5 ans pour les hommes et de 84,8 ans pour les femmes. Le thème du vieillissement de la population est également étudié depuis longtemps par notre groupe de recherche de Vérone : v. l'Ouvrage collectif, en 4 volumes, intitulé : *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali*, Napoli, 2022, et l'activité du groupe de recherche du même nom dans le cadre du projet du Département des sciences juridiques de l'Université de Vérone « Diritto, Cambiamenti e Tecnologia ».

² « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », proclamée à Nice le 7 décembre 2000, in J.O.U.E. 2016/C 202/02.

³ V. *United Nations Principles for Older Persons (General Assembly resolution 46/91 – 16.12.1991) : independence, participation, care, self-fulfilment, dignity*.

⁴ Le texte a été présenté lors de la cinquième session du Groupe de travail sur le vieillissement de la population des Nations Unies à New York (voir, à ce sujet, E. FALLETTI, *Osservatorio di diritto internazionale privato e comunitario*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 1133 s.).

⁵ V. la Recommandation CM/Rec[2014]2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoptée le 19 février 2014.

⁶ Pour approfondir v. F. SEATZU, *Sulla convenzione dell'organizzazione degli stati americani sui diritti delle persone anziane*, in *Anuario español de derecho internacional*, 2015, 31, p. 349 et s.

Mais si l'on se tourne vers le droit italien, il est important de noter que, même dans ce pays, les références législatives à l'ancienneté sont nombreuses. Il faut tout d'abord partir de la Constitution italienne qui, à l'article 38, comma 2, établit le droit des travailleurs à disposer de moyens adéquats pour leurs besoins vitaux, y compris en ce qui concerne la vieillesse⁷. En outre, l'article 2, comma 2, lettre f) de la loi n° 833 du 23 décembre 1978 fixe expressément la protection de la santé des personnes âgées parmi les objectifs du Service national de santé⁸. Pensons ensuite, plus largement, à toute la vaste législation du secteur, notamment dans le domaine du droit du travail et du droit public, qui a abordé le sujet⁹.

Il est intéressant de constater que même le Code civil italien ne manque pas de références à l'ancienneté. Toutefois, à quelques rares exceptions près¹⁰, la référence se fait pour ainsi dire de manière médiate, c'est-à-dire par le biais d'instituts qui, bien qu'abstraitement applicables à toute personne (quel que soit son âge), visent en fait à protéger avant tout la population la plus âgée, comme en témoigne souvent la pratique d'application. Un exemple en est donné par l'article 540 du Code civil italien concernant le droit d'habitation du conjoint après le décès de l'autre : compte tenu du fait que, statistiquement, le conjoint survivant est une personne âgée, il faut estimer que cette disposition vise indirectement à protéger la personne âgée, qui voit ainsi préservé son droit à ne pas être déracinée après une longue période de son milieu familial, ce qui peut s'avérer particulièrement difficile et douloureux pour une personne âgée. Un autre exemple est donné par l'article 1435 du Code civil italien sur la violence

comme vice de la volonté, dans la partie où il précise que l'âge doit également être pris en compte pour l'évaluation de la violence comme cause d'annulation du contrat : de cette façon, comme l'observe raisonnablement la doctrine, la règle protégerait implicitement la personne âgée en raison de la peur, plus large que celle d'une personne d'âge moyen, qui pourrait être suscitée en elle¹¹.

Sans parler, enfin, des nombreuses références que l'on peut tirer de la législation sur la protection des consommateurs qui prend plus d'une fois en considération les consommateurs vulnérables et, parmi ceux-ci – plus ou moins directement – précisément le consommateur âgé : pensons à l'art. 103 du code italien de la consommation relatif à la sécurité des produits qui, conformément à la directive de 2001¹², exige, aux fins de la notion de « *prodotto sicuro* » (produit sûr), de prendre en considération les catégories de consommateurs qui se trouvent dans une situation de risque lors de l'utilisation du produit, en particulier les mineurs et les personnes âgées¹³. Ou encore l'article 20 du code italien de la consommation qui, dans l'appréciation d'une pratique commerciale déloyale (telle que définie au comma 2), impose de tenir compte du groupe de consommateurs auquel elle s'adresse lorsque ce groupe est particulièrement vulnérable en raison de certains facteurs, parmi lesquels l'âge est mentionné¹⁴.

2. La nouvelle législation italienne en matière d'ancienneté

La condition personnelle d'ancienneté, bien que mentionnée, comme on l'a dit, dans de nombreux contextes, n'avait jamais eu – du moins jusqu'à présent – de reconnaissance juridique organique.

En même temps, le fait que la personne âgée n'ait pas été considérée comme une catégorie subjective autonome dotée d'une importance juridique n'est pas un aspect qu'il

⁷ Plus précisément, l'art. 38, comma 2, Cost. it. dispose que : « *I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria* ».

⁸ Plus précisément, la disposition prévoit que « *Il servizio sanitario nazionale nell'ambito delle sue competenze persegue : [...] f) la tutela della salute degli anziani, anche al fine di prevenire e di rimuovere le condizioni che possono concorrere alla loro emarginazione* ». Sur le thème v. P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in P. STANZIONE (cur.), *Anziani e tutele giuridiche*, a cura di, Napoli, 1991, p. 99 s.

⁹ Pour une vue d'ensemble, v. E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 302 et s. Sur ces sujets, v. également C. IRTI, *La rilevanza giuridica della persona anziana*, in AA. VV., *Liber amicorum per Paolo Zatti*, Napoli, 2023, p. 1216 et s. et J. LONG, *La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia agli anziani : dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 603 et s.

¹⁰ V., par exemple, l'art. 352 du Code civil it., qui prévoit qu'une personne âgée de plus de 65 ans peut refuser d'être tuteur.

¹¹ V. M. DOGLIOTTI, *I diritti dell'anziano*, in P. STANZIONE (cur.), *Anziani e tutele giuridiche*, cit., p. 54. V. aussi E. BACCIARDI, *op. cit.*, p. 299, et P. STANZIONE, *Anziani [assistenza agli]*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, p. 118.

¹² Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits.

¹³ V. art. 103, comma 1, lettre a, n° 4). V. C. IRTI, *op. cit.*, p. 1218 ss.

¹⁴ V. art. 20, comma 3, cod. cons. it.

faut nécessairement juger de manière négative. En effet, il a été souligné depuis longtemps que la création d'un système normatif dédié aux personnes âgées, au lieu de protéger et de sauvegarder ces sujets, risquerait paradoxalement de créer de véritables phénomènes de marginalisation sociale fondés sur l'âge. Il est en effet extrêmement difficile de ne pas dépasser la frontière qui sépare « le droit qui aide la personne âgée » du « droit qui risque de mortifier la personne âgée ». Sans compter qu'une telle solution risquerait de produire l'effet exactement inverse, c'est-à-dire de compromettre l'autonomie de la personne âgée, en accréditant l'idée qu'une sorte de présomption de capacité réduite devrait être appliquée à la personne âgée, et donc en créant un automatisme inacceptable entre la vieillesse et la nécessité de prononcer une mesure de protection. Ce n'est pas par hasard qu'a été évoqué par la doctrine le risque d'un « enfermement normatif » de la personne âgée¹⁵.

C'est également à la lumière de tous ces aspects que l'on peut comprendre, par conséquent, la résistance du législateur italien à intervenir dans ce domaine, compte tenu des équilibres délicats à préserver.

En même temps, la nécessité toujours plus grande de fournir des instruments efficaces pour protéger – et en même temps valoriser – la personne âgée dans notre société, a conduit le législateur italien à faire un premier pas important.

Une loi – la *legge delega* n° 33/2023¹⁶, approuvée en exécution des politiques du PNRR¹⁷, a délégué le gouvernement italien pour la rédaction des décrets d'application pour la protection des personnes âgées non autosuffisantes, indiquant, parmi de nombreux objectifs louables¹⁸, la volonté d'introduire dans notre système juridique une définition de « *persona anziana* » (personne âgée) et de « *popolazione anziana non autosufficiente*¹⁹ » (population âgée non autosuffisante).

Ainsi, le récent décret législatif n° 29/2024²⁰ a tenté de mettre en œuvre la loi n° 33/2023.

Il s'agit d'un texte législatif très vaste qui propose une série de règles programmatiques qui seront complétées par des décrets ministériels et des lignes directrices qui en préciseront les aspects d'application, de sorte qu'il est certainement encore prématuré, également pour cette raison, de dresser un bilan de l'application des mesures qui y sont envisagées.

En particulier, il n'est certainement pas facile d'élaborer une définition de la personne âgée, compte tenu de l'évolution continue des habitudes et des coutumes sociales ainsi que de l'allongement progressif de l'espérance de vie (même sur un plan purement quantitatif, il est donc très difficile d'identifier un âge au-delà duquel une personne peut être qualifiée comme âgée)²¹.

¹⁵ V. C. M. BIANCA, « Senectus ipsa morbus? », *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 244, qui parle du risque d'un « ingabbiamento normativo della persona nella categoria dell'anziano ». V. également P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 96, qui souligne qu'il faut éviter la « costruzione di una categoria dell'anziano e di una normativa esclusiva per l'anziano tout court, l'una e l'altra potrebbero costituire fonti di nuova emarginazione »; il s'agit plutôt « di individuare adeguate soluzioni per la protezione e per la promozione di persone in "situazioni di particolare debolezza" sino alla peculiare condizione di disabilità ». Dans ce sens, v. aussi M. DOGLIOTTI, *I diritti dell'anziano*, cit., p. 64, et ID., *I diritti dell'anziano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 719. Sur ce sujet, v. également L. ROSSI CARLEO, *Un diritto sovente negato : l'assistenza agli anziani non autosufficienti*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, I, p. 781, et EAD., *Il futuro degli anziani : le ragioni di una ricerca*, in EAD.-M.R. SAULLE-L. SINISCALCHI (cur.), *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Napoli, 1997, p. 10 et s., et, dans le même ouvrage, C. DI MARCO GENTILE, *La tutela dell'anziano in condizioni di disagio : molte fonti e pochi effetti*, p. 56. Plus généralement, sur le risque de catégoriser les vulnérabilités et de créer des groupes vulnérables sans aucune étude du cas concret, v. L. BUSATTA, C. CASONATO, S. PENASA, M. TOMASI, *Le "maschere" della vulnerabilità nella cura della persona*, in AA. VV., *Liber amicorum per Paolo Zatti*, cit., p. 663 et s.

¹⁶ Pour une illustration, v. T. ANDREANI, *L'assistenza continuativa e integrata alle persone anziane non autosufficienti : prime considerazioni d'insieme intorno alla legge delega 33 del 2023*, in *Corti supreme e salute*, 2024, p. 207 ss.

¹⁷ « Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ».

¹⁸ Parmi les objectifs on peut citer : la promotion de divers instruments pour favoriser l'inclusion des personnes âgées et éviter la marginalisation sociale, par ex. la promotion et la planification de formes solidaires d'aide à domicile et de co-hébergement pour les personnes âgées, y compris des formes intergénérationnelles (des jeunes avec les personnes âgées), telles que des maisons familiales-condominiums solidaires, etc. ou, encore, par le biais d'une prestation universelle graduée, ou par ex. en favorisant l'accès des personnes âgées aux nouvelles technologies et au monde numérique ; la prise en compte du droit des personnes âgées à prendre leurs propres décisions de manière indépendante, libre, informée et consciente en ce qui concerne les décisions relatives à leurs besoins, ainsi qu'à la continuité de la vie et des traitements à domicile ; la création du CIPA (Comité interministériel pour les politiques en faveur de la population âgée), chargé de promouvoir la coordination et la planification intégrée des politiques nationales en faveur des personnes âgées, en particulier des politiques relatives à la prise en charge des personnes fragiles et non autonomes.

¹⁹ V. art. 3, comma 1 et art. 4, comma 2, lettre a), loi n° 33/2023.

²⁰ « Decreto legislativo 15 marzo 2024, n. 29. Disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane, in attuazione della delega di cui agli articoli 3, 4 e 5 della legge 23 marzo 2023, n. 33 ».

²¹ V. *sub par.* 1 et surtout note 1.

3. Les définitions concernant l'ancienneté contenues dans le décret législatif n° 29/2024

Le décret législatif n° 29/2024 a voulu répondre aux exigences de la loi n° 33/2023 en établissant une série de définitions concernant l'ancienneté. Plus précisément, l'article 2, comma 1, lettr. a), b), c), établit que est « *persona anziana* » (personne âgée) celle qui a dépassé l'âge de 65 ans (lettr. a) ; est « *persona grande anziana* » (personne très âgée) celle qui a dépassé l'âge de 80 ans (lettr. b) ; et est « *persona anziana non autosufficiente* » (personne âgée non autosuffisante) une personne âgée qui, compte tenu également de son âge et de ses handicaps antérieurs, présente des limitations graves ou une perte d'autonomie dans les activités fondamentales de la vie quotidienne et dans le fonctionnement bio-psycho-social, évaluées sur la base de méthodologies standardisées, en tenant compte également d'une série d'aspects et de facteurs (lettr. c)²².

Commençons par les deux premières définitions, qui méritent d'être analysées ensemble.

Malgré les remarques qui viennent d'être faites – et en attendant évidemment de voir quels seront les scénarios futurs – nous devons constater que, contrairement aux apparences, les définitions de « *persona anziana* » et « *persona grande anziana* » élaborées ici ne semblent pas devoir être rejetées mais, en revanche, présentent un certain nombre d'aspects qui doivent être évalués favorablement.

²² Plus précisément, la définition de la personne âgée non autosuffisante (« *persona anziana non autosufficiente* ») est la suivante : « la persona anziana che, anche in considerazione dell'età anagrafica e delle disabilità pregresse, presenta gravi limitazioni o perdita dell'autonomia nelle attività fondamentali della vita quotidiana e del funzionamento bio-psico-sociale, valutate sulla base di metodologie standardizzate, tenendo anche conto delle indicazioni fornite dalla Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute – International Classification of Functioning Disability and Health (ICF) dell'Organizzazione mondiale della sanità, dei livelli di stratificazione del rischio sulla base dei bisogni socioassistenziali e delle condizioni di fragilità, di multimorbilità e di vulnerabilità sociale, le quali concorrono alla complessità dei bisogni della persona, anche considerando le specifiche condizioni sociali, familiari e ambientali, in coerenza con quanto previsto dal regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale (SSN), di cui al decreto del Ministro della salute 23 maggio 2022, n. 77, e dall'articolo 1, comma 163, della legge 30 dicembre 2021, n. 234 ».

Tout d'abord, de telles définitions, basées sur l'âge, sont tout à fait cohérentes avec le sens littéral du terme « âgée » – c'est-à-dire en âge avancé – et, surtout, elles sont très claires et faciles à mettre en œuvre. En d'autres termes, il s'agit d'un critère certain et d'application certaine, aspect qui serait par contre fortement compromis si la définition de la personne âgée contenait des paramètres plus spécifiques (relatifs, par exemple, aux conditions de vie ou à l'état de santé), laissés à d'éventuelles appréciations subjectives. En outre, une définition de la personne âgée qui évoque – même seulement implicitement – une vulnérabilité potentielle de la personne, serait absolument critiquable, précisément parce qu'elle pourrait ouvrir la voie à cet automatisme dangereux que nous avons déjà mentionné et qui doit évidemment être évité entre l'ancienneté et la présomption d'une autonomie réduite du sujet âgé. En effet, il convient de rappeler que la vieillesse ne signifie pas une diminution des capacités physiques, intellectuelles, relationnelles, etc. de la personne. On ne peut parler, à la limite, que d'une situation de vulnérabilité *potentielle/possible* du sujet, qui doit cependant être investiguée et vérifiée dans le cas concret.

Les définitions susmentionnées ont, en revanche, le mérite de permettre à la personne, uniquement en raison de son âge – et indépendamment d'autres facteurs – d'être le bénéficiaire immédiat d'une série de mesures favorables, sans que leur application ne soit remise en question ou abandonnée à des évaluations discrétionnaires. Il s'agit, par exemple, des dispositions visant le vieillissement dit actif, l'intégration sociale maximale, les rapports entre les personnes âgées et les autres générations, la promotion des activités motrices et sportives, l'amélioration des rapports avec les animaux, etc. : des mesures qui peuvent donc, du moins dans l'esprit de cette nouvelle législation, être appliquées rapidement et en toute sécurité en faveur de ceux qui répondent aux définitions susmentionnées, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une enquête plus approfondie.

En outre, le choix d'identifier un seuil, celui de 65 ans, qui, à première vue, peut sembler assez bas, est en fait une solution cohérente par rapport aux autres paramètres déjà existants en matière d'ancienneté²³, et en outre, il a été

²³ Le seuil de 65 ans est cohérent car il correspond à de nombreuses autres définitions élaborées (par exemple dans le domaine de la législation sur la protection sociale : v. à ce sujet C. IRTI, *La persona anziana tra famiglia e società. Problematiche di diritto civile*, Pisa, 2023, p. 12 s.). En effet, un seuil encore plus bas a parfois été adopté pour définir

manifestement fait dans le but de couvrir le plus large éventail possible de bénéficiaires, potentiellement dans la nécessité des mesures d'aide et de soutien décrites par cette législation ; par conséquent, même de ce dernier point de vue, il semble être partageable.

La deuxième définition, celle de « *persona grande anziana* » (personne très âgée), vise à donner la priorité à certaines personnes – les personnes de plus de 80 ans – par rapport à d'autres dans l'accès à certains services et mesures. De cette manière, le législateur entend opérer, au besoin, une *différenciation* entre les personnes âgées en fonction des exigences que l'on suppose plus importantes chez certains sujets (les personnes très âgées) que chez d'autres.

Nous avons donc deux définitions dotées d'une certitude et d'une stabilité intrinsèques mais qui, en même temps, se complètent l'une l'autre, puisqu'elles peuvent très bien être appliquées ensemble en raison des différenciations et des priorités susmentionnées. En outre, il ne s'agit pas de définitions rigides, mais plutôt capables de se modeler par rapport aux différentes hypothèses prises en considération par le D. Lgs. n° 29/2024 : ainsi, par exemple, lorsque le seuil d'âge de 70 ans est fixé au lieu de 65 ans²⁴.

La possibilité, soulignée à plusieurs reprises dans la littérature, qu'une définition basée uniquement sur l'âge puisse donner lieu à d'éventuels phénomènes de marginalisation sociale et à une catégorisation dangereuse de la personne âgée²⁵, ne semble pas actuellement constituer un risque concret et actuel.

Il faut tenir compte du fait que, comme l'indique d'ailleurs expressément l'article 2 du D. Lgs. 29/2024, les définitions en question sont énoncées « *ai fini del presente decreto* » (aux fins du présent décret). Autrement dit, elles n'ont pas l'ambition d'agir comme des définitions générales et globales

la personne âgée : pensons à la Convention interaméricaine sur la protection des droits fondamentaux des personnes âgées qui, dans son article 2, affirme que « personne âgée » est « toute personne âgée de 60 ans ou plus, sauf si le droit interne établit un âge de base différent, à condition qu'il ne dépasse pas 65 ans. Ce concept inclut, entre autres, celui d'adulte âgé ».

²⁴ V. art. 40, D. Lgs. n° 29/2024.

²⁵ V., par. ex., P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 102, qui souligne que : « la stessa definizione di anziano è problematica, perché esprimibile non unicamente in termini di età della vita, ma anche e soprattutto nella conservazione delle strutture e delle funzioni psico-fisiche, delle potenzialità fisiche ed intellettive ».

de la personne âgée, mais opèrent uniquement dans le contexte de la législation où elles sont insérées. Au contraire, il ne semble pas du tout incohérent d'imaginer dans le temps que d'autres définitions différentes de la personne âgée – fixant peut-être un autre seuil d'âge – puissent être élaborées dans le cadre de différentes dispositions législatives.

Plutôt, c'est peut-être le mot « âgée » lui-même qui, implicitement, pose problème.

Malheureusement, en effet, comme il ressort par exemple des prémisses de certains textes juridiques dédiés à la vieillesse, le terme « âgé » évoque souvent dans l'imaginaire collectif quelque chose de perçu comme négatif, une sorte d'étiquette pour laquelle on n'est plus considéré comme capable de faire – ou du moins de faire de la même manière – certaines activités que l'on faisait auparavant. Mais il est clair que le problème ne réside pas dans la définition de la personne âgée et dans la volonté d'adopter une définition de la personne âgée basée uniquement sur l'âge. Il est dans le tissu social et doit être combattu avec ténacité et surmonté par une approche différente de la question, qui valorise la personne âgée et son parcours de vie, social, culturel et professionnel, en l'élevant au rang d'individu qui n'est pas un fardeau pour la société mais qui peut offrir de nouvelles opportunités et de nouvelles ressources à la société elle-même et aux générations plus jeunes²⁶.

4. (Suite) : la définition de « *persona anziana non autosufficiente* »

Une dernière remarque doit être consacrée à la définition de la « *persona anziana non autosufficiente* » (personne âgée non autosuffisante), qui présente un certain nombre de particularités par rapport aux deux premières.

²⁶ Ces aspects sont également soulignés avec une attention particulière dans la Convention interaméricaine sur la protection des droits fondamentaux des personnes âgées : v. notamment le préambule, où il est aussi indiqué que : « il est nécessaire d'aborder les questions de la vieillesse et du vieillissement dans une perspective des droits de la personne qui reconnaît les précieuses contributions réelles et potentielles des personnes âgées au bien-être commun, à l'identité culturelle, à la diversité de leurs communautés, au développement humain, social et économique et à l'élimination de la pauvreté ».

C'est ici, en effet, que le concept de vulnérabilité apparaît dans toute sa plénitude : dans les deux premières définitions, comme nous l'avons dit, la vulnérabilité n'est que potentielle et possible et n'a pas besoin d'être investiguée ; ici, en revanche, elle devient certaine et effective et doit être vérifiée par le biais d'un examen du cas concret.

Il s'agit d'une définition au champ d'application très large, qui prend en considération différents facteurs, non seulement de nature strictement médicale, mais aussi inhérents aux conditions sociales, familiales et environnementales de la personne, tout en essayant d'ancrer l'évaluation à des "méthodologies standardisées" et à des paramètres aussi définis que possible.

Cette définition présente également l'avantage d'être potentiellement applicable à un grand nombre de personnes vulnérables, compte tenu des nombreux facteurs qui affectent l'autonomie de la personne, et d'être capable de se modéliser et de s'adapter aux différentes hypothèses pour lesquelles l'évaluation de l'état de la personne âgée est requise. Dans certains cas, par exemple, le législateur a inclus des critères supplémentaires à prendre en compte dans l'évaluation²⁷.

Nous avons donc une définition qui n'est pas enfermée dans des binaires rigides ou des catégories schématiques, mais qui oblige à regarder le cas concret et les besoins manifestés par la personne prise en considération, dans une ou plusieurs circonstances, dans un contexte social et familial, etc.

Cette solution, à y regarder de plus près, s'inscrit dans les choix déjà adoptés dans d'autres contextes.

On peut penser, en effet, à l'« amministrazione di sostegno » (littéralement "administration de soutien"). Le législateur italien a justement évité d'inclure l'ancienneté parmi les conditions requises pour donner lieu à cette mesure de protection, bien que cette possibilité ait été envisagée dans certains projets législatifs antérieurs à l'introduction de la normative²⁸. Ceci afin d'éviter l'automatisme dangereux souvent évoqué entre l'ancienneté et la présomption d'incapacité de gérer ses propres intérêts.

²⁷ V., par exemple, la référence au « *bisogno assistenziale gravissimo* », contenue dans les articles 34 et 35 du D. Lgs. n° 29/2024.

²⁸ V. sur le thème E. BACCIARDI, *Autonomia e fragilità degli anziani a vent'anni dalla legge 6/2004*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, p. 763 et s.

En même temps, la pratique et les données statistiques montrent que l'administration de soutien est très souvent appliquée précisément en faveur des personnes âgées. Toutefois, l'élément fondamental – comme nous l'ont montré au fil des ans les nombreuses décisions adoptées – est l'examen du cas concret qui révèle la nécessité de donner lieu à une administration de soutien. En l'absence d'un tel besoin, en effet, l'ouverture de cette mesure de protection peut être refusée, compte tenu également qu'il faut considérer le réseau familial et l'aide *de facto* que reçoit la personne, qui peuvent être capables de répondre aux besoins du sujet au lieu de nommer un administrateur de soutien²⁹.

Même dans le contexte qui nous occupe, l'identification de la personne âgée non autonome ne peut donc que passer par une enquête et une évaluation minutieuse du cas concret.

Cependant, si aux yeux du juriste une telle définition peut sembler acceptable, il existe un problème délicat du côté de l'application, qui a été vigoureusement mis en évidence par une certaine littérature dans le domaine médical. En particulier, une fragmentation excessive a été dénoncée sur le plan normatif, puisque le D. Lgs. n° 29/2024 renvoie à une série interminable de décrets ministériels et d'autres lignes directrices, qui rendent actuellement les procédures à suivre incertaines et complexes³⁰.

Cet aspect ne peut être ignoré, sous peine de considérer une telle définition apparemment parfaite dans sa formulation et dans les intentions qu'elle manifeste, mais en fait une formule vide dépourvue de toute utilité réelle. Par conséquent, s'il faut réfléchir dès à présent à d'éventuelles interventions législatives correctives dans la discipline naissante, il faudra probablement travailler non pas tant sur la définition, qui représente le cadre de référence et qui, comme on l'a dit, présente (au moins sur le plan général) plusieurs aspects positifs, mais plutôt sur les règles d'application et de procédure qui

²⁹ Comme le montre la jurisprudence : Cass. civ., it., 27 septembre 2017, n. 22602, Cass. civ. it., Ord. 31 décembre 2020, n. 29981 et Cass. civ. it., Ord. 11 juillet 2022, n. 21887 ; sur cet aspect, dans une confrontation avec le droit espagnol, v. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Guarda de becho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, en AA.VV., *Liber amicorum per Paolo Zatti*, cit., p. 1056 et s.).

³⁰ V. F. CEMBRANI-T. VECCHIATO-D. DE LEO-M. TRABUCCHI, *Le politiche a favore degli anziani non autosufficienti. Molti gli annunci, troppi i rinvii e davvero riservate a pochissime persone le nuove tutele*, in *Corti supreme e salute*, 2024, p. 544 et s.

régissent les mécanismes d'évaluation, de manière à rétablir un système efficace doté de mesures réellement effectives pour la protection des personnes âgées vulnérables.

SÉANCE 4
PLURALITÉ DES MESURES
OU MESURE UNIQUE

Lecture préparatoire proposée :

A. CARON-DÉGLISE (dir.), *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, 2018, Partie 3, p. 43-72

La protection juridique des majeurs vulnérables en droit belge

Nathalie DANDROY

Professeure à l'UCLouvain

I.- Le cadre légal belge

Le cadre légal actuel de la protection juridique des majeurs vulnérables est l'œuvre d'une loi du 17 mars 2013. Cette loi est explicitement inspirée de la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées de 2006¹ et des Recommandations du Conseil de l'Europe².

Précédemment, il existait quatre régimes d'incapacités :

- ↪ *L'interdiction judiciaire* en vertu de laquelle la personne se voyait privée de toute capacité juridique, au terme d'une procédure assez lourde ;
- ↪ *Le conseil judiciaire*, basé sur le mécanisme de l'assistance ;
- ↪ *La minorité prolongée*, régime apparu en 1973 à la faveur d'un lobbying de parents d'enfants en situation de handicap ;

- ↪ *L'administration provisoire des biens*, fruit d'une loi de 1991, qui comme son intitulé l'indiquait, ne concernait que les biens.

À la veille de l'adoption de l'actuelle loi de 2013, deux régimes étaient encore généralement appliqués : la minorité prolongée et l'administration provisoire des biens. Ces deux régimes étaient cependant chacun critiqués : l'administration provisoire parce qu'elle ne visait que les actes juridiques relatifs aux biens et la minorité prolongée parce que le maintien de la minorité véhiculait une idée paternaliste et conduisait à un régime qui ne laissait que très peu d'autonomie aux majeurs protégés.

En 2013, le législateur belge a clairement opté pour un régime unique de protection des majeurs vulnérables, basé sur celui de l'administration provisoire des biens. Il a aboli tous les autres, au motif qu'un régime d'incapacité devait avoir pour objectif d'offrir une protection adaptée en cas de déficience intellectuelle, peu importait la cause de cette déficience ou la situation familiale de la personne³.

L'approche était fonctionnelle : un régime unique, mais souple, pour offrir à chacun une protection sur mesure, selon ses compétences et ses besoins.

¹ Signée à New York le 13 décembre 2006 et ratifiée par la Belgique en 2009, <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>.

² Recommandation R (99) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables adoptée le 23 février 1999 ; Recommandation CM/Rec. (2009)11 du Comité des Ministres aux États Membres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité, adoptée par le Comité des Ministres le 9 décembre 2009.

³ G. WILLEMS, V. GHESQUIÈRE, M. HORLIN, Th. VAN HALTEREN, C. VANDERMEULEN, « Les balises internationales et leur réception en droit belge et à l'étranger », in *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 37.

La réforme visait à assurer le respect des principes de nécessité et de subsidiarité :

- ↪ un régime de protection uniquement s'il n'existait pas d'autre palliatif à l'incapacité de la personne
- ↪ et à la mesure des besoins (« à la carte »).

Par ces principes, ce sont l'autonomie et les choix de la personne qui devaient être privilégiés et encouragés.

Deux types de protection sont prévus : une protection extrajudiciaire sous la forme d'un « *mandat de protection extrajudiciaire* » et une protection judiciaire sous la forme d'une « *administration des biens et/ou de la personne* ». Les règles de fond sont logées dans le Code civil, qui, en vertu d'une recodification complète en cours de réalisation, se dédouble actuellement entre un « ancien Code civil », qui contient encore les règles relatives aux régimes de protection juridique des majeurs vulnérables⁴, et le « Code civil », vers lequel ces règles ont vocation à migrer à l'avenir. Les règles civiles sont complétées par des règles spécifiques relatives à la procédure, situées dans le Code judiciaire⁵.

II.- Les régimes de protection

A.- La protection extrajudiciaire

1.- Principes.

Le régime de protection extrajudiciaire proposé par la loi trouve son inspiration dans la recommandation du 9 décembre 2009 du Conseil de l'Europe⁶ qui invitait les États membres à permettre à toute personne d'anticiper une éventuelle situation de déficience intellectuelle au moyen d'un mandat dans lequel celle-ci pourrait exprimer ses choix en termes de décisions personnelles et de gestion patrimoniale⁷.

⁴ Art. 488/1 à 502, ancien Code civil.

⁵ Art. 1228 à 1251, Code judiciaire.

⁶ Recommandation CM/Rec. (2009)11 du Comité des Ministres, *op. cit.*

⁷ N. DANDOY et B. DEKEYSER, « Une nouvelle mission pour le notaire : la planification de l'incapacité », *Le nouveau régime belge de l'incapacité des majeurs : analyse et perspectives*, Bruges, La Chartre, 2014, p. 186 ; G. WILLEMS *et al.*, « Les balises internationales et leur réception en droit belge et à l'étranger », *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables. Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 41.

La loi du 17 mars 2013 traduit fidèlement cette recommandation du Conseil de l'Europe. Elle instaure en effet d'une part un instrument juridique – le mandat – par lequel une personne confie la gestion de ses biens à une autre et elle prévoit d'autre part que ce mandat pourra contenir des instructions précises quant à la manière dont le mandant souhaite que ses biens soient gérés ou que certaines décisions le concernant soient prises. Il ne s'agit donc pas uniquement d'une faculté de désigner son mandataire, mais également de préciser les obligations qui incomberont à ce dernier.

La protection extrajudiciaire constitue le mécanisme de choix par excellence : c'est la personne elle-même qui, lorsqu'elle en est encore capable, décide :

- ↪ qui pourra agir en son nom si elle ne devait plus être en mesure de le faire,
- ↪ comment et pour quels actes ce mandataire pourra agir en son nom.

Afin de garantir l'autonomie de la personne, la protection extrajudiciaire représente la protection prioritaire. Une protection judiciaire ne peut en effet être mise en place qu'à défaut d'existence d'une protection extrajudiciaire.

Toute personne douée de discernement, et qui n'a pas fait l'objet d'une mesure d'incapacité juridique, a la possibilité de conclure un mandat de protection extrajudiciaire (art. 490, anc. C. civ.).

2.- Conditions de fond et de forme du mandat de protection extrajudiciaire

Il s'agit d'un mandat semblable à celui de droit commun⁸, si ce n'est que :

- ↪ Il doit être expressément conclu en vue d'assurer une protection extrajudiciaire (art. 490, anc. C. civ.)⁹ ;
- ↪ Il doit être enregistré¹⁰ dans un registre informatisé organisé par la Fédération royale du notariat belge (art.

⁸ Le mandat de droit commun est régi par les articles 1984 à 2010 de l'ancien Code civil belge.

⁹ Généralement, cette intention est expresse. À défaut d'une telle mention, cette intention pourrait résulter des termes du mandat, ou à tout le moins de la demande de le faire enregistrer.

¹⁰ L'article 2003 de l'ancien Code civil permet cependant d'y déroger dans certains contrats limitativement décrits dans la loi, parmi les-

490, al. 1^{er}, anc. C. civ.), ce qui suppose la rédaction d'un écrit, qui peut être authentique¹¹ mais aussi sous signature privée¹².

À défaut de respecter ces deux conditions, le mandat demeurera un mandat de droit commun et s'éteindra par conséquent de plein droit au moment où le mandant se trouve dans un état de santé tel qu'il n'est plus en mesure d'assumer ses intérêts, et qu'il n'est dès lors plus apte à exercer un contrôle des actes posés en son nom par le mandataire¹³.

Par ailleurs, le mandataire doit répondre à quelques exigences, certes peu nombreuses...¹⁴. Ce mandataire ne peut être qu'une personne physique¹⁵, à l'exception d'une fondation privée « qui se consacre exclusivement à la per-

sonne protégée » ou d'une fondation d'utilité publique « qui dispose pour les personnes à protéger d'un comité statutaire chargé d'administrer les administrations¹⁶ ». Les autres personnes morales sont par conséquent exclues de la fonction de mandataire. Cependant, depuis la loi du 21 décembre 2018, l'article 2003 de l'ancien Code civil prévoit notamment¹⁷ qu'un mandat de gestion patrimoniale discrétionnaire – qui est souvent confié à une banque ou une société de placements, donc une personne morale – ne prend pas fin lorsque le mandant se trouve dans les situations décrites aux articles 488/1 et 488/2 de l'ancien Code civil, mais à condition que cette hypothèse ait été prévue dans le contrat de gestion¹⁸.

Le mandant peut désigner un seul mandataire mais il peut tout aussi bien en désigner plusieurs, agissant de manière conjointe, concurrente ou chacun dans un domaine particulier. Il peut également faire choix d'une personne de confiance, d'un mandataire ad hoc en cas de survenance de conflit d'intérêt, ou encore d'une personne tierce chargée de contrôler les comptes de la gestion¹⁹.

Le mandat est un contrat bilatéral, qui suppose donc le consentement des deux parties, le mandant d'une part, mais aussi le mandataire, d'autre part. L'article 1984 de l'ancien Code civil le prévoit expressément²⁰. Il n'est cependant pas requis que le mandataire compareisse à l'acte. En vertu du principe du consensualisme, auquel le mandat de protection extrajudiciaire ne déroge pas, cette acceptation par le

quels figurent les contrats de gestion discrétionnaire de patrimoines. L'enregistrement est réalisé soit par un notaire, soit par le greffe de la justice de paix. L'enregistrement a lieu de manière électronique via une plateforme gérée par la Fédération du notariat belge. Y sont mentionnées l'identité complète du mandant et le cas échéant celle du requérant s'il ne s'agit pas de la même personne (nom, prénoms, lieu et date de naissance, numéro national et lieu de domicile ou résidence). Si l'enregistrement est effectué par un greffier, celui-ci encodera aussi la date de son procès-verbal et le numéro de répertoire. S'il est réalisé par un notaire, ce seront la date de l'acte authentique et le numéro de répertoire du notaire qui seront indiqués. Tous deux doivent encore mentionner la date de la demande d'enregistrement. Le registre générera automatiquement la date de l'encodage du mandat.

¹¹ Un acte authentique sera nécessaire si le mandant souhaite donner au mandataire le pouvoir de conclure en son nom des actes solennels, telle une donation, ou des actes soumis à la transcription hypothécaire, comme la vente d'un immeuble.

¹² Dans la pratique, on constate que la grande majorité des mandats de protection extrajudiciaire prennent la forme notariée, ce qui permet d'assurer une date certaine (ce qui peut s'avérer utile pour apprécier la qualité du consentement du mandant au moment précis de la conclusion du mandat), la sécurité de la conservation du contrat, ou encore l'assurance de conserver l'intégrité du texte.

¹³ Art. 2003, alinéa 1^{er}, anc. C. civ.

¹⁴ Il existe quelques restrictions quant à la qualité de mandataire : art. 490/1, § 1^{er} qui renvoie à l'art. 496/6, anc. C. civ. Cet article dispose que le mandataire doit être une personne physique, qui doit non seulement être capable, c'est-à-dire un majeur dépourvu de mesure judiciaire d'incapacité, mais aussi apte à gérer ses propres biens puisqu'il ne peut pas non plus faire l'objet d'une protection extrajudiciaire. La loi ajoute notamment que « Sauf s'il s'agit d'un parent, du conjoint, du cohabitant légal, de la personne vivant maritalement avec elle, d'un membre de la famille proche ou d'une personne qui entretient des liens étroits avec elle, ne peuvent en outre pas être administrateurs de la personne protégée [ni mandataires] les dirigeants ou les membres du personnel de l'institution où elle réside ou ceux qui l'ont été dans les cinq ans qui précèdent ainsi que les fournisseurs de service à cette institution, sur la base d'une convention conclue par elle/des dirigeants et membres du personnel de l'institution où réside la personne protégée ».

¹⁵ Art. 496/6 anc. C. civ.

¹⁶ En pratique, à l'heure d'écrire ces lignes, nous n'avons pas connaissance de l'existence d'une fondation d'utilité publique qui offrirait ces services. Voyez sur cette question : N. DANDOY, « La désignation d'une fondation privée en qualité d'administrateur judiciaire des biens et de la personne », *Tapas de droit notarial 2023*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 141.

¹⁷ L'art. 2003, anc. C. civ. stipule aussi que ne cessent pas de plein droit lorsque le mandant se trouve dans la situation décrite aux art. 488/1 et 488/2, anc. C. civ., un mandat hypothécaire ou une société civile, ou d'autres situations qui pourraient être prévues par arrêté royal (sur cette question : T. WUYTS, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN, J.-P. BOGAERT, *Handboek bescherming wilsonbekwamen*, Diegem, Wolters Kluwer, 2020, n° 88).

¹⁸ T. WUYTS, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN, J.-P. BOGAERT, *Handboek bescherming wilsonbekwamen*, Diegem, Wolters Kluwer, 2020, n° 88.

¹⁹ N. DANDOY, F. DEREME et V. BERTOUILLE, « La conclusion du mandat de protection extrajudiciaire », in *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables. Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 85 et s.

²⁰ Voyez à ce sujet, et dans ce sens, l'avis du Conseil d'État, *Doc. Parl.*, Ch., n° 53-1009/003, p. 24.

mandataire peut être tacite. Elle pourrait même se déduire de l'exécution volontaire du mandat par le mandataire²¹.

3.- Entrée en vigueur du mandat de protection extrajudiciaire

Ce mandat spécifique n'entre en vigueur qu'à partir du moment où le mandant se trouve dans une situation de santé qui l'empêche de gérer ses biens et de prendre des décisions juridiques de nature personnelle, conformément à l'article 488/1 de l'ancien Code civil.

Dans la pratique, de nombreux mandants concluent un mandat qui revêt la double fonction de mandat de droit commun et de protection extrajudiciaire. De cette manière, le mandat entre immédiatement en vigueur, au titre d'abord de mandat de droit commun, puis, le cas échéant, au titre de mandat de protection extrajudiciaire.

Dans cette hypothèse, le mandataire ne doit pas justifier de l'état de santé du mandant pour agir au nom de celui-ci, puisque, quel que soit cet état de santé, il dispose de la qualité pour le représenter²².

4.- Effets du mandat de protection extrajudiciaire

Le mandat de protection extrajudiciaire n'entraîne pas l'incapacité du mandant. Celui-ci peut donc continuer à gérer ses biens s'il le souhaite et s'il est en mesure de le faire. S'il a tendance à poser des actes inconsidérés, il faudra demander une protection judiciaire (cf. *infra*).

La loi prévoit une possibilité de contrôle du mandat par le juge de paix (qu'on appelle la « sonnette d'alarme »), si la manière dont le mandataire exerce la mission est de nature à mettre en péril les intérêts du mandant²³. Afin de préserver le caractère privé du mandat extrajudiciaire, le législateur

belge a volontairement prévu que ce contrôle ne soit pas systématique. Le juge de paix peut certes agir d'office, mais généralement, il faudra qu'une personne tierce – qui pourrait être une personne de confiance, ou un co-mandataire – le saisisse. Par ailleurs, la loi n'exige aucune mesure de contrôle interne au mandat. Il appartient au mandant de prévoir de telles mesures, et le cas échéant de préciser la manière dont ce contrôle sera exercé et par qui. Ce qui est d'un côté perçu comme le gage d'une large autonomie et d'une grande souplesse est aussi dénoncé de l'autre côté comme un risque d'abus dans le chef du mandataire, qui à défaut de mesure quelconque de supervision, pourrait agir à sa guise²⁴.

Le mandat peut couvrir tant les actes juridiques relatifs aux biens qu'à la personne (l'extension aux actes juridiques personnels est le fruit d'une révision de la loi en 2018²⁵).

Les actes strictement personnels²⁶ en sont exclus. Cependant, pour ce qui concerne les droits du patient, le mandant peut expressément désigner son mandataire comme représentant pour l'exercice de ces droits²⁷.

Le mandat peut aussi être l'occasion d'exprimer les souhaits les plus divers (choix du lieu de vie, objets que la personne souhaite conserver, personnes qu'elle souhaite continuer à rencontrer, activités préférées, soins aux animaux de compagnie, etc...)²⁸.

Il devient plus populaire chaque année et rencontre un grand succès, surtout en Flandre, sans qu'on ne s'explique cette différence régionale²⁹.

²¹ Art. 1985, anc. C. civ. ; A. WYLLEMAN, « Deel 3. Buitengerechtelijke bescherming », in *Meerderjarige beschermde personen*, Bruges, La Chartre, 2014, n° 52.

²² F. DEREME et V. BERTOUILLE, « La mise en œuvre du mandat de protection extrajudiciaire », in *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables. Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 107 et s.

²³ Art. 490/2, § 2, anc. C. civ. ; J.-L. RENCHON, « Les sanctions », in *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables. Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 592 et s.

²⁴ F. DEREME, « Heurts et malheurs des mandats extrajudiciaires et autres mesures de prévoyance en cas d'incapacité », *R.P.P.* 2018, p. 243.

²⁵ Loi du 21 décembre 2018.

²⁶ Dont la liste précise figure à l'article 497/2, anc. C. civ.

²⁷ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

²⁸ N. BAUGNIET, « Les actes de représentation relatifs aux personnes dans le cadre des mandats extrajudiciaires », *R.P.P.*, 2020, p. 298 et s. ; F. TAINMONT *et al.*, « Le contenu du mandat extrajudiciaire et les pouvoirs du mandataire », in *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables. Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 163.

²⁹ Fédération du Notariat belge : <https://www.notaire.be/nouveautes/detail/plus-de-150-mandats-de-protection-extrajudiciaires-enregistres-chaque-jour-en-belgique>. F. DEREME, « Heurts et malheurs des mandats extrajudiciaires et autres mesures de prévoyance en cas d'incapacité », *R.P.P.* 2018/3, p. 229.

B.- La protection judiciaire

1.- Principes

En vertu du principe de subsidiarité³⁰, le juge de paix, compétent pour prendre une mesure de protection judiciaire, doit avant tout consulter le registre des mandats de protection extrajudiciaire afin de s'assurer que la protection ne pourrait pas adéquatement être assurée par ce biais.

En vertu de ce même principe, il doit aussi vérifier qu'une autre mesure ne peut pas être mise en œuvre, telle qu'une aide budgétaire par les services d'aide sociale, un accompagnement par un service agréé en matière de handicap ou de santé mentale, ou encore les règles des régimes matrimoniaux. Dans la pratique, cette vérification n'est cependant malheureusement pas systématique.

La mesure de protection judiciaire doit aussi respecter le principe de nécessité : un certificat médical doit attester que la personne n'est pas ou plus en mesure de prendre elle-même les décisions en matière de gestion de ses biens ou de sa personne³¹. La mesure de protection trouve en effet sa justification dans l'état de santé de la personne à protéger³², sauf s'il s'agit d'un état de prodigalité.

Enfin, ce principe implique aussi que la mesure de protection soit à la mesure des besoins de la personne. Le Code civil prévoit deux listes d'actes juridiques³³ que le juge de paix doit passer en revue et pour lesquels il doit nécessairement se prononcer. Pour chacun d'eux, il doit décider si la personne doit être déclarée incapable. À défaut d'incapacité explicite, la personne demeure capable. L'incapacité est donc nécessairement spéciale.

La réalité est malheureusement tout autre : muni d'un certificat médical souvent axé sur un diagnostic, et peu sur les conséquences de celui-ci, et après une rencontre plus ou moins brève avec la personne à protéger, le juge de paix se trouve généralement bien démuni pour évaluer les compétences de la personne à réaliser seule chacun des actes juridiques visés dans ces deux listes, lesquelles comptent respectivement 22 items (liste relative aux actes personnels – art. 492/1, § 1^{er}) et 21 (liste relative aux actes patrimoniaux - art. 492/1, § 2)³⁴.

Par précaution, il les « coche » généralement tous... L'objectif de sécurité concurrence de manière ardue celui de l'autonomie, bien souvent au détriment du second.

Le juge ne peut pas prononcer d'incapacité à exercer les droits de patient. Seul le médecin peut apprécier dans quelle mesure une personne peut ou non poser des choix éclairés en matière médicale. Si nécessaire, l'administrateur de la personne peut représenter celle-ci, à condition d'avoir été désignée à cette fin par le juge³⁵.

En cas d'incapacité juridique, la protection peut prendre la forme d'une assistance ou d'une représentation. La première, pourtant prioritaire³⁶, est jugée peu praticable et s'avère très rare.

2.- Choix de l'administrateur

La loi prévoit qu'un administrateur doit prioritairement être désigné parmi les membres de la famille ou de l'entourage de la personne à protéger. Lorsque ce sont les parents (père et mère et uniquement eux) qui sont désignés, des règles spécifiques existent³⁷ et ils peuvent bénéficier d'un régime plus léger de rapportage (en termes de contenu et de fréquence). Dans la pratique cependant, ils sont soumis aux mêmes obligations que n'importe quel autre administrateur judiciaire.

Toute personne peut désigner à l'avance celui ou celle qu'elle souhaiterait voir désigner comme administrateur ou

³⁰ L'article 492 de l'ancien Code civil dispose que le juge peut ordonner une : « ... mesure de protection judiciaire lorsque et dans la mesure où il en constate la nécessité et il constate l'insuffisance de la protection légale ou extrajudiciaire existante ». : Voyez sur cette notion : G. WILLEMS et alii, *op. cit.*, p. 18 ; F. DEGUEL et al., « La mise en œuvre d'une protection judiciaire », in *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables. Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 228.

³¹ Art. 1241, C. jud.

³² Art. 488/1, anc. C. civ. ; F. DEGUEL et al., *op. cit.*, p. 220 et s.

³³ Art. 492/1, anc. C. civ. Le paragraphe 1^{er} voise des actes de nature personnelle et le paragraphe second des actes de nature patrimoniale.

³⁴ G. WILLEMS et al., *op. cit.*, p. 42.

³⁵ Art. 492/1, § 1^{er}, alinéa 4, anc. C. civ.

³⁶ Art. 492/2, anc. C. civ.

³⁷ Ils peuvent exercer l'administration des biens et de la personne ensemble, de manière conjointe, comme en autorité parentale. En dehors des parents, il n'est pas possible de désigner plus d'un administrateur à la personne. Rapports : art. 500 et s. anc. C. civ.

comme personne de confiance, au moyen d'une déclaration de préférence qui fait l'objet d'un enregistrement dans un registre informatique spécifique³⁸. Ce choix doit être respecté par le juge si possible et s'il est adéquat³⁹.

Une fondation privée ou une fondation d'utilité publique peut également être désignée en qualité d'administrateur tant des biens que de la personne⁴⁰. C'est la seule possibilité de pouvoir désigner une personne morale à cette fonction.

Dans la pratique, les juges préfèrent souvent désigner un administrateur professionnel, au motif que ceux-ci gèrent les administrations de manière plus rigoureuse, ce qui rend le contrôle judiciaire plus aisé⁴¹.

La loi permet de désigner une seule personne investie des missions d'administration des biens et de la personne. Il est aussi possible de désigner deux personnes différentes à ces fonctions, par exemple un administrateur familial pour les actes personnels et un administrateur professionnel pour la gestion des biens. Si le patrimoine de la personne le nécessite, le juge peut désigner plusieurs administrateurs pour la gestion des biens. En revanche, il ne pourrait désigner qu'un seul administrateur pour la personne⁴².

3.- Fonctionnement de l'administration judiciaire

L'administrateur judiciaire, investi généralement d'une mission de représentation de la personne protégée, prend l'initiative d'agir au nom de celle-ci, dans tous les domaines pour lesquels elle a été déclarée incapable.

Une autorisation préalable du juge de paix est néanmoins requise pour certains actes importants (actes de disposition notamment, mais aussi le changement de la résidence par exemple)⁴³.

Pour certains actes qui ne sont susceptibles d'aucune représentation⁴⁴, la personne incapable qui le souhaiterait et qui disposerait des facultés suffisantes pour les poser elle-même, peut en demander l'autorisation au juge de paix, en vertu de dispositions légales spécifiques. C'est le cas pour un mariage⁴⁵, la conclusion d'une convention matrimoniale⁴⁶, une déclaration de cohabitation légale⁴⁷, une reconnaissance d'un enfant⁴⁸, ou encore la rédaction d'un testament⁴⁹. Le juge procède dans ce cas à un examen de l'aptitude de la personne à consentir librement et en toute conscience à l'acte juridique projeté. Le cas échéant, il lève l'incapacité relative à cet acte précis et donne son autorisation.

L'administrateur judiciaire doit rendre chaque année un rapport au juge⁵⁰. Ce rapport annuel vise tant la gestion patrimoniale que la manière dont l'administrateur a veillé à l'évolution de la situation personnelle du majeur vulnérable. Ces rapports donnent au juge l'occasion de réaliser un contrôle du déroulement de l'administration. Il peut également être saisi par la personne protégée elle-même, de sa personne de confiance ou par toute personne intéressée, en cas de difficulté au niveau du fonctionnement de l'administration, ou en cas de conflit avec l'administrateur, voire entre différents administrateurs.

La loi de 2013 a renforcé le rôle de la personne de confiance⁵¹, qui a pour mission d'une part de « porter la voix » de la personne protégée et d'autre part de contrôler la gestion par l'administrateur. La personne de confiance est nécessairement une personne proche du majeur vulnérable.

Contrairement au mandat de protection extrajudiciaire, qui ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité, la décision judiciaire d'incapacité est publiée au Moniteur belge aux fins d'information des tiers (banques, administrations,

³⁸ Ce registre est organisé par la Fédération du notariat mais il s'agit d'un registre distinct de celui qui recense les mandats de protection extrajudiciaire.

³⁹ Art. 496 anc. C. civ.

⁴⁰ Art. 496/3, al. 2 anc. C. civ. Voyez aussi *supra*, note 16.

⁴¹ G. WILLEMS *et al.*, *op. cit.*, p. 44.

⁴² Art. 496/4, anc. C. civ.

⁴³ Art. 499/7, anc. C. civ.

⁴⁴ Pour ce qui concerne la filiation, de la personne protégée elle-même ou de son enfant, d'autres règles existent, qui visent généralement à omettre le consentement lorsqu'il ne peut pas être exprimé ou à recueillir l'avis de la personne par le juge lorsque c'est possible.

⁴⁵ Art. 145/1, anc. C. civ.

⁴⁶ Art. 2.3-5, C. civ.

⁴⁷ Art. 1475, § 2, alinéa 3, anc. C. civ.

⁴⁸ Art. 328, § 2, anc. C. civ.

⁴⁹ Art. 4.139, C. civ.

⁵⁰ Art. 499/14, anc. C. civ. Pour l'administration de la personne, « le juge détermine le moment où ou les circonstances dans lesquelles et les modalités selon lesquelles l'administrateur de la personne fait rapport ».

⁵¹ Art. 501 et s.

etc...) et est communiquée aux communes, afin d'en porter mention au Registre de la population (registre informatisé qui est accessible aux greffes des tribunaux, aux avocats, aux notaires, aux huissiers, etc...⁵²).

III.- Que penser du régime belge d'incapacité fondé sur une mesure unique ?

Outre le mandat de protection extrajudiciaire, qui ne porte pas atteinte à la capacité du juridique de la personne qu'il entend protéger, le régime belge de l'incapacité des majeurs se fonde sur une mesure unique, celle d'une administration judiciaire pouvant porter sur les actes juridiques tant patrimoniaux que personnels.

En 2013, le législateur belge a balayé tous les anciens régimes d'incapacité, pour n'en conserver qu'un seul, au motif que la souplesse de ce nouveau régime permettrait de rencontrer les besoins les plus diversifiés, importants comme légers, patrimoniaux comme personnels. Le régime est en effet conçu pour être adapté « sur mesure ». Ce « sur mesure » vise tant l'étendue de l'incapacité – patrimoniale et/ou personnelle et spécialité de l'incapacité -, que la manière de mettre celle-ci en œuvre – assistance *versus* représentation -, et enfin que la disponibilité de l'entourage de la personne – administrateur familial et/ou professionnel. Cette malléabilité du régime de protection des majeurs vulnérables devait permettre de rassembler les avantages des mécanismes antérieurs : une certaine souplesse de l'ancienne administration provisoire, une certaine confiance dans les parents issue du régime de la minorité prolongée, ou encore la sécurité, si nécessaire, de l'interdiction judiciaire ou de la minorité prolongée. Le nouveau droit de l'administration judiciaire ouvrait la possibilité de combiner confiance, sécurité et autonomie.

L'autonomie des personnes majeures vulnérables a servi de boussole à la réforme de 2013, et c'est heureux. Il était temps de quitter une posture paternaliste qui partait du principe qu'il valait mieux faire « à la place » de la personne fragilisée.

En théorie, la loi belge paraît particulièrement respectueuse des droits fondamentaux de la personne, puisqu'elle valorise

ses aptitudes par le maintien de la capacité chaque fois que c'est possible et qu'elle conçoit la protection comme un accompagnement.

La réalité est malheureusement restée en deçà des espérances. La standardisation qui existait antérieurement est demeurée, faute de moyens adéquats au niveau des justices de paix pour évaluer réellement les compétences de la personne. Dans le doute, et afin de ne prendre aucun risque, la protection – maximale – l'emporte trop souvent sur l'objectif d'autonomie. Il en résulte une incapacité qui englobe tous les actes juridiques et une protection qui prend la forme presque systématique d'une représentation.

Par ailleurs, les formalités administratives qui découlent de l'administration judiciaire, et qui sont à charge des administrateurs tant familiaux que professionnels, sont jugées fort lourdes et chronophages. Le système informatique qu'il faut utiliser notamment pour déposer les requêtes et les rapports, est peu convivial et intuitif, ce qui contribue à décourager un certain nombre d'administrateurs familiaux.

Enfin, la protection judiciaire repose sur un mécanisme binaire entre capacité et incapacité. Seule l'incapacité permet la mise en place de la protection. Lorsqu'une personne vulnérable éprouve des difficultés à poser seule un acte juridique, ou se trouve dans l'impossibilité de le poser, et que son état de santé ne lui permet pas ou plus de désigner un mandataire, il sera nécessaire de prononcer son incapacité pour donner compétence à un administrateur judiciaire de réaliser cet acte à sa place ou de l'y assister. Pourtant, le mandat de protection extrajudiciaire est pensé comme une protection juridique sans déclaration d'incapacité, et dans la plupart des situations, le maintien de la capacité ne pose pas de difficultés.

L'ouvrage mérite un retour sur le métier. Non pas pour remettre en cause sa philosophie ou ses principes – sauf sans doute celui du prononcé de l'incapacité -, mais afin de consolider sa mise en œuvre. La protection juridique des majeurs vulnérables ne se satisfait pas d'une décision prise par un juge, même investi de la meilleure volonté. L'ensemble des acteurs plaide pour l'adjonction de services sociaux spécifiques et dédiés, capables d'une part de proposer à chaque personne vulnérable une protection à la mesure de ses besoins, sans passer nécessairement par une protection

⁵² Art. 1250 et 1251, C. jud.

d'ordre juridique, et d'autre part d'assister le juge de paix au niveau de l'évaluation des compétences de chaque personne à protéger. Il s'agit en somme de donner à la loi actuelle les moyens de ses généreuses ambitions.

La sauvegarde des droits, par assistance ou par représentation

(Pour la rationalisation du nombre de mesures de protection juridique)

Gilles RAOUL-CORMEIL

Professeur à l'Université de Caen Normandie,
Directeur du master Droit civil, protection des personnes vulnérables,
Membre de l'Institut Caennais de Recherche Juridique (ICREJ)

1. Origines et contexte de la proposition de substituer une « sauvegarde des droits ». – La curatelle et la tutelle sont des termes usés jusqu'à la corde¹. Sans être populaires, ces termes sont connus du grand public mais ils ne traduisent plus l'esprit de la législation relative à la protection des majeurs les plus vulnérables. Naguère, le doyen Carbonnier avait averti du besoin d'employer des termes courtois, doux et apaisants² ; aussi, la loi du 3 janvier 1968 a-t-elle introduit

le « majeur en curatelle³ » et « le majeur en tutelle⁴ », une terminologie respectueuse⁵ que la loi du 5 mars 2007 s'est efforcée de conserver⁶ au point d'éviter le terme de majeur incapable⁷. Pourtant, beaucoup de professionnels continuent

* *Note de l'auteur.* La présente étude reprend la communication prononcée le vendredi 5 avril 2024, pour le quatrième séminaire, intitulé « Pluralité des mesures ou mesure unique », du cycle *Penser le droit des majeurs vulnérables* (2023-2024), sous la direction scientifique des Professeurs Emmanuel Jeuland, Florence Bellivier, Xavier Lagarde, Christophe Vernières et Sophie Prétot, sous l'égide de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (IRJS). Que les organisateurs de ce séminaire, spécialement Sophie Prétot, trouvent ici l'expression chaleureuse de la gratitude de l'auteur.

¹ Appliquée à un tissu, un vêtement, cette expression signifie au sens propre que l'étoffe râpée dévoile un tissage éclairci. Appliquée à un argument, l'expression signifie au sens figuré qu'il est rebattu.

² J. CARBONNIER, « Les incapables majeurs », *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 63 à 78, spéc. p. 73 : « sauvegarde, tutelle, curatelle – quelques précautions qu'on ait eue d'employer des mots courtois et apaisants, n'est-ce pas un statut du malade mental qui est évoqué, donc une mise à part des autres, une ségrégation par le droit ? ». Extrait également présent in *Droit civil*, t. 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. *Quadrige Manuels*, éd. 2004, n° 323, p. 630. Ainsi, non seulement la tutelle et la curatelle remplaçaient l'interdiction et le conseil judiciaire mais les nouvelles mesures introduites par la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 étaient subordonnées à la constatation médicale d'une altération des facultés personnelles (C. civ., art. 490). Il n'était donc plus besoin de démontrer devant le juge un « état habituel d'imbecillité, de démence ou de fureur » (C. Nap., art. 489), cependant que la prodigalité, l'oisiveté et l'intempérance permettaient l'ouverture

d'une curatelle ou d'une tutelle, sans certificat médical (C. civ., art. 488, al. 3, issu de la *Loi n° 2005-308 du 3 janv. 1968*).

³ V. not. l'intitulé du « Chapitre III : des majeurs en tutelle », du titre XI, du livre premier du Code civil, résultant de la Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968. *Adde*, C. civ., art. 1399, al. 1^{er} (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) : « Le majeur en tutelle ou en curatelle ne peut passer de conventions matrimoniales sans être assisté, dans le contrat, de ceux qui doivent consentir à son mariage ». L'assistance est requise pour la validité de l'acte.

⁴ V. not. l'intitulé du « Chapitre IV : des majeurs en curatelle », du titre XI, du livre premier du Code civil, résultant de la Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968. *Adde*, C. civ., art. 510, al. 1^{er} (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) : « Le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui [...] requerrait une autorisation du conseil de famille ». L'assistance est requise pour la validité de l'acte.

⁵ F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, Dalloz, coll. *Précis*, 8^e éd., 2012, n° 603, texte et note 7, p. 637 : « Le “sous” évoque la soumission, quand le “en” évoque le lieu, l'état ».

⁶ V. par ex. : C. civ., art. 467, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille ». L'assistance est requise pour la validité de l'acte (C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 2^o). *Adde*, C. civ., art. 476, al. 1^{er} : « La personne en tutelle peut, avec l'autorisation du juge [...], être assistée ou au besoin représentée par le tuteur pour faire des donations ». L'assistance ou la représentation, ainsi que l'autorisation, sont requises pour la validité de l'acte (C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 2^o à 4^o).

⁷ V. spéc. : J. HAUSER, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. famille, mai 2007*, étude n° 14, p. 5 à 7 ; Th. FOSSIER, « La réforme de la protection des majeurs, Guide de lecture de loi du 5 mars 2007 », *JCP G.*, 2007, I, 118 ; A.-M. LEROYER, « Chronique de législation française », *RTD civ.* 2007, p. 394 à 407. Sur ce constat, à propos de la subsidiarité, v. notre recherche : « Le conjoint de la personne

de dire sans sourciller qu'un homme ou une femme a été placée « sous tutelle » ou « sous curatelle ». La dissonance n'est pas neutre ; la distorsion entre le verbe juridique et le vocabulaire usuel annonce la présence du spectre de la contrainte que la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs avait justement repoussé et tenu éloigné en disposant que la mesure de protection juridique « est instaurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne⁸ », qu'elle « favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci⁹ ». De ce point de vue, les mesures de protection juridique des majeurs sont étrangères et heureusement indépendantes des dispositifs de la procédure pénale ou des soins psychiatriques sans consentement. Gouvernées par le Code civil, elles ne changent pas de nature lorsqu'elles entrent dans le Code de la santé publique, le Code électoral, le Code de procédure pénale ou le Code pénitentiaire¹⁰ qui montrent toutefois moins de bienveillance à l'égard des majeurs protégés.

2. Signification de la sauvegarde des droits. –

Conscients de l'ambivalence attachée aux mesures de protection juridique¹¹ et des représentations qu'elles véhiculent dans la société, conscients aussi des attentes parfois illusoire que

placent des responsables publics ou privés dans les mandataires judiciaires à la protection des majeurs (Services communaux et élus de la République, bailleurs sociaux), les membres du groupe de travail interministériel et interprofessionnel sur l'évolution de la protection juridique des personnes travaillant sous la présidence de Mme Anne Caron-Déglise¹², ont pris acte des différents reproches avancés par le Défenseur des droits¹³, la Cour des comptes¹⁴ ainsi que le comité des droits des personnes handicapées¹⁵ pour l'application de l'article 12 de la Convention onusienne du 30 mars 2007. C'est dans ce contexte que le rapport préconise l'abandon des termes « tutelle » et « juge des tutelles » en raison des effets stigmatisants qu'ils produisent¹⁶. En revanche, l'appellation de sauvegarde de justice, pourtant issue – avec la curatelle et la tutelle – de la même législation Carbonnier, n'a pas la même connotation négative. Sous le terme de « sauvegarde des droits¹⁷ », elle pourrait devenir une mesure unique de protection, bâtie sur le modèle de la curatelle simple, et qui se déclinerait, en cas de besoin, vers l'assistance renforcée ou la représentation. La réforme est peut-être plus formelle que réelle, tant les cadres actuels de la curatelle et de la tutelle, d'une part, de l'habilitation familiale par assistance ou par représentation, d'autre part, et du mandat de protection future, par ailleurs, demeurent « indispensables dans un

vulnérable (L'articulation du système matrimonial et du système tutélaire) », *Defrénois* 2008, art. 38791, p. 1303 à 1319.

⁸ C. civ., art. 415, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

⁹ C. civ., art. 415, al. 3 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁰ V. en dernier lieu : A. CERF-HOLLENDER et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Le majeur protégé face à la justice pénale*, IFJD, 2023, coll. Colloque & Essai, t. 180.

¹¹ Persistante, l'ambivalence est ancienne : G. MAY (1848-1940), *Éléments de droit romain*, Sirey, 11^e éd., 1913, n° 58 : « Parmi les personnes sui generis, il en est que la faiblesse du développement intellectuel, conséquence du jeune âge, du sexe ou de certains troubles cérébraux, rend incapables de gérer leurs biens. Ces personnes ont une intelligence et une volonté, mais pas assez fortes pour se rendre compte des conséquences que leurs actes peuvent avoir sur leur patrimoine. Aussi, les soumet-on à une sorte de pouvoir qui n'est point une puissance véritable mais qui en tient lieu. C'est suivant les cas, la tutelle ou la curatelle, tutela vel curatio. De là, une dernière division des personnes. Dans le droit romain primitif, la tutelle et la curatelle ne sont que des mesures de défiance prises dans l'intérêt de la famille civile. On craint que par impéritie certaines personnes ne compromettent le patrimoine qu'elles ont recueilli dans la succession paternelle, et qu'ainsi qu'elles ne portent atteinte aux droits éventuels de la famille civile appelée à leur succéder. Plus tard, cette considération étroitement intéressée fit place à une idée plus humaine : la protection due par la société aux incapables. La conception nouvelle se combinant avec l'ancienne, transforma le caractère de la tutelle et de la curatelle. Cette transformation se traduisit par [...] l'introduction de certaines garanties protectrices auxquelles le droit ancien n'avait pas songé ». Si l'on soustrait le mot « sexe » qui désignait l'ancienne incapacité de la femme mariée, l'analyse est modérée, lumineuse et, contre toute attente, moderne.

¹² Sur la composition du groupe de travail, V. A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, *Rapp. de mission interministérielle* : 21 sept. 2018, vol. 2, annexe 1, p. 2.

¹³ Défenseur des droits, *Rapport : Protection juridique des majeurs vulnérables*, Sept. 2016. Adde, I. MARIA, « L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de protection juridique », *Dr. famille* 2016, comm. 238.

¹⁴ Cour des comptes, *Rapport : La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, 4 oct. 2016. Adde, I. MARIA, « Nouveau bilan d'application de la réforme de la protection juridique des majeurs », *Dr. famille* 2016, comm. 264 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Les rapports de la Cour des comptes et du Défenseur des droits en matière de protection juridique des majeurs », *Petites aff.*, n° 227 du 14 nov. 2017, p. 7 à 19.

¹⁵ CRDP/C/11/4, observation générale sur l'art. 12 de la Convention, relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, Comité des droits des personnes handicapées, 11^e session, 30 mars – 11 avril 2014, point 10 de l'ordre du jour [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_fr.doc]. Adde, C. DEVANDAS-AGUILAR, *Rapp. sur les droits des personnes handicapées, Conseil des droits de l'homme*, Session du 25 févr.-22 mars 2019 : ONU, A/HCR/40/54/Add.1.

¹⁶ A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, *Rapp. de mission interministérielle* : 21 sept. 2018, vol. 1, p. 68.

¹⁷ En ce sens, A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, préc., p. 68.

certain nombre de situations¹⁸ ». Pour le reste, le rapport s'efforce d'aller plus loin et, sur le modèle du mandat de protection future, d'organiser la protection juridique des sujets les plus vulnérables sans diminuer le principe de leur pleine capacité juridique¹⁹.

3. La réception critique de la sauvegarde des droits.

– Structuré en 104 propositions, le rapport sur *L'évolution de la protection juridique des majeurs* a suscité des réactions contrastées. Prise à la lettre, comme une mesure exclusive, non graduée et non incapacitante, la mesure unique de protection a suscité des réprobations franches et absolues²⁰. On a reproché à ce rapport d'entériner les conclusions des défenseurs des droits fondamentaux²¹ sans avoir conscience des difficultés pratiques rencontrées par les professionnels (banques, assureurs, bailleurs sociaux, contractants en général). D'autres plumes ont développé une critique plus constructive en mettant en évidence les atouts de cette proposition mais aussi les faiblesses qu'il faudra éviter²². C'est dans cet

esprit que cette étude a été menée. Éprouvée par une analyse contradictoire, « la sauvegarde des droits » peut, sous réserve d'une adaptation, en sortir refondée (I.). Sous ce nom unique, la loi déclinerait une mesure graduée, où l'assistance d'un tiers-protecteur laisserait place à sa représentation, pour aider la personne à préserver ses intérêts tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. La technique des incapacités d'exercice de protection pourrait être limitée aux actes les plus graves dans le domaine de la protection de la personne car la responsabilité du tiers-protecteur est une sanction suffisante ; en revanche, la sécurité juridique des contrats justifie de maintenir l'incapacité d'exercice (sanctionnée par la nullité) dans le domaine de la protection des biens. Par ailleurs, la mesure pourrait s'anticiper sous une forme contractuelle ou être prononcée *in extremis* par un juge de la protection juridique des majeurs à la suite d'une requête, accompagnée par un certificat circonstancié médical, dans un contexte de cohésion ou de discordance familiale. Tel est le petit bouquet rationalisé de mesures que peut réunir sur son nom de sauvegarde des droits une nouvelle triade de mesure de protection : par assistance, par assistance renforcée ou par représentation, la sauvegarde des droits serait contractuelle ou judiciaire (II.).

I.- La refondation de la sauvegarde des droits

4. **Refonte, réforme, réécriture : une suite de changements.** – Le fondement de la mesure de protection juridique a évolué avec les époques. Un Romaniste et un Exégète ont montré que l'esprit de défiance – à l'égard de la folie et de la faiblesse – a laissé place à « une idée plus humaine²³ » de « protection²⁴ », traversant les siècles après des périodes

¹⁸ En ce sens, A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, préc., p. 68.

¹⁹ En ce sens, A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, préc., p. 68 : « Cette proposition présente l'avantage [...] de donner le signe fort et clair que la personne protégée conserve en principe sa capacité juridique ».

²⁰ D. NOGUÉRO et J.-J. LEMOULAND, « Droit des majeurs protégés », *D.* 2019, pan., p. 1412 : « L'actualité est aussi celle qui résulte de plusieurs rapports, visant à faire évoluer le droit des majeurs protégés vers un objectif auquel il ne semble plus politiquement correct de résister : celui de l'autonomie. Voilà le nouveau credo, porté par une idéologie dogmatique, malgré ses limites évidentes, ses contradictions intrinsèques et les risques patents qu'il présente sur le plan juridique dans le domaine concerné » ; Adde, A. BATTEUR et L. MAUGER-VIELPEAU, *Droit des personnes, de la famille et des majeurs protégés*, LGDJ, coll. Manuel, 12^e éd., 2023, n° 1325 *in fine*, p. 543, où les autrices présentent l'apport de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 à la protection juridique des majeurs puis ajoutent : « Tout ceci constitue au fond "une petite toilette" sans grande gravité. Si l'on devait consacrer la mesure unique en tant que dispositif d'accompagnement non assorti d'incapacité, la réforme serait autrement plus importante, la protection des majeurs protégés n'étant plus assurée efficacement. Espérons que l'on évitera cette catastrophe ».

²¹ V. not. D. NOGUÉRO, « Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés ? », *JCP G.* 2018, 698 ; I. MARIA, « Nouveau rapport sur la protection juridique des personnes : feu l'incapacité juridique ? », *Dr. famille* 2018, comm. 266 ; Comp. notre recherche, « Les distorsions entre la théorie et la pratique du droit des majeurs protégés », *JCP., éd. G.*, 2019, 121, étude, p. 226 à 229.

²² En ce sens, N. PETERKA, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », in *Regards humanistes sur le droit, Mélanges Annick Bateau*, LGDJ, 2021, p. 451 à 462. Comp. G. MILLERIOUX, *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, Thèse Univ. Lyon 3, 2021, IFJD, coll. Thèses, 2022, p. 397 et s., spéc. n° 437 *in fine*, p. 430, où le dernier chapitre de la thèse consacré à une recherche sur la perspective d'une mesure judiciaire unique s'achève

par cette conclusion intermédiaire : les objectifs de la mesure unique mis en évidence par le rapport de Mme Anne Caron-Déglipe peuvent être atteints « sans avoir à chambouler l'architecture des mesures ». Adde, notre recherche : « Le droit de la protection des majeurs », in B. TEYSSIE, dir., *Les métamorphoses du droit des personnes*, LexisNexis, 2023, p. 301 à 329, spéc. II.

²³ G. MAY (1848-1940), *Éléments de droit romain*, préc. (ad notam 11).

²⁴ Ch. DEMOLOMBE (1804-1887), *Cours de code Napoléon*, vol. 8, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. 2nd, 2^e éd., A. Durand et Hachette, 1861, n° 643, p. 434 : « C'est qu'en effet l'interdiction totale et absolue, quand même ! ne serait plus une mesure de protection, mais constituerait elle-même, dans son exagération une atteinte pleine de dureté et d'inhumanité aux droits les plus précieux du citoyen. Qu'y aurait-il, en effet, tout à la fois de plus inconséquent

de déclin pour renaître au milieu du XIX^e. Avec la loi du 3 janvier 1968 sur le droit des incapables majeurs, l'adulte fragile devient le sujet de la protection ainsi que l'énonce aujourd'hui encore le titre onzième du Livre premier du Code civil : « De la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi ».

Cela dit, l'interdiction qui fut faite au majeur en tutelle de rédiger un testament après l'ouverture de la tutelle²⁵ et l'autorisation du conseil de famille à laquelle était subordonnée la formation du mariage du majeur en tutelle²⁶ montraient que l'intérêt du majeur protégé pouvait céder devant celui de sa famille. La loi Carbonnier n'avait pas osé placer l'intérêt de la personne protégée en surplomb de l'exercice des mesures de protection juridique.

Quarante ans plus tard, la loi du 5 mars 2007 a rééquilibré les plateaux de la balance. Pour autant, même après la loi du 23 mars 2019 ayant supprimé, en matière familiale²⁷, les autori-

sations judiciaires de se marier²⁸, de divorcer²⁹ ou de conclure un pacte civil de solidarité³⁰, on a continué à se demander si la recherche du meilleur intérêt n'était pas un moyen d'imposer au majeur une protection encore paternaliste³¹. Le reproche est un tantinet exagéré, car la réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 avait consacré la catégorie des actes strictement personnels que la personne protégée peut prendre seule, sans assistance, ni représentation³². Néanmoins, au cours de ces quinze dernières années, l'influence de l'article 12 de la Convention onusienne du 30 mars 2007 continue de croître, si bien que l'intérêt du majeur protégé s'apprécie, en principe, à partir de sa volonté, de ses préférences ou du souci de respecter la personnalité du sujet et ce n'est qu'en

expert : Le droit des personnes protégées après la loi de réforme pour la Justice : *Sol. Not. Hebdo* 2019, n° 15, p. 19 à 21.

²⁸ C. civ., art. 460 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « La personne chargée de la protection est préalablement informée du projet de mariage du majeur qu'il assiste ou représente ». Comp. C. civ., art. 460, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, du juge ».

²⁹ C. civ., art. 249, alinéa 1^{er} (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Dans l'instance en divorce, le majeur en tutelle est représenté par son tuteur et le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance du curateur ». Comp. C. civ., art. 249, alinéa 1^{er} (*Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, mod. Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Si une demande en divorce doit être formée au nom d'un majeur en tutelle, elle est présentée par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille s'il a été constitué ou du juge des tutelles. Elle est formée après avis médical et, dans la mesure du possible, après audition de l'intéressé, selon le cas, par le conseil de famille ou le juge ».

³⁰ C. civ., art. 462, alinéa 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, abrogé par Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « La conclusion d'un pacte civil de solidarité par une personne en tutelle est soumise à l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, après audition des futurs partenaires et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage ». La loi du 23 mars 2022 a maintenu l'assistance du tuteur à la préparation de la convention de PACS, alignant le régime de la tutelle sur celui de la curatelle.

³¹ Sur le Rapport n° 2075 en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, présenté par Mme C. ABADIE et M. A. PRADIÉ, députés : P. BOUTTIER, « Le primat de la volonté, un risque pour la protection des personnes vulnérables ? », *Dr. famille* 2019, comm. 251, p. 48.

³² C. civ., art. 458 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) ; Sur cette catégorie, v. G. CORNU, *Droit des personnes*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 13^e éd., 2007, n° 104, spéc. p. 230 ; N. PETERKA et A. CARON-DÉGLISE, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz action, 6^e éd., 2021, n° 221-41, p. 360. V. aussi, sur le lointain cousinage entre cette sphère d'autonomie irréductible et la capacité naturelle : F. BELLIVIER, *Droit des personnes*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2023, n° 174, p. 189. V. enfin : A. BATTEUR et L. MAUGER-VIELPEAU, *Droit des personnes, de la famille et des majeurs protégés*, préc., n° 1414, p. 580, où les autrices montrent les difficultés d'articuler cette catégorie du droit des personnes avec « les principes généraux du droit de la famille qui comporte des remèdes auquel on peut avoir recours ».

*et de plus tyrannique qu'une loi qui déclarerait absolument incapable, en droit, de reconnaître un enfant naturel, de se marier, de tester, un individu qui serait, en fait, très-capable de consentir à tous ces actes ! qu'il l'en déclarerait incapable, non point par l'effet d'une déchéance pénale quelconque, mais dans un but de garantie et de protection ! » ; À cette époque, la doctrine était partagée. Comp. V. MARCADÉ (1810-1854), *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 1^{er}, 7^e éd., Paris, 1873, n° 520, p. 408 : « Après l'interdiction, l'individu est déclaré incapable d'avoir une volonté, et le mariage qu'il contracterait, même pendant un intervalle lucide, serait radicalement nul ».*

²⁵ C. civ., art. 504, alinéa 1^{er} (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) : « Le testament fait après l'ouverture de la tutelle sera nul de droit » ; Alinéa 2 : « Le testament antérieurement fait restera valable, à moins qu'il ne soit établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, a disparu la cause qui a déterminé le testateur à disposer » ; L'interdiction de tester a duré du 1^{er} novembre 1968 au 1^{er} janvier 2007. Comp. C. civ., art. 504, alinéa 1^{er} (*Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006*) : « Le testament fait par le majeur après l'ouverture de la tutelle est nul de droit, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé préalablement le majeur à tester avec l'assistance du tuteur. Toutefois, le majeur en tutelle peut seul révoquer le testament fait avant comme après l'ouverture de la tutelle » ; Alinéa 2 : « Le tuteur ne peut représenter le majeur pour faire son testament, même avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge » ; Alinéa 3 : « Le testament antérieurement fait reste valable, à moins qu'il ne soit établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu ».

²⁶ C. civ., art. 506, alinéa 1^{er} (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) : « [...] le mariage d'un majeur en tutelle n'est permis qu'avec le consentement d'un conseil de famille spécialement convoqué pour en délibérer. Le conseil ne peut statuer qu'après audition des futurs conjoints ».

²⁷ V. not. L. MAUGER-VIELPEAU, « Union et désunion du majeur protégé (mariage, pacs, divorce) », in G. RAOUL-CORMEIL, M. REBOURG, I. MARIA (dir.), *Majeurs protégés : bilan et perspectives*, LexisNexis, 2020, p. 385 à 395 ; *Addé*, notre recherche : « L'union du majeur protégé (mariage, divorce, pacs) », in N. PETERKA (dir.), *Dossier*

cas de difficulté que le juge des tutelles est saisi pour statuer dans le meilleur intérêt du majeur protégé.

À ce stade, l'évolution de la matière est-elle arrivée à un point satisfaisant ou convient-il d'aller plus loin ? La question soulève des oppositions. Au titre des arguments contraires (A.) à l'évolution de la législation, l'analyse retiendra la confusion du droit des personnes handicapées et du droit des personnes à protéger (Première objection), et l'illusion de la protection non incapacitante (Seconde objection). Il existe aussi des arguments favorables qui, à la réflexion, justifient de réécrire la matière (B.) : ceux-ci résident dans le besoin de rationaliser l'offre trop vaste de mesures de protection juridique (Premier moyen), et le besoin de rendre plus effective la graduation des pouvoirs dans la protection des majeurs (Second moyen). L'ambition de la refondation est peut-être plus formelle que substantielle.

A.- Arguments contra

1^o Première objection : la confusion du droit des personnes handicapées et du droit des personnes à protéger

5. La portée contingente de la Convention onusienne du droit des personnes handicapées. – Préparée de longue date, murie à la lumière d'une bonne connaissance de la pratique judiciaire³³, la loi du 5 mars 2007 fut accueillie comme une réforme importante, promise à faire face au vieillissement de la population et donc au surcroît de demandes de protection juridique. L'adoption puis la ratification de la Convention internationale du droit des personnes handicapées ne devaient rien y changer. Du reste, les premiers commentaires du texte onusien du 30 mars 2007 n'abordaient pas le droit des majeurs protégés³⁴, tant le droit de l'aide et de l'action sociales et

le droit civil de la protection des majeurs empruntent des chemins différents. En effet, le Code de l'action sociale et des familles réserve aux personnes en situation de handicap des principes généraux³⁵, des institutions spécifiques (maisons départementales des personnes handicapées³⁶) et des aides financières propres (allocation aux adultes handicapés³⁷, prestation de compensation³⁸...), si bien que les mesures de protection juridique³⁹ peuvent être prononcées au profit de personnes en situation de handicap⁴⁰, ou de grand âge⁴¹, ou ne relevant ni de l'une ni de l'autre de ces catégories de bénéficiaires d'aides sociales. Si la superposition est possible, elle n'est donc pas systématique. Le Conseil constitutionnel en a d'ailleurs tiré une leçon en abrogeant l'incapacité de recevoir à titre gratuit de l'auxiliaire de vie qui travaille à domicile et, corrélativement, l'incapacité de disposer à titre gratuit à son profit. La personne en situation de handicap physique conserve son autonomie morale : dès lors, si la loi l'empêchait de disposer de ses biens au profit de son auxiliaire de vie, la surprotection constitutionnelle de son droit de propriété serait disproportionnée. À l'égard de cette personne handicapée, les Sages de la rue Montpensier ont jugé infondée la présomption irréfragable de vulnérabilité⁴².

personnes handicapées (JO 3 janv. 2010, p. 121) », *RTD civ.* 2010, p. 162 à 165 ; A. BOUJEKA, « Le handicap entre confluence, confluence et confrontation des normes », in *Mélanges Hervé Rihal*, Bruylant, 2021, p. 53 à 70.

³⁵ CASF, art. L. 114 à art. L. 114-5.

³⁶ CASF, art. L. 146-3 à art. L. 146-12-2.

³⁷ CASF, art. L. 244-1 ; art. R. 244-1.

³⁸ CASF, art. L. 245-1 à art. L. 245-12.

³⁹ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, LGDJ, coll. Précis Domat droit public, 12^e éd., 2024, n° 219 et s., p. 275 à 282, où est étudiée la protection des personnes vulnérables.

⁴⁰ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, préc., n° 364 et s., p. 449 à 447, où est étudiée « l'aide aux personnes handicapées ».

⁴¹ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, préc., n° 294 et s., p. 375 à 522, où est étudiée « l'aide aux personnes âgées ».

⁴² Cons. Const., n° 2020-888 QPC du 12 mars 2021 qui, en son article 1^{er}, abroge les mots « ou d'un service soumis à agrément ou à déclaration mentionné au 2^o de l'article L. 7231-1 du code du travail » figurant au premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 116-4 du code de l'action sociale et des familles, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et les mots « ainsi qu'aux salariés mentionnés à l'article L. 7221-1 du code du travail accomplissant des services à la personne définis au 2^o de l'article L. 7231-1 du même code » figurant au second alinéa du même paragraphe sont contraires à la Constitution ; Sur cette décision, v. B. ALIDOR, « Le propriétaire âgé peut (à nouveau) disposer de ses biens en faveur de l'aide à domicile », *Defrénois*, 15 avril 2021, n° 20025, p. 13 ; J. CASEY ; « Des réalités de terrain oubliées », *AJ Famille*, avril 2021, n° 4, p. 231 ; M. COTTET, « Qui

³³ En ce sens, Th. FOSSIER, « Le législateur des pauvres en esprit », in *Mélanges Jean Hauser*, Dalloz-LexisNexis, 2012, p. 94 à 109, spéc. p. 97, texte et note 12, où est évoqué le premier groupe de travail mis en place en 1996. Le Professeur Jean Hauser a pu compter sur la présence et le travail de M. Thierry Fossier, d'abord, de M. Thierry Verheyde et de Mme Anne Caron-Dégli, ensuite, qui ont été, tour à tour, juges d'instance exerçant la fonction de juge des tutelles, et président de l'Association Nationale des Juges d'Instance (ANJI).

³⁴ V. not. A. BOUJEKA, « La convention des nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *RDSS* 2007, p. 799 à 809 ; M. BACACHE, « Droits des handicapés. Convention des Nations unies. Loi n° 20071791 du 31 déc. 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des

6. L'examen du grief des prises de décision substitutives. – Le comité de suivi de la convention onusienne reprocha en 2014 à la législation française d'organiser une prise de décision substitutive plutôt que de garantir aux personnes en situation de handicap un accompagnement pour être soutenu dans l'exercice de ses droits⁴³. Le grief ne justifiait pas d'abroger toutes les mesures de protection par représentation qui demeurent, pour une grande part, complètement légitimes⁴⁴. Est-il besoin de rappeler le bien-fondé

dit âgé ne dit pas nécessairement vulnérable », *Daloz actualité*, 25 mars 2021 ; M. GRIMALDI, « Le droit d'être généreux envers ceux qui vous assistent à domicile », *RTD civ.* 2021/2, n° 3, p. 464 ; M. NICOD, « Les aides à domicile peuvent de nouveau recevoir des libéralités », *Dr. famille* 2021, comm. 75, p. 32 ; 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, 1^{er} 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, n° 12, p. 5 ; D. POLLET, « Quand le Conseil constitutionnel dénonce la discrimination par l'âge », *AJ fam.* avril 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 », *Deffrénois* 25 mars 2021, n° 170c8, « Éditorial », p. 1.

⁴³ CRDP/C/11/4, observation générale sur l'art. 12 de la Convention, relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, Comité des droits des personnes handicapées, 1^{re} session, 30 mars – 11 avril 2014, point 10 de l'ordre du jour [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_fr.doc], spéc. n° 13, p. 4 : « Dans la plupart des rapports d'États parties que le Comité a examinés à ce jour, on constate un amalgame entre les notions de capacité mentale et de capacité juridique, de sorte que, lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée déficiente, souvent en raison d'un handicap cognitif ou psychosocial, sa capacité juridique de prendre une décision particulière lui est retirée » ; Adde, P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », in B. EYRAUD, J. MINOC et C. HANON (coord.) et le Collectif Contrast, *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (Colloque : Paris, 30 oct. 2015)*, Doin, coll. Polémiques, 2018, p. 35 à 51.

⁴⁴ V. en ce sens : D. NOGUÉRO, « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées », *RD sanit. soc.* 2016, p. 964 ; E. PECQUEUR, A. CARON-DÉGLISE et Th. VERHEYDE, « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette Convention ? », *D.* 2016, chron. 958 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Changer de paradigme à droit constant ? Lire la loi [du 5 mars 2007] à la lumière des droits fondamentaux », in *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, préc., p. 249 à 255 ; Mise en ligne sur Cairn.info le 25/03/2021 ; Comp. H. FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau

de la tutelle aux biens et à la personne qui fut prononcée au bénéfice de Vincent Lambert et dont la charge fut attribuée à son épouse⁴⁵ ? Est-il également besoin de faire état de toutes les situations où les notaires refusent de dresser un acte authentique lorsqu'ils ont acquis la conviction, au terme d'un entretien, que la personne vulnérable n'est pas saine d'esprit au sens de l'article 414-1 du Code civil⁴⁶ ? L'argument justifie au fond de maintenir les mesures de représentation ; mais il ne justifie pas de maintenir, côte à côte, la tutelle, l'habilitation familiale générale par représentation et le mandat de protection future, sans oublier les autres dispositifs de représentation (représentation judiciaire entre époux⁴⁷, mandat spécial prononcé dans le cadre d'une sauvegarde de justice, habilitation familiale simple). Un tel « millefeuille de représentation⁴⁸ » mérite une réécriture rationnelle : un dispositif resserré peut se concevoir pour permettre au juge de choisir la mesure la plus appropriée et adaptée à l'état et à la situation de la personne à protéger, suivant son environnement familial et l'ampleur du pouvoir créé (durée de l'exercice, domaine et périmètre du pouvoir, existence et forme du contrôle).

concept juridique, nouvelle conception de la protection », *Dr. famille* 2017, étude 19 ; M. BAUDEL, « Repenser la protection des majeurs protégés au regard de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », *Dr. famille* 2018, étude 8.

⁴⁵ Cass., 1^{er} civ., 8 déc. 2016, n° 16-20.298 : *AJ fam.* 2017, p. 68, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP G* 2017, 79, note J. HAUSER ; *Dr. famille* 2017, comm. 48, obs. I. MARIA ; *RGDM* 2017, n° 62, p. 133, étude G. RAOUL-CORMEIL.

⁴⁶ Sur la proposition d'élargir l'objet du mandat de protection future à l'assistance pour couvrir la zone grise, v. S. DAVID et V. PRADO, Rapport du 116^e Congrès des Notaires de France, Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits, octobre 2020, § 1181 p. 80, où la « zone grise » désigne cette période où la personne traverse des moments de lucidité et des moments d'égarement si bien que le notaire, l'ayant interrogée à différents moments, ne peut se faire la conviction qu'elle est saine d'esprit et que son acte ne pourrait pas être annulé sur le fondement de l'article 414-2 du Code civil.

⁴⁷ C. civ., art. 219 ; CPC, art. 1286, al. 2 et 1289. Antérieurs à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ces textes fondent-ils un pouvoir de représentation entre époux sans limite ou soumis à l'article 1155 du Code civil ? Soit un pouvoir général qui n'embrasse que les actes d'administration ; soit un pouvoir spécial qui désigne l'acte de disposition ? L'enjeu est lié au dépassement de pouvoir et la sanction protège mieux le tiers contractant que l'époux vulnérable (C. civ., art. 1156). Adde, N. PETERKA, « Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées », *AJ fam.* 2016, p. 533.

⁴⁸ B. MALLET-BRICOUT, « La nouvelle habilitation familiale ou le millefeuille de la représentation des majeurs protégés », *RTD civ.* 2016, p. 190.

2° Seconde objection : l'illusion de la protection non incapacitante

7. Le sens et l'étendue restreinte des incapacités de protection. – C'est à la lumière des atouts des mesures de protection incapacitantes que l'illusion de la protection non incapacitante se dévoile. D'un côté, la loi du 5 mars 2007 dispose que la personne en sauvegarde de justice conserve sa capacité d'exercice⁴⁹. Il en est de même de celle qui bénéficie d'une mesure d'accompagnement judiciaire⁵⁰. De l'autre, ces proclamations sont symboliques dès lors que la loi pose le principe en termes généraux : toute personne majeure bénéficie, sauf exception⁵¹, de la pleine capacité juridique⁵². La capacité est présumée⁵³ ; c'est donc l'incapacité, la notion contraire⁵⁴, qui doit être annoncée en raison de ses conséquences sur la liberté individuelle du sujet. Quelle que soit sa nature (incapacité de jouissance ou interdiction⁵⁵ ; incapacité

d'exercice ou tiercéisation⁵⁶), l'incapacité repose sur un triple critère : *primo* un fondement, *secundo* un dispositif de publicité, et *tertio* une nullité de protection.

8. Pas d'incapacité sans texte. – *Primo*, depuis leur création, les curatelles, les tutelles et les habilitations familiales générales emportent des incapacités générales d'exercice, essentiellement en matière patrimoniale. La loi et, par délégation, le juge qui procède à une analyse *in concreto* élèvent une incapacité d'exercice en attribuant à la personne en charge de la protection un pouvoir « *corrélatif*⁵⁷ » d'assistance ou de représentation par lequel le tiers-protecteur définit l'intérêt de la personne protégée. En curatelle simple, la loi confère au curateur un pouvoir d'assistance pour les seuls actes de disposition⁵⁸. En curatelle renforcée, elle le dote d'un pouvoir supplémentaire de représentation pour percevoir ses revenus et payer ses dépenses à partir d'un compte bancaire ouvert à son seul nom⁵⁹. En tutelle, la loi attribue au tuteur un pouvoir de représentation pour passer tous les actes patrimoniaux⁶⁰, à l'exception des actes usuels que le majeur en tutelle peut continuer à accomplir seul. De surcroît, le tuteur ne peut passer seul que les actes de

⁴⁹ C. civ., art. 435, al. 1^{er} : « La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437 ».

⁵⁰ C. civ., art. 495-3 : « Sous réserve des dispositions de l'article 495-7, la mesure d'accompagnement judiciaire n'entraîne aucune incapacité. ».

⁵¹ Et les exceptions existent aussi bien dans la sauvegarde de justice que dans la mesure d'accompagnement judiciaire. En sauvegarde de justice, le juge qui a désigné un mandataire spécial a diminué la pleine capacité d'exercice du majeur protégé ; celui-ci est représenté par celui-là à peine de nullité de l'acte énuméré par le juge. Dans la mesure d'accompagnement judiciaire, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs représente le majeur protégé pour gérer ses prestations sociales et familiales ; c'est une autre incapacité spéciale d'exercice (C. civ., art. 495-7).

⁵² C. civ., art. 414 : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ».

⁵³ C. civ., art. 1145, al. 1^{er} : « Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi ».

⁵⁴ Sur la symétrie entre l'autonomie et les incapacités, v. notre recherche : « L'autonomie du majeur protégé », in F. DEBOVE (dir.), *Magistrat*, 10^e éd., Dalloz, 2024, p. 174 à 202. *Adde*, en dernier lieu, G. TAFFIN, *La capacité de la personne représentée*, Thèse Bordeaux, sous dir. A. GOUTTENOIRE, 2024, 472 p.

⁵⁵ Spéciale, et non plus générale depuis l'abrogation de l'esclavage (Loi du 27 avril 1848) et de la mort civile (Loi du 31 mai 1854), l'incapacité de jouissance peut se définir comme une interdiction ou le retrait d'un droit subjectif par le législateur, dans le but de protéger un état de grande vulnérabilité ou de durcir une règle de probité. Sur les incapacités de suspicion et de protection, v. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2012, n° 297, p. 282 : « L'incapacité de protection procède d'une cause personnelle au sujet qui l'empêche de pourvoir seul à ses intérêts, alors que l'incapacité de défiance procède d'une cause personnelle au sujet contre lequel il convient de protéger autrui, car l'incapacité risque d'agir au détriment de ceux avec lesquels il entre en relation ». L'interdiction faite au majeur en tutelle de constituer une sûreté en garantie de la dette d'autrui (C. civ., art. 509, 1^o) illustre la première ; l'interdiction faite au mandataire judiciaire à la protection des majeurs de recevoir

une donation du majeur en tutelle (C. civ., art. 909, al. 2) illustre la seconde.

⁵⁶ L'incapacité d'exercice se traduit par une tiercéisation au sens un tiers-protecteur, habilité à assister, autoriser ou représenter la personne protégée, participe à l'élaboration d'un acte juridique qui engage celui-ci dans ses rapports avec autrui. Ce tiers-protecteur est habilité par la loi (C. civ., art. 488-1-1 sur l'administrateur légal des biens du mineur) ou par le juge (Not. C. civ., art. 440 sur la curatelle et la tutelle judiciaires).

⁵⁷ Sur le rapport symétrique entre l'incapacité et le pouvoir de protection, v. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, préc., n° 293, p. 548 : « à l'incapacité, correspond un pouvoir corrélatif ». *Adde*, M. BEAURUEL, *La théorie générale du pouvoir en droit des majeurs protégés*, préf. A. BATTEUR, IFJD, coll. Thèses, t. 185, 2019.

⁵⁸ C. civ., art. 467, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille ». Il aurait été plus simple et surtout exact que le périmètre des pouvoirs du curateur soit expressément arrêté aux actes de disposition (Décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008, art. 2).

⁵⁹ C. civ., art. 472, al. 1^{er} : « Le juge peut également, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée. Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains ».

⁶⁰ C. civ., art. 473, al. 1^{er} : « Sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne en tutelle à agir elle-même, le tuteur la représente dans tous les actes de la vie civile ».

conservation et d'administration⁶¹, car il doit être autorisé par le juge à conclure les actes de disposition⁶², pourvu qu'il ne s'agisse pas d'un acte interdit⁶³. Cette protection graduée se retrouve dans les habilitations familiales générales, à quelques nuances près en ce qui concerne spécialement les actes soumis à autorisation du juge⁶⁴. Mais la différence tient à l'étendue du contrôle de l'activité du tiers-protecteur, non pas à l'étendue de l'incapacité d'exercice du majeur protégé.

9. Pas d'incapacité sécurisée sans publicité. – *Secundo*, toutes les mesures générales de protection font l'objet d'une publicité passive grâce à l'émargement de l'acte de naissance de l'intéressé⁶⁵. Il est heureux que les familles et les mandataires judiciaires à la protection des majeurs informent personnellement les tiers contractants⁶⁶ car la connaissance de l'obligation de vérifier la capacité juridique de son contractant, d'une part,

et les moyens mis en œuvre pour y parvenir⁶⁷, d'autre part, échappent aux citoyens et même à tous les professionnels, à l'exception des notaires. Le système mis en place en 1968 est également à bout de souffle en raison du changement de regard sociétal porté sur l'état civil. De surcroît, les officiers de l'état civil manquent de diligence et de rigueur lorsqu'ils procèdent à l'émargement des actes de naissance⁶⁸. Leur retard et leur négligence ne sont pas sans conséquence : le défaut de mention de la date de l'émargement retarde ou neutralise l'opposabilité de plein droit de la mesure aux tiers. Le cas échéant, ceux-ci peuvent alors légitimement ignorer la mesure de protection, s'il n'est prouvé qu'ils en ont été personnellement informés⁶⁹.

10. Pas d'incapacité de protection sans nullité. – *Tertio*, le défaut d'assistance ou de représentation de la personne protégée est sanctionné par la nullité relative de l'acte qui lui est préjudiciable⁷⁰. Le bien-fondé de la nullité est subordonné à la démonstration d'un préjudice seulement lorsque le majeur devait être protégé par l'assistance du

⁶¹ C. civ., art. 504, al. 1^{er} : « Le tuteur accomplit seul les actes conservatoires et, sous réserve des dispositions du second alinéa de l'article 473, les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée ».

⁶² C. civ., art. 505, al. 1^{er} : « Le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge, faire des actes de disposition au nom de la personne protégée ».

⁶³ C. civ., art. 509 : « Le tuteur ne peut, même avec une autorisation : 1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, [...] 3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée ; [...] 5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé ».

⁶⁴ V. spéc. Cass. 1^{re} civ., avis, 20 octobre 2022, n° 22-70.011 ; *AJfam.* 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 ; *RCA* 2023, comm. 81, note S. LAMBERT. Par cet avis, la Cour de cassation a précisé que les interdits en tutelle l'étaient aussi dans l'habilitation familiale par représentation. Le périmètre des actes soumis à autorisation du juge ne peut être étendu par le juge ; il comprend la disposition du logement (C. civ., art. 426), les actes de disposition à titre gratuit (C. civ., art. 494-6, al. 2) et les actes pour la conclusion desquels la personne habilitée est en opposition d'intérêts (C. civ., art. 494-6, al. 4).

⁶⁵ C. civ., art. 444, al. 1^{er} : « Les jugements portant ouverture, modification ou mainlevée de la curatelle ou de la tutelle ne sont opposables aux tiers que deux mois après que la mention en a été portée en marge de l'acte de naissance de la personne protégée selon les modalités prévues par le code de procédure civile » ; *Adde*, C. civ., art. 494-6, al. 6 : « Les jugements accordant, modifiant ou renouvelant une habilitation générale font l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance selon les conditions prévues à l'article 444. Il en est de même lorsqu'il est mis fin à l'habilitation pour l'une des causes prévues à l'article 494-11 ».

⁶⁶ C. civ., art. 444, al. 2 : « Toutefois, même en l'absence de cette mention, ils sont opposables aux tiers qui en ont personnellement connaissance ».

⁶⁷ CPC, art. 1059, al. 1^{er} : « La publicité des demandes, actes et jugements est réalisée par une mention en marge de l'acte de naissance de l'intéressé. Cette mention est faite à la diligence du greffier du tribunal judiciaire ou, le cas échéant, à celle du service central d'état civil. Elle est constituée par l'indication " RC " suivie de la référence sous laquelle la demande, l'acte ou le jugement a été conservé » ; *Adde*, CPC, art. 1061, al. 1^{er} : « Des copies des extraits conservés au répertoire civil peuvent être délivrées à tout intéressé ».

⁶⁸ V. notre recherche : « État civil et capacité : quelle mention pour la vulnérabilité ? », in A. GOGOS-GINTRAND et S. ZEIDENBERG (dir.), *État civil et identité : évolutions contemporaines*, LEH, coll. À la croisée des regards, 2024, p. 121 à 142.

⁶⁹ V. toutefois : CA Caen, 24 sept. 2020, RG n° 19/00004. Un majeur protégé n'avait pas restitué à la tutrice professionnelle son chéquier, prétextant l'avoir perdu. Il a cependant contracté avec un cuisiniste un contrat d'entreprise après le prononcé de la tutelle et lui a remis quatre chèques pour s'acquitter du paiement de la somme de 8 318 €. Croyant à tort que la nullité des actes conclus pendant la période suspecte (C. civ., art. 464) était déconnectée de la publicité de la mesure, d'une part, et de plein droit, d'autre part, la tutrice a dénoncé le contrat, obtenu la restitution de deux chèques non encaissés et le remboursement des sommes que l'entrepreneur avait perçues en encaissant les deux autres chèques ! Le contractant du majeur protégé croyait pouvoir obtenir par le droit de la responsabilité ce qu'il avait perdu en acceptant cette offre de nullité conventionnelle (C. civ., art. 1178). Or, il fut débouté : la tutrice n'avait pas commis de faute dans l'exercice de son mandat judiciaire.

⁷⁰ C. civ., art. 1147.

curateur⁷¹ ou de la personne habilitée⁷². La nullité est « de plein droit⁷³ » lorsque la personne est protégée par une mesure de représentation en matière patrimoniale⁷⁴, au sens où le demandeur à l'action n'a pas besoin de rapporter la preuve d'un préjudice. La nullité n'a rien d'automatique ; elle doit être consentie par les contractants ou prononcée par le juge. Le cas échéant, elle assure l'efficacité de la protection, tandis que la publicité de la mesure devrait inviter les futurs contractants à se montrer prudents et à accepter l'anéantissement d'un acte préjudiciable au majeur protégé⁷⁵.

II. La prise en compte de l'objection pour refonder la sauvegarde des droits. – Dans son rapport, Mme Anne Caron-Dégliose proposait que la personne protégée bénéficie en principe de sa pleine capacité juridique. On a pu penser que « *la mesure unique de protection judiciaire laisse intacte la capacité juridique de la personne protégée*⁷⁶ ». Cette proposition résultait alors d'une transposition du mandat de

protection future. Le cas échéant, il serait inutile d'émarger les actes de naissance des personnes protégées. Les signes de faiblesse du système de publicité et sa méconnaissance par le grand public ajouteraient un argument à son abandon. Cela dit, la protection serait illusoire ou difficile à mettre en œuvre : seul un acte lésionnaire ou conçu par une personne insane pourrait être annulé⁷⁷. La transposition du régime du mandat de protection future n'est donc pas convaincante⁷⁸ ; en revanche, celle de maintenir une nullité pour défaut d'assistance ou de représentation l'est davantage. Précisément, « *la limitation de la capacité juridique est le fondement même de l'intervention du juge*⁷⁹ ». La nouvelle sauvegarde de droits devra donc limiter, dans la mesure strictement nécessaire la capacité juridique de la personne protégée, et l'incapacité devra continuer à être sanctionnée par la nullité relative. Quant à la publicité, la diligence et la prudence doivent s'allier pour organiser, à partir de 2027, l'alimentation du fichier national dématérialisé des mesures de protection juridique⁸⁰ et pour l'interroger dans le souci de préserver pour préserver l'équilibre entre la protection du sujet, le respect de la dignité humaine et la sécurité juridique des tiers. C'est donc sous la condition de rendre incapacitante la sauvegarde des droits par assistance ou par représentation que les arguments favorables à la sauvegarde des droits peuvent maintenant être déployés.

⁷¹ C. civ., art. 465, al. 1^{er} : « À compter de la publicité du jugement d'ouverture, l'irrégularité des actes accomplis par la personne protégée [...] est sanctionnée dans les conditions suivantes : [...] 2° Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être assistée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice ».

⁷² C. civ., art. 494-9, al. 2 : « Si elle accomplit seule un acte dont l'accomplissement nécessitait une assistance de la personne habilitée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice ».

⁷³ C. ATIAS, « De plein droit », *D.* 2013, p. 2183 à 2184. L'éminent auteur précise que « *prise à la lettre, l'expression est trompeuse. Ce "droit plein" est seulement plus plein que la situation pourrait le laisser supposer* » (n° 5) ; « *le législateur et les juges qui emploient l'expression "de plein droit" n'entendent pas seulement donner à la règle un caractère plus impératif. Ils la dotent d'une efficacité moins conditionnée que d'autres [...] la liberté d'appréciation judiciaire est restreinte* » (n° 4), ainsi que l'illustre l'article 465, al. 1^{er}, 3° du Code civil.

⁷⁴ C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 3° : « Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice » ; C. civ., art. 494-9, al. 1^{er} : « Si la personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée passe seule un acte dont l'accomplissement a été confié à la personne habilitée, celui-ci est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice ».

⁷⁵ C. civ., art. 1151, al. 1^{er} (*Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016*) : « Le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci ». La charge de la preuve de l'absence de préjudice repose sur le défendeur à l'action en nullité de plein droit engagée par le représentant judiciaire de la personne protégée.

⁷⁶ N. PETERKA, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », préc. (*ad notam* 22), spéc. n° 6, p. 454 : « *Telle qu'elle est envisagée, la mesure unique de protection judiciaire laisse intacte la capacité juridique de la personne protégée, laquelle se trouve érigée en principe [...]. C'est dire qu'elle prend ici pour modèle le mandat de protection future [...] sans en esquiver les imperfections* ».

⁷⁷ C. civ., art. 488.

⁷⁸ N. PETERKA, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », préc. (*ad notam* 22), spéc. n° 14 : « *La consécration d'une mesure unique de protection judiciaire, non incapacitante, impliquerait nécessairement de revoir ce système de sanctions* ». Rapp. G. MILLERIOUX, *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, thèse préc. (*ad notam* 22), n° 415, p. 415. V. déjà la très belle étude de Mme D. FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion » : *Defrénois* 2009, art. 38882, p. 142 à 177. Outre le but à attendre (la protection), l'étude souligne les insuffisances de la technique employée pour y parvenir (le contrat).

⁷⁹ G. MILLERIOUX, *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, thèse préc. (*ad notam* 22), n° 416, spéc. p. 417.

⁸⁰ C. civ., art. 427-1 (*Loi n° 2024-317 du 8 avril 2024*). Sur lequel, v. N. PETERKA, « Personnes vulnérables. De la jurisprudence à la pratique notariale », *JCP N* 2024, n° 27, étude 1148, spéc., n° 5, p. 41 ; I. MARIA, « La loi sur le bien-vieillir enfin adoptée ! », *Dr. famille* 2024, n° 5, comm. 70 ; J. COMBRET et N. BAILLON-WIRTZ, « Bien-vieillir et autonomie : les modestes apports de la loi du 8 avril 2024 », *JCP N* 2024, n° 5, étude 556, p. 5 à 8, spéc. p. 6 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Bâtir la société du bien-vieillir : slogan ou réforme ? (Commentaire de la loi n° 2024-317 du 8 avril 2024) », *RGDM*, n° 92, sept. 2024, p. 87 à 109, spéc. p. 104 et s. ; M. LONG et H. RIHAL, « La loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien-vieillir et de l'autonomie », *RDSS* 2024, p. 700.

B.- Arguments pro

r° Premier argument : plus de rationalité dans le nombre de mesures de protection

12. De trois à six mesures. – Le titre onzième du Livre premier du Code civil s’ouvre sur des dispositions générales et communes à toutes les mesures de protection juridique. Celles-ci sont aujourd’hui au nombre de six. À la triade de la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle, créée par la Loi de 1968, la réforme de 2007 ajoute le mandat de protection future et la mesure d’accompagnement judiciaire, complétées en 2015 par l’habilitation familiale. D’emblée, écartons la mesure d’accompagnement judiciaire (MAJ) qui, en droit comme en fait, est assez peu pratiquée. Un mandataire judiciaire à la protection des majeurs reçoit du juge des tutelles le pouvoir de représenter la personne en situation de précarité⁸¹ mais son pouvoir de protection est réduit à la gestion de ses prestations sociales et familiales, ce qui ne lui laisse guère de marge de manœuvre. Les statistiques parlent d’elles-mêmes⁸² : les mesures d’accompagnement social personnalisé sont, jusqu’à leur forme judiciaire, un échec. Appliqué aux mesures restantes, le chiffre de cinq mesures de protection juridique ne serait pas excessif s’il reflétait la réalité de l’offre législative. Or, chacune d’elles se subdivise à l’infini.

⁸¹ C. civ., art. 495-2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « La mesure d’accompagnement judiciaire ne peut être prononcée qu’à la demande du procureur de la République qui en apprécie l’opportunité au vu du rapport des services sociaux prévu à l’article L. 271-6 du code de l’action sociale et des familles. » ; *Adde*, CASF, art. L. 271-6, al. 1^{er} : « Lorsque les actions prévues au présent chapitre n’ont pas permis à leur bénéficiaire de surmonter ses *difficultés à gérer les prestations sociales* qui en ont fait l’objet et que *sa santé ou sa sécurité en est compromise*, le président du conseil départemental transmet au procureur de la République un rapport comportant une évaluation de la situation sociale et pécuniaire de la personne ainsi qu’un bilan des actions personnalisées menées auprès d’elle en application des articles L. 271-1 à L. 271-5. Il joint à ce rapport, sous pli cacheté, les informations dont il dispose sur la situation médicale du bénéficiaire » ; Alinéa 2 : « 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 ». (*C’est l’auteur qui souligne*)

⁸² Selon les *Chiffres-Clés de la Justice*, parus en octobre 2024, le nombre de mesures d’accompagnement judiciaire a encore diminué ; il n’est plus de 500 (*Chiffres-Clés de la Justice*, éd. 2023, p. 13) mais de 470, alors que le nombre de mesures de protection est aujourd’hui estimé à plus d’un million.

13. Les trois sauvegardes de justice. – *Primo*, la sauvegarde de justice ouverte pour un an, est médicale⁸³ ou judiciaire⁸⁴ ; non incapacitante, le prononcé de cette mesure ne fait pas grief⁸⁵. Il en est autrement lorsque le juge désigne un mandataire spécial et lui attribuer un pouvoir de représentation pour conclure au nom du majeur protégé les actes nécessaires qu’il a identifiés, en attendant de déterminer si le besoin de protection est passager⁸⁶ ou pérenne. Susceptible d’un recours, la désignation d’un mandataire spécial, entraîne une incapacité spéciale d’exercice, limitée aux actes juridiques patrimoniaux⁸⁷ ou personnels⁸⁸ énumérés par le juge.

14. Les trois curatelles et leur triple déclinaison. – *Secundo*, la curatelle est simple⁸⁹, aménagée⁹⁰ ou renforcée⁹¹, en ce qui concerne la protection des biens. Elle est prononcée par le juge pour cinq ans⁹², au maximum ; elle peut être renouvelée⁹³. Certains juges des tutelles aménagent la curatelle renforcée. Le nombre de curatelles peut être porté au triple, car elles se déclinent dans leur domaine d’application, suivant l’étendue du pouvoir de protection et le nombre de curateurs. D’abord, les curatelles peuvent être complètes, limitées à la protection des biens⁹⁴ ou à celle

⁸³ C. civ., art. 433 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l’une des causes prévues à l’article 425, a besoin d’une protection juridique temporaire ou d’être représentée pour l’accomplissement de certains actes déterminés » ; Alinéa 2 : « Cette mesure peut aussi être prononcée par le juge, saisi d’une procédure de curatelle ou de tutelle, pour la durée de l’instance ».

⁸⁴ C. civ., art. 434 : « La sauvegarde de justice peut également résulter d’une déclaration faite au procureur de la République dans les conditions prévues par l’article L. 3211-6 du code de la santé publique ».

⁸⁵ CPC, art. 1249, al. 2 : « Ce placement ne peut faire l’objet d’aucun recours ».

⁸⁶ C. civ., art. 439 : « Sous peine de caducité, la mesure de sauvegarde de justice ne peut excéder un an, renouvelable une fois dans les conditions fixées au quatrième alinéa de l’article 442 ».

⁸⁷ C. civ., art. 437, al. 2 : « Le juge peut désigner un mandataire spécial, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 445 et 448 à 451, à l’effet d’accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée. ».

⁸⁸ C. civ., art. 438 : « Le mandataire spécial peut également se voir confier une mission de protection de la personne dans le respect des articles 457-1 à 463. ».

⁸⁹ C. civ., art. 467.

⁹⁰ C. civ., art. 471 (reprod. *Infra* : *ad notam* 126).

⁹¹ C. civ., art. 472, al. 1^{er} (cf. *supra* : *ad notam* 59).

⁹² C. civ., art. 441, al. 1^{er}.

⁹³ C. civ., art. 442.

⁹⁴ C. civ., art. 447, al. 3 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Le juge peut diviser la mesure de protection entre un curateur [...] chargé de la protection de la personne et un curateur [...] chargé de la gestion

de la personne. Ensuite, en ce qui concerne la protection de la personne en curatelle, le juge peut choisir une curatelle sèche et ne laisser au curateur que les prérogatives spéciales fixées par la loi en matière familiale⁹⁵ ou médicale⁹⁶. Le juge peut aussi attribuer au curateur un pouvoir d'assistance à la personne⁹⁷, pour lui permettre de manifester son consentement avec plus d'assurance et de fermeté. Les professionnels de la santé sont libérés de leur secret professionnel seulement si le majeur protégé autorise le tiers-protecteur, en charge de la protection de sa personne, à assister à ses entretiens médicaux ou à recevoir les informations médicales⁹⁸. Enfin, le juge peut désigner des cocurateurs et décider de la manière dont ils exerceront leurs pouvoirs de protection en matière patrimoniale ou personnelle⁹⁹.

15. Les deux tutelles et leur triple déclinaison. – *Tertio*, la tutelle est prononcée par le juge pour cinq à dix

patrimoniale. Il peut confier la gestion de certains biens à un curateur [...] adjoint ».

⁹⁵ C. civ., art. 175 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Le [...] curateur peut former opposition, dans les conditions prévues à l'article 173, au mariage de la personne qu'il assiste [...] » ; C. civ., art. 249 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Dans l'instance en divorce, [...] le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance de son curateur » ; C. civ., art. 461 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, mod. Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011*) : « La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, signer la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité. Aucune assistance n'est requise lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire prévue au premier alinéa de l'article 515-3 ».

⁹⁶ V. par ex. CSP, art. L. 1122-2, III, al. 2 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*) : « Lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur une personne majeure en curatelle, le consentement est donné par l'intéressé assisté par son curateur. [...] ».

⁹⁷ C. civ., art. 459, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection ».

⁹⁸ CSP, art. L. 1111-2, III, al. 2 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*) : « Elle [L'information médicale] peut être délivrée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec assistance à la personne si le majeur protégé y consent expressément ».

⁹⁹ C. civ., art. 447, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Celui-ci [Le juge] peut, en considération de la situation de la personne protégée, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer, désigner plusieurs curateurs [...] pour exercer en commun la mesure de protection. Chaque curateur [...] est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu des autres le pouvoir de faire seul les actes [d'administration] pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation ».

ans¹⁰⁰ ; elle peut être renouvelée et allongée pour vingt ans¹⁰¹. Le nombre de tutelles peut être porté au triple, car elles se déclinent dans leur domaine d'application, suivant l'étendue du pouvoir de protection et le nombre de tuteurs. Complète, limitée à la protection des biens¹⁰² ou à celle de la personne, elle peut aussi être aménagée en ce qui concerne l'étendue du domaine de la protection ou l'étendue de l'incapacité d'exercice du majeur protégé¹⁰³. En ce qui concerne la protection de la personne, le juge peut choisir une tutelle sèche et ne laisser au tuteur que les prérogatives spéciales fixées par la loi en matière familiale¹⁰⁴ ou médicale¹⁰⁵. Par ailleurs, au vu du certificat médical circonstancié, le juge peut attribuer au tuteur un pouvoir d'assistance à la personne¹⁰⁶. Il peut aussi prononcer une tutelle avec représentation relative à la personne¹⁰⁷. Dans ce cas seulement, le tuteur est destinataire de toutes les informations médicales du patient en tutelle¹⁰⁸ ;

¹⁰⁰ C. civ., art. 441, al. 2.

¹⁰¹ C. civ., art. 442.

¹⁰² C. civ., art. 447, al. 3 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Le juge peut diviser la mesure de protection entre un [...] tuteur chargé de la protection de la personne et un [...] tuteur chargé de la gestion patrimoniale. Il peut confier la gestion de certains biens à un [...] tuteur adjoint ».

¹⁰³ C. civ., art. 473, al. 2 : « Toutefois, le juge peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur ».

¹⁰⁴ C. civ., art. 175 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Le tuteur [...] peut former opposition, dans les conditions prévues à l'article 173, au mariage de la personne qu'il [...] représente » ; C. civ., art. 249 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Dans l'instance en divorce, le majeur en tutelle est représenté par son tuteur [...]. Toutefois, la personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci. » ; C. civ., art. 462 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « La personne en tutelle est assistée de son tuteur lors de la signature de la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité. Aucune assistance ni représentation ne sont requises lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire prévue au premier alinéa de l'article 515-3 ».

¹⁰⁵ V. par ex. CSP, art. L. 1122-2, III, al. 3 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*), sur le pouvoir de représentation dévolu en tuteur en cas de recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur une personne majeure en tutelle.

¹⁰⁶ C. civ., art. 459, al. 2 (*ad notam* 97).

¹⁰⁷ C. civ., art. 459, al. 2 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après [...] l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser la personne chargée de cette [...] de cette mesure à représenter l'intéressé, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle ». *Adde*, v. notre recherche, « La "protection juridique avec représentation relative à la personne" ou le renvoi trop discret à l'article 459, alinéa 2 du Code civil », *Gaz. Pal.* 10 avril 2024, p. 26 à 29.

¹⁰⁸ CSP, art. L. 1111-2, III, al. 2 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*) : « Cette information [médicale] est

en outre, mais seulement si la personne protégée ne peut pas consentir seule, ni même avec son assistance, le tuteur dispose du pouvoir de consentir pour elle en matière personnelle¹⁰⁹. Enfin, le juge peut désigner des cotuteurs et décider de la manière dont ils exerceront leurs pouvoirs de protection en matière patrimoniale ou personnelle¹¹⁰.

16. Les trois mandats de protection future. – *Quarto*, le mandat de protection future est pour soi ou pour autrui. Dans les deux cas, c'est une mesure hybride que le droit japonais nomme « *tutelle conventionnelle*¹¹¹ ». En France, la mesure se forme comme un contrat et sa prise d'effet, subordonnée à un contrôle formel du greffier¹¹², est extrajudiciaire. Lorsque ce contrat est conclu sous seing privé, le mandataire a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur¹¹³. Lorsqu'il est conclu en la forme authentique, le mandataire a plus de pouvoir qu'un tuteur en matière patrimoniale¹¹⁴; en revanche, il ne dispose pas du pouvoir d'assistance ni de représentation en matière personnelle que seul le juge peut octroyer¹¹⁵. Conclu pour soi, le mandat de protection future peut aussi être conclu pour autrui mais la forme notariée est requise *ad validitatem*¹¹⁶.

également délivrée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. ».

¹⁰⁹ CSP, art. L. 1111-4, al. 8 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*) : « Le consentement [à l'acte médical] de la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection. Lorsque cette condition n'est pas remplie, il appartient à la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne de donner son autorisation en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée ».

¹¹⁰ C. civ., art. 447, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Celui-ci [Le juge] peut, en considération de la situation de la personne protégée, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer, désigner plusieurs [...] tuteurs pour exercer en commun la mesure de protection. Chaque [...] tuteur est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu des autres le pouvoir de faire seul les actes [d'administration] pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation ».

¹¹¹ K. YAMASHIRO, « La situation des majeurs protégés, parmi les minorités sexuées, sexuelles et genrées », in Y. ITO, B. MORON-PUECH, T. SAITO, dir., *Droits humains des minorités sexuées, sexuelles et genrées. Regards franco-japonais (Colloque : Tokyo, 5 et 6 nov. 2022)*, Société de législation comparée, 2024, p. 237 à 259, spéc. p. 244.

¹¹² C. civ., art. 479, al. 2 ; CPC, art. 1258-2.

¹¹³ C. civ., art. 493, al. 1^{er}.

¹¹⁴ C. civ., art. 490, al. 1^{er}. Le mandataire ne doit solliciter l'autorisation du juge que s'il veut accomplir un acte de disposition à titre gratuit (C. civ., art. 490, al. 2), disposer du logement de la personne protégée (C. civ., art. 426) ou modifier ses comptes bancaires (C. civ., art. 427).

¹¹⁵ C. civ., art. 459, al. 2, applicable par renvoi de l'art. 479.

¹¹⁶ C. civ., art. 477, al. 3.

17. Les trois habilitations familiales et leur triple déclinaison. – *Quinto*, l'habilitation familiale prononcée par le juge est spéciale ou générale et, dans le second cas, par assistance ou par représentation. Le nombre des habilitations familiales peut être porté au triple, car elles se déclinent elles-aussi dans leur domaine d'application, suivant l'étendue du pouvoir de protection et le nombre de personnes habilitées. Spéciale¹¹⁷, elle s'apparente au mandat spécial dans la sauvegarde de justice avec la particularité de ne pas être limitée à un an ; cette habilitation prend fin lorsqu'elle n'a plus d'objet, parce que les actes énumérés par le juge sont accomplis. Générale, elle est prononcée pour dix ans, renouvelable pour vingt ans au maximum¹¹⁸. Elle peut être étendue à la protection de la personne et des biens ou limitée dans son domaine¹¹⁹. Par assistance, l'habilitation familiale générale s'apparente à la curatelle simple¹²⁰ ; par représentation, elle s'apparente au mandat de protection future notarié¹²¹, à ceci près que la personne est protégée par une incapacité d'exercice¹²². De surcroît, le juge peut moduler le pouvoir de protection en matière personnelle. Quelle que soit l'habilitation familiale, il peut attribuer à la personne habilitée un pouvoir d'assistance. Et lorsque l'habilitation familiale est prononcée avec représentation, il peut lui attribuer un pouvoir de représentation. Par ailleurs, le juge peut prendre une cohabilitation familiale, pourvu qu'il précise le seuil en deçà duquel les personnes habilitées disposent d'un pouvoir concurrent et au-delà duquel leur pouvoir de protection est conjoint¹²³.

18. Des combinaisons illimitées qu'il faut rationaliser. – L'extraordinaire éventail des mesures de protection juridique nous montre que la législation ne contient pas cinq ou six mesures mais, suivant ses déclinaisons, plus

¹¹⁷ C. civ., art. 494-1, al. 1^{er} (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*).

¹¹⁸ C. civ., art. 494-6, al. 5 (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*).

¹¹⁹ C. civ., art. 494-6, al. 1^{er} et al. 3 (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*).

¹²⁰ C. civ., art. 494-1, al. 1^{er} (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*), grâce au renvoi opéré à « l'art. 467 [et suivants] ».

¹²¹ C. civ., art. 494-6, al. 1^{er} (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*) : « L'habilitation peut porter sur : un ou plusieurs des actes que le tuteur a le pouvoir d'accomplir, seul ou avec une autorisation, sur les biens de l'intéressé ». Rapp. C. civ., art. 490, al. 1^{er}.

¹²² C. civ., art. 494-9, al. 1^{er} (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*).

¹²³ V. spéc. TJ Evry-Courcouronnes, JCP Juvisy-sur-O., 2 févr. 2021, n° 20/00148 : *Dr. famille* 2021, Comm. 179, note G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP éd. N.*, 2022, 1118, note N. PETERKA. *Add.*, notre recherche, « La pluralité des organes de protection juridique (cotutelle, cocratelle, comandat de protection future et cohabilitation familiale) », *Petites aff.*, n° 7, déc. 2021, p. 29 à 40.

d'une trentaine. On a beau jeu de dire que la législation est conforme au principe d'individualisation¹²⁴ et qu'elle permet au juge d'ajuster la mesure au plus près du besoin de protection de la personne très vulnérable suivant son état et sa situation (médicale, familiale, patrimoniale et sociale) ; une fois prononcée, la mesure doit être comprise par les personnes en charge de la mettre en œuvre, ainsi que par tous les professionnels qui devront connaître la nature et l'étendue des pouvoirs de celle-ci. Or, plus la mesure est individualisée et plus il devient délicat de la présenter sans remettre une copie du jugement qui contient des données personnelles couvertes par le respect de la vie privée¹²⁵. L'efficacité de la mesure repose sur la simplicité de l'offre... et c'est la raison pour laquelle il serait plus rationnel de rapporter l'ensemble des mesures à la sauvegarde de droits par assistance ou par représentation. Inutilement complexe, la législation devient illisible et donc inefficace.

2° Second argument : plus de flexibilité dans la gradation de la protection

19. La distinction de la mesure et de la modalité de mesure ? – Aux griefs tirés d'une analyse quantitative de la législation en vigueur s'ajoute une critique qualitative. Le Conseiller Massip avait été attentif à l'addition des termes « à tout moment » par la loi du 5 mars 2007 dans le prononcé de la curatelle aménagée¹²⁶ ou renforcée¹²⁷. Il y voyait la consécration d'une jurisprudence car « *les juges des tutelles n'hésitaient pas, en pratique, à ouvrir une curatelle renforcée par une décision postérieure à son ouverture*¹²⁸ ». Il soutenait donc, et de manière très audacieuse, que le renforcement ou « *l'aménagement de la curatelle*¹²⁹ » ne se présentaient pas comme des mesures distinctes de la curatelle simple mais

comme les modalités d'une même mesure. En conséquence, Massip soutenait qu'il n'était pas nécessaire d'assortir la décision du juge d'une publicité par émargement de l'acte de naissance¹³⁰. Originale, cette proposition doctrinale aurait permis au juge d'individualiser la mesure au fur et à mesure que le besoin de protection évolue. L'intérêt pratique est considérable pour les juges des tutelles, au regard de leurs difficultés à mettre en place la mesure de protection juridique avec assistance ou représentation relative à la personne, au sens de l'article 459, alinéa 2 du Code civil, ainsi que les y oblige l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020, ayant pour objet d'harmoniser le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles avec le Code civil. Cela dit, cette proposition est incompatible avec les exigences procédurales de l'article 442, alinéa 4 du Code civil qui subordonne le renforcement de la mesure à une saisine du juge par requête¹³¹, d'une part, à la présence d'un certificat médical circonstancié sanctionné par l'irrecevabilité de la requête¹³², d'autre part, et à l'audition du majeur protégé¹³³ de troisième part. *De lege lata*, la formule « à tout moment » est donc d'un intérêt réduit, car la lecture qu'en faisait le Conseiller Massip ne vaut qu'en cas d'allègement de la mesure. *De lege feranda*, les difficultés éprouvées par les juges des tutelles pour réviser les mesures exposées à la caducité le 18 février 2025 parce qu'elles ont été prononcées pour une durée supérieure à vingt ans ou prises pour plus de dix ans sans certificat médical¹³⁴ ni avis de non-évolution favorable de l'état de santé au regard des données actuelles de la science met en évidence le besoin de distinguer la mesure et la modalité de mesure. Seul le passage d'une mesure d'assistance à une mesure de représentation

¹²⁴ C. civ., art. 428, al. 2. V. toutefois sur ce point la belle étude de Mme D. FENOUILLET, « La diversification des mesures de protection », *Dr. famille* 2023, dossier 2.

¹²⁵ C. civ., art. 9. *Adde*, CASF, art. R. 471-2, sur le serment du mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

¹²⁶ C. civ., art. 471 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « À tout moment, le juge peut, par dérogation à l'article 467, énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule ou, à l'inverse, ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée ».

¹²⁷ C. civ., art. 472, al. 1^{er} (*ad notam* 59).

¹²⁸ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois 2009, n° 490.

¹²⁹ Comp. J. MASSIP, « Renouvellement et aménagement d'une curatelle renforcée », note sous Cass., 1^{re} civ., 16 sept. 2014, n° 13-22.929 : *Petites aff.*, n° 65 du 1^{er} avril 2015, p. 13.

¹³⁰ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, préc., n° 492.

¹³¹ C. civ., art. 430.

¹³² C. civ., art. 431.

¹³³ C. civ., art. 432 ; CPC, art. 1220-2.

¹³⁴ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015, art. 26, aux termes duquel les mesures de curatelle et de tutelle révisées pour une durée supérieure à dix ans entre le 1^{er} janvier 2009 et le 18 février 2015 doivent faire l'objet d'une nouvelle révision avant le 18 février 2015, soit dix ans après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle du 16 février 2015, sous peine de devenir caduques. En revanche, si les mesures révisées ont été prises pour une durée comprise entre dix et vingt ans avant le 18 février 2015, elles peuvent aller à leur terme à la double condition qu'un certificat médical ait pu être produit lors du renouvellement indiquant qu'aucune amélioration de l'état de santé du majeur n'était envisageable. *Adde*, Cass., 1^{re} civ., 15 juin 2017, n° 15-23.066 ; *D.* 2017, Jur., p. 1506, note D. NOGUÉRO ; *Dr. famille* 2017, Comm., 189, note I. MARIA ; *LEFP* 2017, 2017/8, n° 1104, p. 5, obs. G. RAOUL-CORMEIL.

doit justifier la procédure la plus protectrice. Il ne faut pas voir un effet de crantage dans le passage d'une assistance limitée à une assistance renforcée. Le renforcement n'est acté qu'en cas de prononcé d'une mesure de représentation. La procédure peut être simplifiée en amont dès lors que le majeur protégé et sa famille disposent en aval de la faculté d'exercer un recours. En somme, la législation devra contenir la flexibilité dont les juges ont besoin pour gérer, de manière raisonnable, les trois à cinq milliers de mesures qui leur sont confiées à chacun. Les scories qui nuisent à la législation actuelle ne tiennent pas seulement à un excès de rigidité. D'autres marquent des lacunes dans le régime du mandat de protection future et de l'habilitation familiale.

20. Les angles-morts du mandat de protection future.

– Le mandat de protection future, cette jeune institution¹³⁵, contient des angles-morts. Le législateur n'a pas envisagé de protection par l'assistance ; il laisse au mandataire le choix de l'opportunité de la mise en place de la mesure sans offrir à la personne protégée, grâce aux formalités de la prise d'effet, de période suspecte dans les deux ans précédents celle-ci. Le passage de la pleine autonomie à la représentation (limitée à la matière patrimoniale) risque selon les cas d'être anticipé ou retardé ; en cette période de doute, la protection par l'assistance fait cruellement défaut¹³⁶. Les notaires auraient pu créer une obligation contractuelle d'assistance de transition à la charge du mandataire à la protection future au premier signe d'alerte, quitte à habilitier un mandataire à l'alerte ou à confier au contrôleur ce devoir d'alerte. L'argument « Qui peut le plus peut le moins » justifiait cette audace contractuelle... mais il faut convenir que la distinction entre ce qui est disponible et ce qui ne l'est pas n'est pas nette. L'entrée du mandat de protection future marque un fort retrait du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

¹³⁵ Sur lequel, v. J. HAUSER, « L'enfance du mandat de protection future » : *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 709 à 722.

¹³⁶ Le mandat de protection future par assistance fut proposé en 2018 : V. not. A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, préc., p. 45, et la contribution de N. PETERKA, « Les insuffisances du mandat de protection future en droit français (L'exemple du mandat de protection extrajudiciaire belge) », t. 2, annexe, p. 329 à 350. Puis en 2020 : 116^e Congrès des notaires de France, Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits, Oct. 2020, § 1181, p. 80. Sur cette proposition, ses vertus et les difficultés de mise en œuvre, v. G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future par assistance », *Sol. Not. Hebdo*, 2020, n° 31, p. 16 à 20. La loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 pour bâtir le bien-vieillir en France (réf. *ad notam* 80) n'a pas comblé cette lacune mais la proposition de loi, adoptée en première lecture, avait cette ambition.

mais certaines dispositions légales marquent un doute du législateur. Ainsi, d'un côté, le mandat de protection future s'étend à la protection de la personne mais le mandataire est soumis au droit commun¹³⁷. À ce titre, le mandat de protection future ne peut conférer au mandataire un pouvoir d'assistance en matière personnelle, ni même un pouvoir de représentation, car cette habilitation est réservée au « juge¹³⁸ ». La loi du 23 mars 2019 qui a renforcé le principe de subsidiarité en rehaussant le mandat de protection future qui a pris effet¹³⁹ aurait pu offrir aux contractants plus de liberté dans la protection de la personne, au risque de rendre cette mesure contractuelle insuffisante. Les pouvoirs publics ont cependant entendu les reproches et introduit le mandat de protection future dans le Code de la santé publique dans certaines dispositions spéciales¹⁴⁰ mais l'essentiel reste à faire. Les incertitudes en la matière sont si nombreuses qu'elles justifient à elles-seules de repenser le mandat de protection future et se demander si l'absence d'homologation judiciaire¹⁴¹ n'est pas une erreur à corriger. Le cas échéant, la sauvegarde des droits par assistance ou par représentation, celle-là même qui peut être prononcée par le juge, peut être anticipée en la forme contractuelle.

21. Les angles-morts de l'habilitation familiale.

– L'habilitation familiale contient aussi des angles-morts, et cela malgré la loi de ratification du 18 novembre 2016 qui a corrigé et donc modifié l'ordonnance du 15 octobre 2015, malgré aussi la loi du 23 mars 2019 qui l'a également

¹³⁷ C. civ., art. 479, al. 1^{er} : « Lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2. Toute stipulation contraire est réputée non écrite ».

¹³⁸ C. civ., art. 459, al. 2 (*ad notae* 97 et 107). La loi de 2007 permet au juge de prononcer une tutelle complémentaire du mandat de protection future (C. civ., art. 485). Sur cette articulation, v. L. GATTI, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, préf. R-N. SCHÜTZ, t. 75, Thèse Poitiers (2015), LGDJ-P.U. Poitiers, n° 127, p. 101.

¹³⁹ C. civ., art. 428, al. 1^{er}. *Adde*, Cass., 1^{re} civ., 4 janv. 2017, *AJfam.* 2017, p. 144, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2017, p. 191, note D. NOGUÉRO ; *Defrénois* 2017, p. 245, note A. BATTEUR ; *RTD civ.* 2017, p. 100, obs. J. HAUSER. *Adde*, N. PETERKA, « Le mandat de protection future : bilan et perspectives », *Defrénois* 2017, n° 8, p. 497 à 508.

¹⁴⁰ De rares textes spéciaux, réécrits par l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020, visent les trois mesures (mandat de protection future qui a pris effet, tutelle et habilitation familiale par représentation) : CSP, art. L. 1122-2, al. 12 (recherche médicale) ; art. L. 3212-2 (soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent) ; art. L. 6322-2 (chirurgie esthétique). Mais pourquoi la formule n'a-t-elle pas été définie dans un texte général ?

¹⁴¹ Homologation judiciaire nécessaire en droit québécois et monégasque.

améliorée. D'abord, l'absence de renvoi aux articles 503, 510 à 515 du Code civil¹⁴², libère la personne habilitée de deux devoirs impératifs : faire dresser un inventaire, en début de mesure, puis l'actualiser en cas de besoin, d'une part, établir des comptes-rendus annuels de gestion, d'autre part. Fréquente dans le discours des notaires où l'accent est porté sur la simplification des devoirs des « *protecteurs naturels*¹⁴³ », promue et justifiée par la concorde familiale¹⁴⁴, cette présentation habituelle de l'habilitation familiale est cependant tronquée. En cas de difficulté¹⁴⁵, dont il est averti par le signalement d'un tiers, le juge convoque la personne habilitée et lui demande de se justifier sur la manière dont sont gérés les revenus du majeur protégé et sont prises les garanties pour sauvegarder ses intérêts tant personnels que patrimoniaux. La légèreté de la personne habilitée risque de lui faire ombrage et justifier sa décharge. Ce discours est également tronqué dans la mesure où les héritiers du majeur protégé disposent, contre la personne habilitée, des recours que les héritiers d'un mandant tiennent contre un mandataire¹⁴⁶. Les auteurs de l'ordonnance du 15 octobre 2015 ont péché par excès d'idéalisme ; ils ont offert aux personnes habilitées de prendre en charge la personne et les biens d'un majeur

en grande vulnérabilité pour une durée de dix à vingt ans¹⁴⁷, sans se demander si, avec le temps, de mauvaises habitudes ne seraient pas prises, faute de contrôle.

Autre angle-mort, il est regrettable que les pouvoirs d'assistance de la personne habilitée soient définis par un renvoi limité à l'article 467 du Code civil. Il aurait fallu viser les articles 467 à 472 du Code civil. Bien sûr la jurisprudence pourrait combler cette lacune et juger que le renvoi est moins formel que substantiel. Ainsi, l'assistance de la personne habilitée devrait être également requise pour introduire une action en justice ou y défendre¹⁴⁸.

Dernier angle-mort, lorsque le juge des tutelles met fin à l'habilitation familiale¹⁴⁹, il est dessaisi et ne peut donc pas, s'il n'est pas à nouveau saisi par une requête conforme aux articles 430 et 431 du Code civil, prononcer une curatelle ou une tutelle pour maintenir la protection. En attendant la réécriture du titre XI du Livre premier du Code civil, la jurisprudence pourrait passer outre cette absence de passerelle¹⁵⁰ et maintenir sa saisine sur le fondement du devoir général de surveillance du juge des tutelles¹⁵¹, car il a été valablement saisi par une requête et un certificat médical circonstancié.

Tous ces petits défauts pourraient être corrigés par ordonnance. Mais, en réécrivant le titre XI du Livre premier du Code civil, les auteurs du projet d'ordonnance découvrirait le besoin de repenser la matière et de la simplifier tout en maintenant, à hauteur de principes, le besoin de rédiger une législation claire, efficace et cohérente. Un tel travail est l'apanage du législateur car la protection juridique des majeurs demeure du domaine de la loi. Alors, d'une main tremblante, dessinons à grands traits ce que pourrait être le régime de la sauvegarde des droits.

¹⁴² Comp. C. civ., art. 472, al. 3 (curatelle renforcée) et 486 (mandat de protection future).

¹⁴³ CA Lyon, 17 nov. 1952, *D.* 1953, Jur., p. 253, note P. GERVÉSIE ; *JCP.*, éd. G., 1953, II, 7541, note R. SAVATIER. Selon cet arrêt, « *avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une opération chirurgicale, le médecin est tenu, hors le cas de nécessité [c'est-à-dire d'urgence], d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade ou, dans le cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale, ou que leurs liens de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels* ». L'arrêt de la Cour d'appel de Lyon a été maintenu par Cass., 1^{re} civ., 8 nov. 1955, *JCP.*, éd. G., 1955, 9414, note R. SAVATIER.

¹⁴⁴ C. civ., art. 494-4, al. 2 (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*) : « Le juge s'assure de l'adhésion ou, à défaut, de l'absence d'opposition légitime à la mesure d'habilitation et au choix de la personne habilitée des proches mentionnés à l'article 494-1 qui entretiennent des liens étroits et stables avec la personne ou qui manifestent de l'intérêt à son égard et dont il connaît l'existence au moment où il statue ».

¹⁴⁵ C. civ., art. 494-10, al. 1^{er} (*Loi n° 2010-222 du 23 mars 2010*) : « Le juge statue à la demande de tout intéressé ou du procureur de la République sur les difficultés qui pourraient survenir dans la mise en œuvre du dispositif ».

¹⁴⁶ C. civ., art. 494-1, al. 1^{er} *in fine* (*Ord. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015*) : « Lorsqu'une personne est dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts [...], le juge des tutelles peut habiliter une ou plusieurs personnes [...] à la représenter, à l'assister dans les conditions prévues à l'article 467 ou à passer un ou des actes en son nom dans les conditions et selon les modalités prévues à la présente section et à celles du titre XIII du livre III qui ne lui sont pas contraires, afin d'assurer la sauvegarde de ses intérêts ». *Add.*, C. civ., art. 1992 : « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion ».

¹⁴⁷ C. civ., art. 494-6, al. 5 (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*).

¹⁴⁸ C. civ., art. 468, al. 3.

¹⁴⁹ C. civ., art. 494-11.

¹⁵⁰ Comp. TI Caen, Juge des tutelles, 10 octobre 2017, n° 17/A/00663 ; *Ajffam.* 2018, p. 127, obs. G. RAOUL-CORMEIL, où le juge des tutelles de Caen a prononcé une tutelle après avoir mis fin à une habilitation familiale générale par représentation.

¹⁵¹ V. au titre des dispositions communes à toutes les mesures de protection juridique, y compris l'habilitation familiale : C. civ., art. 416 : « Le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort ».

II.- L'architecture de la « sauvegarde des droits »

22. Une mesure à trois entrées dissociées d'un régime à trois vitesses. – La mesure de sauvegarde des droits devra être par assistance ou par représentation. La dualité devra être maintenue, car elle est un héritage du passé. 1804, l'interdiction et le conseil judiciaire ; 1968, la curatelle et la tutelle ; 2019, l'habilitation familiale par assistance et par représentation. Mais cette nouvelle mesure, à deux niveaux, doit avoir un régime qui ne dépende pas seulement de ses causes : judiciaire, « *para-judiciaire*¹⁵² » ou contractuelle. Il n'est pas compréhensible que le mandataire à la protection future qui a contracté, devant notaire, avec le mandant qui l'a choisi soit nécessairement soumis à un inventaire et un compte-rendu de gestion¹⁵³, alors que la personne habilitée, dans l'habilitation familiale générale par représentation en soit systématiquement dispensé. La sauvegarde des droits par assistance et la sauvegarde des droits par représentation doivent être des mesures distinctes¹⁵⁴, ce qui ne signifie pas que le juge ne puisse pas, à l'intérieur des branches de cette *summa divisio*, moduler la protection en fonction du besoin individuel de protection. L'assistance peut être simple ou renforcée. Le notaire doit aussi, dans les limites fixées par la loi, pouvoir moduler le pouvoir de protection, en fonction de la situation et de l'état du mandant. C'est là l'essentiel : la mesure doit être pensée au regard des seuls besoins de la personne protégée (A.). Le contexte de sa préparation est important et peut justifier des règles spéciales mais la possibilité d'anticiper ou l'urgence de désigner un tiers-protecteur, ne doit pas avoir l'influence exorbitante qu'elle a aujourd'hui sur le régime de la protection. Les passerelles entre les modalités d'exercice, les conditions de changement de protecteur et le régime des tiers-protecteurs doivent aussi être pensés dans des dispositions communes pour éviter les angles-morts (B.).

A.- Une protection graduée suivant le besoin de protection

1^o Premier axe : une protection graduée dans le domaine patrimonial

23. Philosophie générale. – La curatelle et de la tutelle doivent inspirer la dualité de la sauvegarde des droits, par assistance et par représentation. La distinction des pouvoirs du tiers-protecteur doit être nette, fixe, car la préservation des intérêts patrimoniaux de la personne protégée doit être mise en œuvre dans le souci de respecter la sécurité juridique des contrats. Les futurs contractants doivent savoir à quoi s'en tenir ; la connaissance de la mesure, l'identité du tiers-protecteur et l'étendue de ses pouvoirs de protection doivent donc être accessibles. Il faudra donc revoir le régime du fichier national dématérialisé des mesures de protection juridique¹⁵⁵ et envisager des accès directs et cloisonnés aux notaires, aux auxiliaires de justice, aux banques, aux assureurs, aux services juridiques des hôpitaux, pour leur permettre d'avoir les informations qui leur sont nécessaires. Il faudra aussi se demander si cette publicité numérique s'ajoute ou remplace la publicité par émargement des actes de naissance qui est aujourd'hui encore directement accessible à tout intéressé.

24. L'assistance en matière patrimoniale. – La sauvegarde des droits par assistance doit devenir le régime de référence, au sens où le juge des tutelles doit aujourd'hui envisager la curatelle avant la tutelle¹⁵⁶. La loi du 5 mars 2007 avait conçu des régimes parfaitement gradués et hiérarchisés. L'héritage du droit patrimonial doit être préservé dans ce droit de la protection des majeurs où les aspects personnels croisent les enjeux patrimoniaux¹⁵⁷. Les pouvoirs d'assistance du tiers-protecteur doivent être déterminés de manière claire, directe et démystifiée, non plus par renvoi comme c'est aujourd'hui le cas depuis 1968 où les pouvoirs du curateur sont définis suivant le tracé des pouvoirs du tuteur¹⁵⁸. Non

¹⁵² B. TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^e éd., 2024, n° 1214, p. 671, car l'auteur place l'habilitation familiale dans les modes contractuels de la protection, en raison de sa nature hybride.

¹⁵³ C. civ., art. 486 et 491 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁵⁴ Sur l'individualisation de la mesure grâce à la dissociation de la source et des pouvoirs, v. déjà notre recherche, « Le droit de la protection des majeurs », in B. TEYSSIÉ (dir.), *Les métamorphoses du droit des personnes*, LexisNexis, coll. Hors collection, 2023, p. 301 à 329, spéc. n° 21 et s.

¹⁵⁵ C. civ., art. 427-1 (*Loi n° 2024-317 du 8 avril 2024*).

¹⁵⁶ C. civ., art. 440 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁵⁷ Sur la théorie générale des actes mixtes esquissés par les auteurs du colloque de Caen du 21 mars 2014, v. J. ROCHFELD, Th. VERHEYDE, N. PETERKA, A. BATTEUR, L. MAUGER-VIELPEAU et J. HAUSER, in J.-M. PLAZY et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 267 à 382.

¹⁵⁸ C. civ., art. 510 (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) : « [La personne] en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui, [en cas de tutelle], requerrait une autorisation [du juge ou] du conseil de famille ». Les mots mis entre crochets sont ceux qui ont

seulement la tutelle ne doit plus être le régime de référence mais le périmètre des pouvoirs du tiers-protecteur ne doit plus être déterminé sur son modèle. D'abord, le régime des actes d'administration¹⁵⁹ peut rester unitaire et contenir un espace d'autonomie pour la personne protégée. Ensuite, le régime des actes de disposition¹⁶⁰ peut également être homogène. La personne protégée doit être assistée pour l'accomplissement de ces actes mais la nullité n'est encourue que si elle a perçu un préjudice. La consécration d'une jurisprudence¹⁶¹ par la loi du 5 mars 2007 fut une décision juste¹⁶², d'autant plus sage que le contentieux est assez restreint¹⁶³. Aucun acte de

disposition interdit au majeur en tutelle ne doit l'être à un majeur en sauvegarde des droits par assistance¹⁶⁴. Le recours au juge des tutelles doit être limité aux hypothèses d'un désaccord¹⁶⁵. On peut même se demander si l'autorisation du juge des tutelles doit encore être requise pour la modification des comptes bancaires¹⁶⁶. Quant à la protection du logement, l'autorisation du juge des tutelles pourrait être limitée à la résidence principale¹⁶⁷. Les règles devront être précises et autonomes, plus complètes et lisibles qu'elles ne le sont aujourd'hui ; elles pourraient, en cas de besoin, connaître des modulations selon que la protection est contractuelle ou judiciaire, et dans ce cas, selon que le contexte est à la concorde ou à la discorde.

25. L'assistance renforcée en matière patrimoniale. – La sauvegarde des droits par assistance pourrait être modulée à tout moment : être aménagée ou renforcée. Suivant le conseil de Jacques Massip, cette modulation de mesure pourrait être faite par le juge après le prononcé de la mesure, à tout moment. L'aménagement de la sauvegarde des droits ne pose pas de difficultés ; en revanche, il faudra être rigoureux en ce qui concerne la forme renforcée de la sauvegarde des droits par assistance. L'idée de confier à un tiers-protecteur le pouvoir de percevoir les revenus au nom du majeur protégé et de payer ses dettes à partir d'un compte bancaire ouvert à son nom doit reposer sur la constatation sociale et médicale que la personne n'est pas apte à prendre en mains la gestion de son patrimoine dans les actes de la vie courante¹⁶⁸. Derrière cette idée, il y a celle de confier au tiers-protecteur le devoir de sauvegarder les droits sociaux et de remplir les déclarations et les formulaires nécessaires.

été substitués par le législateur de 2007, à l'article 467, alinéa 1^{er}, du Code civil aujourd'hui encore en vigueur. En 1968, ce renvoi substantiel de la curatelle à la tutelle était un acte de pédagogie du législateur car il permettait de saisir la gradation du pouvoir dans la protection des biens. La règle offrait ainsi une comparaison des deux régimes principaux de protection des biens en croisant la distinction exprimée (curatelle et tutelle) avec la distinction sous-entendue (actes d'administration et de disposition). Mais cette règle est devenue un trompe-l'œil dans la législation réformée : le renvoi de la curatelle à la tutelle n'est plus opérationnel dans la gestion patrimoniale. Non seulement le renvoi n'aurait pas dû être repris par la loi du 5 mars 2007 (premier angle mort, né de l'introduction des « actes interdits » définis à l'article 509 du Code civil) mais il aurait dû être corrigé par la loi du 23 mars 2019 (second angle mort, né de l'introduction des « actes de disposition déjudiciarisés » en tutelle, tels que l'acceptation pure et simple d'une succession en présence d'une attestation notariée selon laquelle l'actif est manifestement supérieur au passif, cf. art. 507-1 C. civ.).

¹⁵⁹ Décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008, art. 1^{er}.

¹⁶⁰ Décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008, art. 1^{er}.

¹⁶¹ Cass., civ. 1^{re}, 16 octobre 1985, n° 84-11.123 P ; *D.* 1986, Jur., p. 154, note J. MASSIP ; *Defrénois* 1986, art. 33690, n° 11, p. 334, obs. J. MASSIP ; H. CAPITANT, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 14^e éd. par F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, Dalloz, 2024, t. 1, n° 75, p. 577.

¹⁶² C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 2^o (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁶³ V. par ex., à propos d'un contrat de téléphonie mobile : Comp., à propos de la téléphonie mobile : CA Amiens, 8 juill. 2021, n° 19/06070, *Dr. fam.*, n° 5, mai 2022, p. 39, note D. GUÉRIN ; Récurrente est, en revanche, la nullité des assignations du seul majeur en curatelle lorsque le curateur n'a pas non plus été assigné, ainsi que l'exige l'article 468, alinéa 3 du Code civil. V. not. Cass., 1^{re} civ., 16 mars 2016, n° 15-13.745, B ; *AJ fam.* 2016, p. 267, obs. Th. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2016, p. 322, obs. J. HAUSER ; Cass., 1^{re} civ., 15 nov. 2023, n° 22-15.511, FS-B ; *Dalloz actualité*, 22 nov. 2023, obs. C. HÉLAINE ; *RJPF* 2024-291/2, p. 10 à 18, spéc. p. 15, obs. G. RAOUL-CORMEIL où la percée de l'autonomie reconnue au majeur en curatelle d'ester en justice ou d'exercer un recours paraît limiter aux actes strictement personnels (Comp. Cass., 1^{re} civ., 6 nov. 2013, n° 23-10.096, B. ; n° 12-23.766, *AJ fam.* 2013, p. 717, obs. T. VERHEYDE ; *D.* 2014, p. 467, note G. RAOUL-CORMEIL, et p. 2261, obs. J.-M. PLAZY ; *RTD civ.* 2014, p. 84, obs. J. HAUSER) et à la contestation du maintien de soins psychiatriques sans consentement (Cass., 1^{re} civ., 5 juill. 2023, n° 23-10.096, B., *AJ fam.*, 2023, p. 466, obs. V. MONTOURCY ; *D.* 2023, p. 1498, note J.-J. LEMOULAND et G. RAOUL-CORMEIL ; *Dr. famille* 2023, n° 48, note I. MARIA ; *RTD civ.* 2023, p. 599, obs. A.-M. LEROYER).

¹⁶⁴ Cass., 1^{re} civ., avis, 6 déc. 2018, n° 18-70.011 : « En toute hypothèse, dans le silence ou l'ambiguïté des textes, ceux-ci doivent être interprétés dans un sens favorable à la capacité de la personne protégée ». *Adde*, *AJ Famille* 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

¹⁶⁵ C. civ., art. 469, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁶⁶ C. civ., art. 427, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*, mod. *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*).

¹⁶⁷ C. civ., art. 426 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) ; Rapp. C. civ., art. 490-2 (*Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968*). Sur lequel, v. G. GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 1989, n° 569 et s., p. 479 à 484.

¹⁶⁸ C. civ., art. 512 (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) ou 472 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*). La Cour de cassation est vigilante sur le critère de la curatelle renforcée. V. la jurisprudence citée par D. NOGUÉRO, « Mise en place à motiver de la curatelle renforcée », *D.* 2023, Pan., p. 1195.

Il faudra conserver l'obligation faite au tiers protecteur de déposer l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou de le lui verser entre ses mains. Il faudra préciser qu'il a l'obligation d'établir un budget avec l'intéressé, de dresser un inventaire et d'établir un compte-rendu de gestion. Le principe pourrait être aménagé par le juge au regard de la situation de l'intéressé ou de sa volonté s'il a choisi la forme contractuelle de la sauvegarde des droits.

26. La représentation en matière patrimoniale. – La sauvegarde des droits par représentation pourrait être justifiée par le seul besoin d'être représenté dans tous les actes de la vie civile¹⁶⁹. Il faudra soustraire au pouvoir général de représentation en matière patrimoniale la faculté pour la personne protégée d'accomplir seuls des actes usuels, c'est-à-dire des actes de la vie courante non lésionnaires et exercés habituellement. Si le tiers protecteur est un professionnel, on peut imaginer sans difficulté que son pouvoir de représentation comprend les actes conservatoires, les actes d'administration et certains actes de disposition, déjudiciarisés¹⁷⁰ : tous ceux qui peuvent être pris sur l'évaluation d'un autre professionnel (assureur, banquier, notaire). Par contraste, ce tiers protecteur ne peut passer, en principe, les actes de disposition. Et que les actes de disposition les plus graves méritent d'être soustraits à son pouvoir de disposition, même avec une autorisation du juge. La liste établie en 2007 pour le tuteur¹⁷¹ pourrait être révisée à la lumière de celle posée pour l'administrateur légal des biens du mineur¹⁷². La renonciation à un droit acquis sans contrepartie, l'acquisition d'un droit contre le majeur protégé ou l'exercice du commerce ou d'une profession libérale demeurent le socle des actes interdits. Il faudra se montrer plus flexible lorsque la sauvegarde des droits aura

été anticipée sous la forme d'un contrat, quitte à instituer un double consentement, celui du tiers protecteur et d'un contrôleur de l'exercice du pouvoir de représentation, en s'assurant qu'aucun n'est en opposition d'intérêts. Au titre des actes protégés toujours soumis à l'autorisation du juge, qui peuvent être des actes d'administration (tel le bail), peut demeurer la disposition du logement. Cela dit, on peut envisager de réduire la portée de l'article 426 du Code civil à la résidence principale et de déjudiciariser l'acte si le tiers protecteur est soutenu dans sa démarche par un tiers contrôleur.

2° Second axe : une protection graduée dans le domaine extrapatrimonial

27. Philosophie générale. – L'esprit du droit positif de la protection majeur réside dans l'article 415 du Code civil. La mesure de protection doit favoriser, autant qu'il est possible, l'autonomie de la personne. Tel le tuteur lié au pied de tomate, la personne en charge de la protection doit soutenir le sujet protégé dans l'exercice de ses droits ; non pas pour l'abaisser ainsi que le suggèrent maladroitement les expressions « sous curatelle » ou « sous tutelle » mais pour lui permettre de se tenir debout en société. *De lege lata*, être « en curatelle » ou « en tutelle », *de lege ferenda*, être « en sauvegarde de ses droits », ce n'est pas être au-dessus des autres citoyens mais ne pas être moins bien traités que les sujets non protégés. Les mesures de protection juridique sont un moyen de mettre en œuvre le principe d'égalité devant la loi. La mesure doit être mise en œuvre dans le seul intérêt du majeur protégé ; la prescription de l'article 415, alinéa 3 du Code civil, ne signifie se soustraire à l'intérêt général. L'autonomie de la personne protégée n'est pas seulement un objectif à atteindre ; elle a pour socle – respect de la dignité humaine oblige¹⁷³ – l'ensemble des actes strictement personnels que seule la personne protégée peut accomplir, sans assistance ni représentation¹⁷⁴. La loi du 5 mars 2007 a introduit la catégorie juridique et lui a donné un contenu en posant une présomption irréfragable de qualification¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Rappr. C. civ., art. 440, al. 3 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « 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 ».

¹⁷⁰ V. not. N. PETERKA, « Réforme de la justice. La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019 Progrès ou recul de la protection ? », *JCP*, éd. G. 2019, doct. 437 ; J.-J. LEMOULAND, « Simplifier et recentrer le rôle du juge dans le domaine de la protection des majeurs. Les apports de la loi du 23 mars 2019 », *D.* 2020, chron., p. 827 ; J. COMBRET, D. NOGUÉRO, « Personnes vulnérables [...] et statut personnel : réforme de la justice et prospective », *Deffrénois* 4 avr. 2019, n° 14, p. 28 ; S. PRÉTOT, « Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : une nouvelle déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille », *Droit & patr.*, 2019, n° 297, p. 140 à 19.

¹⁷¹ C. civ., art. 509 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*). *Adde*, Cass. 1^{re} civ., avis, 20 octobre 2022, n° 22-70.011 (*ad notam* 64).

¹⁷² C. civ., art. 387-2 (*Ord. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015*).

¹⁷³ C. civ., art. 415, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁷⁴ C. civ., art. 458, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée ».

¹⁷⁵ C. civ., art. 458, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Sont réputés strictement personnels [l'indication du nom de la mère ou du père dans] la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance,

La catégorie des actes strictement personnels s'est ouverte à des actes cependant soumis à une autorisation du juge (testament¹⁷⁶, directives médicales anticipées¹⁷⁷, désignation d'une personne de confiance¹⁷⁸). En matière personnelle, l'autonomie peut être poussée plus loin : elle s'étend à l'acte de choisir son lieu de vie¹⁷⁹, son entourage¹⁸⁰ et toutes les décisions qui touchent au quotidien de la vie¹⁸¹. Dans un souci de rendre la mesure de protection juridique plus supportable, le législateur de 2007 s'est efforcé d'adoucir son poids dans le quotidien de la vie.

28. La graduation dans la protection de la personne.

– Les limites à l'autonomie de la personne protégée sont d'abord d'ordre factuel ; elles tiennent à l'empêchement de l'intéressé de prendre les décisions qui tiennent à son intimité. La désignation d'un tuteur à la personne, ayant reçu le pouvoir de la représenter en matière personnelle, permet de pallier son impossibilité de désigner une personne de confiance. La faculté laissée à l'enfant ou à sa mère de

demander un acte de notoriété au notaire¹⁸² ou d'agir en recherche de paternité¹⁸³ permet de pallier l'impossibilité pour un homme de reconnaître son enfant. Le législateur de 2022 a ouvert une alternative à l'impossibilité pour un jeune majeur de consentir à sa propre adoption simple¹⁸⁴. Si ces limites à l'autonomie de la personne gênent la personne dans son quotidien pour prendre des décisions, le juge, pourvu qu'il se fonde sur le certificat médical circonstancié, peut octroyer au tiers protecteur un pouvoir d'assistance¹⁸⁵ à la personne ou de représentation¹⁸⁶ à la personne. La loi du 23 mars 2019 a levé les autorisations à mariage¹⁸⁷, souhaitant soumettre les majeurs protégés aux seules protections du droit commun¹⁸⁸. La décision de s'unir ou de se désunir est personnelle et le tiers-protecteur a un rôle limité à la sécurisation de la mise en œuvre de cette décision, ainsi que l'illustre parfaitement le droit du pacte civil de solidarité¹⁸⁹. Toute cette bienveillance peut être maintenue *de lege feranda*. La sauvegarde des droits permettra de traiter de manière égale tous les majeurs protégés. Rien ne justifie aujourd'hui que les majeurs en curatelle et en tutelle soient inéligibles, alors que les personnes protégées par une habilitation familiale par assistance ou par représentation restent éligibles, ainsi que celles et ceux dont le mandat de protection future a pris effet¹⁹⁰.

les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ».

Adde, Cass., 1^{re} civ., 6 nov. 2013, n° 23-10.096 (*ad notam* 164).

¹⁷⁶ C. civ., art. 476, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Elle [La personne en tutelle] ne peut faire seule son testament après l'ouverture de la tutelle qu'avec l'autorisation du juge [...], à peine de nullité de l'acte. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion ». *Adde*, Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-10.340 ; *AJ fam.* 2017, p. 250, note G. RAOUL-CORMEIL ; *Petites affiches*, 2017, n° 84, note D. NOGUÉRO ; *Dr. famille* 2017, Comm. 109, note I. MARIA ; *RTD civ.* 2017, p. 354, obs. J. HAUSER.

¹⁷⁷ CSP, art. L. 1111-11, al. 7 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*) : « Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, elle peut rédiger des directives anticipées avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. La personne chargée de la mesure de protection ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion ».

¹⁷⁸ CSP, art. L. 1111-6, al. 4 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, mod. Loi n° 2024-317 du 8 avril 2024*) : « Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, elle peut désigner une personne de confiance avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée avant la mesure de protection, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer la désignation de cette personne ou la révoquer ».

¹⁷⁹ C. civ., art. 459-2, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « La personne protégée choisit le lieu de sa résidence ».

¹⁸⁰ C. civ., art. 459-2, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Elle entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Elle a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci ».

¹⁸¹ C. civ., art. 459, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « [...] la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ».

¹⁸² C. civ., art. 317 (*Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005, mod. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*).

¹⁸³ C. civ., art. 327 (*Loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 ; Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005*).

¹⁸⁴ C. civ., art. 350 (*Loi n° 2022-219 du 21 février 2022, mod. Ord. n° 2022-1292 du 5 oct. 2022*) : « Le tribunal peut prononcer l'adoption, si elle est conforme à l'intérêt de l'adopté, [...] d'un majeur protégé, [...] hors d'état d'y consentir personnellement, après avoir recueilli l'avis [...] de la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne ». Sur ce texte, v. not. S. PRÉTOT, « La réforme de l'adoption ou le symptôme d'un législateur mal en point », *JCP*, éd. N., n° 14 du 8 avril 2022, p. 27 à 34.

¹⁸⁵ C. civ., art. 459, al. 2 *in limine* (*ad notam* 97).

¹⁸⁶ C. civ., art. 459, al. 2 *in fine* (*ad notam* 107).

¹⁸⁷ C. civ., art. 460 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, ad notam* 28).

¹⁸⁸ C. civ., art. 175 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, ad notae* 95 et 104). Il aurait convenu d'écrire que la personne en charge de la protection a qualité pour s'opposer au mariage du majeur protégé, au lieu de s'en tenir à la curatelle et à la tutelle, car les enfants ne peuvent pas s'opposer au mariage de leurs parents.

¹⁸⁹ V. spéc. C. civ., art. 462, al. 3 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « La personne en tutelle peut rompre le pacte civil de solidarité par déclaration conjointe ou par décision unilatérale. La formalité de signification prévue au cinquième alinéa de l'article 515-7 est opérée à la diligence du tuteur. Lorsque l'initiative de la rupture émane de l'autre partenaire, cette signification est faite à la personne du tuteur ».

¹⁹⁰ Les majeurs en curatelle et en tutelle ne peuvent être élus conseiller municipal (C. élec., art. L. 230), conseiller départemental (C. élec., art. L. 200), député (C. élec., art. LO129), sénateur (C. élec. art. LO296),

Il existe des incapacités de jouissance de protection. Lorsque le juge prononce une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, il déclenche une série d'interdits ; la loi interdit aux personnes les plus vulnérables de faire don de leur sang¹⁹¹, de leurs organes entre vifs¹⁹², de leurs tissus¹⁹³ et, à leur mort, de leur corps à la science¹⁹⁴. Au fond, il est donc difficile de rejeter complètement les techniques de l'incapacité de jouissance et d'exercice de la protection de la personne. En la forme, le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles s'articulent mieux que naguère avec le Code civil mais les dispositions les plus protectrices pourraient être écrites de manière plus intelligible¹⁹⁵. Le contenu de la sauvegarde des droits par assistance ou par représentation doit être dissocié du contexte dans lequel la mesure est préparée.

B.- Une protection dissociée du contexte de sa préparation

29. La sauvegarde contractuelle des droits. – *De lege lata*, le mandat de protection future est un progrès même s'il n'est pas encore entré complètement dans nos mœurs et nos usages juridiques¹⁹⁶. Cet acte juridique permet à tout à chacun d'anticiper sur sa propre inaptitude et d'attirer

conseiller territorial de Saint-Barthélemy (C. élec., art. LO481), de Saint-Martin (C. élect., art. LO508) et de Saint-Pierre-et-Miquelon (C. élect., art. LO536).

¹⁹¹ CSP, art. L. 1 221-5 (*Loi n° 2021-1017, 2 août 2021*).

¹⁹² CSP, art. L. 1 231-2 (*Loi n° 2021-1017, 2 août 2021*).

¹⁹³ CSP, art. L. 1 241-2 (*Loi n° 2021-1017, 2 août 2021*).

¹⁹⁴ CSP, art. L. 1 261-1 (*Loi n° 2021-1017, 2 août 2021*).

¹⁹⁵ Les majeurs en curatelle et en tutelle ne peuvent être élus conseiller municipal (C. élec., art. L. 230), conseiller départemental (C. élec., art. L. 200), député (C. élec., art. LO129), sénateur (C. élec. art. LO296), conseiller territorial de Saint-Barthélemy (C. élec., art. LO481), de Saint-Martin (C. élect., art. LO508) et de Saint-Pierre-et-Miquelon (C. élect., art. LO536). On ne reviendra pas sur le rétablissement du droit de vote des majeurs en tutelle. Sur cette métamorphose, v. D. NOGUÉRO, « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés », *JDSAM*, 2017, n° 16, p. 128 à 137 ; reprod. in G. RAOUL-CORMEIL et A. CARON-DÉGLISE, coord., *La vie privée de la personne protégée, In memoriam Thierry Verheyde*, éd. Mare & Martin, 2019, p. 75 à 104. J.-F. DE MONTGOLFIER, « Une question civile et politique ! À propos de la privation du droit de vote des majeurs sous tutelle », *RTD civ.* 2018, p. 41 ; C. AYNÈS, « le vote du "fou" : citoyenneté et capacité à la lumière de la réforme du 23 mars 2019 », *Jus Politicum, Rev. dr. pol.*, 2021, n° 26, p. 245 à 255.

¹⁹⁶ Sur la présomption d'inadaptation et d'inefficacité de la loi, v. J. HAUSER, « Les mesures judiciaires, solutions subsidiaires au mandat de protection future ? », in G. RAOUL-CORMEIL (coord.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 13 à 24, spéc. p. 16.

l'attention du mandataire ou des mandataires qu'il s'est choisi sur ses préférences et les points de vigilance dans la gestion de son patrimoine. Le mandat de protection future présente trois difficultés. L'anticipation peut donner le vertige sur l'ampleur du domaine de la protection : la personne et les biens, la vieillesse et la fin de vie, les mesures de conservation et la possibilité de réaliser des libéralités lorsque l'opportunité se présentera¹⁹⁷. La réflexion est nécessaire et rien n'empêche d'actualiser le contrat de protection tant que les conditions de sa prise d'effet ne sont pas réunies. Autre difficulté, le mandant et son notaire doivent disposer du personnel nécessaire pour mettre en œuvre la protection organisée : il faut des mandataires exécutifs, des mandataires suppléants en cas d'opposition d'intérêts et des mandataires contrôleurs. Il faut aussi faire face à l'impossibilité du mandataire d'honorer son engagement ou accepter sa décision de le résilier avant la prise d'effet.

De lege feranda, la mesure de sauvegarde des droits doit pouvoir être contractuelle. Le législateur devrait laisser aux contractants la possibilité d'aménager les pouvoirs du mandataire-protecteur. Les dispositions impératives doivent accorder une place aux dispositions supplétives. Ainsi, par exemple, la disposition du logement pourrait ne pas être systématiquement soumise à l'autorisation du juge des tutelles¹⁹⁸ mais le majeur protégé devrait pouvoir saisir le juge en cas de désaccord. L'obligation d'inventaire devrait être maintenue ; on pourrait même envisager que cet acte extrajudiciaire soit préparé pour les besoins de la formation du contrat. L'obligation d'établir un compte-rendu de gestion pourrait être assouplie à partir de la deuxième ou de la troisième année. La prise d'effet de la sauvegarde contractuelle des droits pourrait rester extrajudiciaire lorsque le mandataire n'a besoin que d'un pouvoir d'assistance ; en revanche, il conviendrait de la soumettre à l'homologation

¹⁹⁷ Cass., 1^{re} civ., avis, 15 déc. 2021, n° 21-70.022 ; *Dr famille* 2022, comm. 40, note I. MARIA et L. MAUGER-VIELPEAU ; *JCP*, éd. G. 2022, 278, conclusions H. FULCHIRON ; *JCP*, éd. G. 2022, 279, note G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP*, éd. 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.

¹⁹⁸ Dans son analyse du mandat de protection future, introduit par la loi du 5 mars 2007, le Conseiller Massip soutenait que le contrat « pourrait autoriser expressément le mandataire à [disposer des droits par lesquels est assuré le logement du majeur protégé] puisque, lorsqu'il a été donné, le mandant était libre de disposer comme il l'entendait de tous ses biens » (J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, préc., n° 581, spéc. p. 483). L'autorisation du juge des tutelles (C. civ., art. 426) constitue un contrôle exagéré.

du juge si la constatation de l'altération des facultés personnelles justifiait de déclencher un pouvoir de représentation. La mesure deviendrait incapacitante et la protection serait ainsi mieux assurée.

30. La place du juge dans la sauvegarde des droits.

– La place du juge dans les mesures de protection juridique des personnes les plus vulnérables doit demeurer majeure¹⁹⁹. Le juge doit conserver un pouvoir de surveillance sur toutes les mesures prononcées dans le ressort de sa juridiction²⁰⁰. L'office du juge est gracieux²⁰¹ ; son pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction²⁰² lui permet, dans ce cadre, de lever les doutes pour avoir, sur la situation et l'état de la personne protégée ou à protéger, les connaissances les plus complètes, les plus précises et les plus actuelles. Le juge doit être éclairé par un certificat médical circonstancié²⁰³. Il est heureux que cette pièce procédurale soit exigée à peine de recevabilité de la requête mais il faudra mieux former les médecins inscrits sur la liste du procureur de la République.

La sauvegarde des droits repose sur un idéal de mieux respecter l'autonomie des personnes les plus vulnérables mais cet idéal n'a de sens que si l'autonomie est bien évaluée²⁰⁴. Un juge dédié à la protection juridique des majeurs est une institution fondamentale ; ce juge doit rester accessible à tous les majeurs protégés ; les recours contre leur décision doivent demeurer faciles à exercer pour les personnes protégées et leur famille, car la jurisprudence doit se construire et s'affiner sur de nombreuses questions, longtemps restées

dans l'ombre des cabinets des juges des tutelles (achat et usage d'une voiturette²⁰⁵, sort de l'animal de compagnie²⁰⁶).

La déjudiciarisation fut un très mauvais signal adressé aux juges des tutelles en 2019 ! En particulier, la déjudiciarisation du divorce²⁰⁷ a, plus que celle du mariage ou du pacte civil de solidarité, créé un vide pour des situations très délicates²⁰⁸. L'office du juge de la protection des majeurs est essentiel parce qu'il est le gardien des libertés individuelles²⁰⁹ et que la mesure de protection juridique, quel que soit son nom, peut être le moyen d'abaisser la personne et de l'atteindre dans sa dignité et son estime de soi. La Chancellerie a entendu les demandes des juges des tutelles de confier à des professionnels qualifiés un pouvoir de contrôler bien davantage que la sincérité et la complétude des comptes-rendus de gestion ; ces derniers doivent leur signaler les actes de disposition qui auraient été accomplis sans autorisation préalable²¹⁰. Le risque de

¹⁹⁹ Y compris lorsque la mesure est contractuelle. Sur la figure permanente du juge dans le mandat de protection future, v. J. HAUSER, « Les mesures judiciaires, solutions subsidiaires au mandat de protection future ? », préc., p. 17.

²⁰⁰ C. civ., art. 416 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

²⁰¹ V. notre recherche : « La métamorphose de la procédure tutélaire », in I. PÉTEL-TEYSSIE et C. PUIGELIER (ss dir.) *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)* : éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 329 à 355 ; *Adde*, E. JEULAND, « La nature juridique de la procédure des tutelles : pour la reconnaissance d'un lien procédural de protection », *RTD civ.* 2018, p. 271 à 284.

²⁰² CPC, art. 1221 (*Décr. n° 2008-1276 du 5 déc. 2008*).

²⁰³ CPC, art. 1219 (*Décr. n° 2008-1276 du 5 déc. 2008*).

²⁰⁴ Sur les constats sévères portés sur l'autonomie laissée au majeur protégé et sur le besoin de mieux apprécier les altérations de facultés personnelles, v. A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, préc., p. 24 à 35.

²⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 2013, n° 11-28.307 : *AJF* 2013, p. 304, obs. Th. VERHEYDE ; *LEFP* 2013, n° 056, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *Dr. famille* 2013, comm. 58, obs. I. MARIA ; *RJPF* 2013/4, p. 25, obs. A. CHEYNET DE BEAUPRÉ ; *RTD civ.* 2013, p. 350, obs. J. HAUSER. V. déjà : TI Vire, ord. Juge des tutelles, 14 mars 2011, in *Dr. famille* 2011, n° 116, p. 47, note G. RAOUL-CORMEIL ; Caen, 8 sept. 2011, n° 11/1501.

²⁰⁶ TI Charleville-Mézières, ord. JT, 6 mai 2011, citée par Th. VERHEYDE et L. PÉCAUT-RIVOLIER, « L'animal et les majeurs protégés », *AJF* 2012, p. 78 ; Reprint : « L'animal du majeur protégé », in G. RAOUL-CORMEIL et A. CARON-DÉGLISE (coord.), *La vie privée de la personne protégée, In memoriam Thierry Verheyde*, éd. Mare & Martin, 2019, étude 44, p. 442 à 446, spéc. p. 443. *Adde*, notre recherche : « L'animal domestique du majeur protégé », in F.-X. ROUX-DEMARE (dir.), *L'animal et la santé*, éd. Mare et Martin, 2021, p. 265 à 276.

²⁰⁷ V. l'analyse fine et complète de Mme L. MAUGER-VIELPEAU, « Le divorce du majeur protégé : humanisme ou contre-humanisme ? », in *Regards humanistes sur le droit, Mélanges Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 401 à 420, spéc. n° 33.

²⁰⁸ Comp. C. civ., art. 462, al. 5 : « La rupture unilatérale du pacte civil de solidarité peut également intervenir sur l'initiative du tuteur, autorisé par le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué, après audition de l'intéressé et recueilli, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage ».

²⁰⁹ Constitution du 4 oct. 1958, art. 66.

²¹⁰ Circulaire n° C1/2.1.12./202430000903 du 24 sept. 2024 de présentation des dispositions relatives au contrôle des comptes de gestion des majeurs protégés par un professionnel qualifié, issues de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, du décret n° 2024-659 du 2 juillet 2024 relatif au contrôle des comptes de gestion pris en application de l'article 512 du 2 code civil et modifiant le décret n° 2021-1625 du 10 décembre 2021 relatif aux compétences des commissaires de justice, de l'arrêté du 4 juillet 2024 fixant la rémunération du professionnel qualifié chargé du contrôle des comptes de gestion en application de l'article 512 du code civil, et de l'arrêté du 4 juillet 2024 relatif aux modèles de compte de gestion, d'attestation d'approbation et de rapport de difficulté.

fractionnement de l'exercice de la mesure et du contrôle de celle-ci existe ; il faut au moins laisser à la tête du dispositif de protection juridique des majeurs une autorité soucieuse de faire respecter les droits fondamentaux.

*
**

31. Observation finale. – Cette nouvelle analyse critique sur le droit de la protection des majeurs est bien trop prospective pour appeler une conclusion. L'avenir dira si le législateur sera attentif à la pensée rigoureuse et humaniste d'un juriconsulte :

Malgré les apparences et ses constructions juridiques très élaborées, le droit des personnes protégées n'est ni une pure technique, ni une recette d'activiste de la charité ou de fonctionnaires des bureaux de l'aide sociale. Il a un souffle immense : l'amour du faible, du petit et de celui que la vie a broyé²¹¹.

²¹¹ Ph. MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, LGDJ – Université Panthéon Assas, 2015, *v*^o « Personnes protégées », p. 190. *Adde*, du même auteur, « La réforme de la protection juridique des majeurs », in *LPA* n^o 63, 28 mars 2007 ; *Defrénois* 2007, art. 38569, p. 557 à 572, spéc. n^o 5 : « Cessons de récriminer contre le manque d'humilité, les illusions sur la liberté, la détaillomanie, le manque de souffle, l'indifférence à l'histoire, la langue, le style, la lourdeur, la surjuridicisation et le coût. Tout cela, finalement, n'a guère d'importance, à côté du grand vent de compassion et de la prise de conscience du naufrage de nombreux êtres qui irradie la loi : l'honneur du droit ».

SÉANCE 5
SUPPRIMER L'INCAPACITÉ ?

Lecture préparatoire proposée :

M. GAILLE (dir.), *En soutien à la vie – Éthique du care et médecine*, Paris, Vrin, 2022, p. 83-94

The Spanish system of support for people with disabilities in the exercise of their legal capacity. Substantive and procedural aspects

Pilar PEITEADO MARISCAL

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

Law 8/2021, of June 2021, which reforms Spanish civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, introduces a substantial change in our way of understanding the legal treatment of disability.

The purpose of the Act is to bring our legal system into line with the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, signed in New York on December 2006. The core of the Convention is focused on the abolition of the traditional legal mechanisms aimed at replacing the will of the person with disabilities; they must be changed for solutions which respect their will, consider their preferences and provide people with the necessary supports, adapted to their individual circumstances, to enable them to exercise their rights. Spanish legislation fully adopts this point of view and adapts to it, both in its substantive and procedural regimes.

The substantive regulation is contained in Title XI (On measures to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity) of Book I (On persons) of the Civil Code, and it is extended throughout Articles 249 to 299 bis.

1.- Key lines

1. Spanish legislation abolishes judicial declarations of incapacity, making disappear the civil status of "incapacitated".

2. As a consequence, Spanish legislation eliminates, related to people with disabilities, the distinction between legal capacity and ability to act. Legal capacity includes both the capacity to be a holder of rights and an actor under the law. Everyone, whether disabled or not, has legal capacity, although some people may need support in exercising their legal capacity. The difference is, therefore, transferred to the distinction between legal capacity and the exercise of legal capacity.

3. It follows from the foregoing that the disabled person should not be replaced in the decision-making process affecting him but should be supported to the necessary extent for the exercise of his or her legal capacity. Therefore, the system set up by the reform prefers voluntary measures and assistance over representation or replacement.

4. Support measures must be based on respect for the dignity of the person and the protection of his or her fundamental rights, with the aim of enabling persons with disabilities to fully develop their personality and to operate legally under conditions of equality. Those who provide support must always act in accordance with the will, wishes and preferences of the person receiving it; In exceptional cases, where, despite considerable effort, it is not possible to determine the will, wishes and preferences of the person with a disability, the support measures may include representative functions, but even in such cases, the representative must take the decision that the person with a disability would have

taken if representation was not required. This should take into account the life course of the person with a disability, their beliefs and values.

5. Spanish legislation separates the legal regimes of disability and age minority:

- Internally. The lack of capacity for self-government of minors implies the deprivation of their ability to act, which is only achieved when they reach the age of majority. This means that the measures adopted related to minors are intended to protect them and to replace them to make decisions. On the contrary, as has already been said, the eventual impact of disability on the capacity of self-government in someone of legal age does not entail the modification of his or her ability to act. They have legal capacity on an equal basis with other people, both the capacity to be the holder of rights and the capacity to act in law. For this reason, measures in respect of disabled people lose their protective purpose and are not intended to replace them, but to support or assist the person in the exercise of his or her legal capacity.
- Externally. The legislation provides different measures for minors and for people with disabilities. The measure traditionally linked to representation, the guardianship, is reserved for minors; and the possibility of extension and rehabilitation of parental authority (*patria potestad*) has been eliminated, so that the transition to the age of majority of the disabled person is also marked by the disappearance of the support measures proper to minors. The legislator has sought to completely separate age minority and disability, to prevent the disability regime from bringing them closer to minors, who do not have full legal capacity. Probably because of it, Spanish legislator did not consider it appropriate to introduce a measure like the family empowerment of the French legal system, in the opinion that parents are not always the most suitable to support people with disabilities because they can interfere with the achievement of their will autonomy.

2.- A new concept of legal capacity

One of the stronger ideas behind the New York Convention is that international declarations of human rights are not

effective for some groups of people if they are not accompanied by the recognition of other rights. The basis of this idea are in the Independent Living Movement, which was developed in the 1960s and 1970s in the USA and the UK, and in the Americans with Disabilities Act of 1990, aimed at preventing discrimination on the basis of disability and from which the New York Convention was inspired.

The initial premise is disability cannot limit rights or legal standing; Everyone has capacity to exercise their rights, and support will only be established when necessary for their exercise, without limiting the person's capacity.

Spanish legislation has failed to include a definition of "person with a disability", even though it was requested by several sectors during the reform process, to avoid legal uncertainty. However, in a global perspective, we can perceive a social conception of disability, which is not only caused by physical or mental impairments that are foreseeably permanent, but also by the interaction of these impairments with barriers that limit or prevent effective participation in society. Disability is a *de facto* situation, not a legal status.

3.- Disability Support Measures

Function

As stated above, the system is based on the presumption of capacity of all people, whether disabled or not, so that the function of support measures is to allow the proper exercise of legal capacity under equal conditions, preventing disability, which is a *de facto* situation, to cause discrimination in the legal field.

The welfare nature prevails, respecting the will, wishes and preferences of the recipient of the support, and the functions of protection and representation are reduced to what is strictly essential.

Guiding principles for measures

Principle of necessity. Disability is a prerequisite, but not sufficient, for taking supportive measures. Support measures

only apply when the person with disability is unable to adequately exercise his/her legal capacity on his/her own.

Principle of autonomy. The disabled person's will is the main element in the design of his/her support system.

Principle of subsidiarity. The judicial provision of support measures is only appropriate when the person in need of support has not expressed his will, or what he or she has expressed is not sufficient. It might also be used when there is no informal measure (de facto guardianship, as will be seen below), which is working properly. Judicial measures, therefore, are secondary to informal measures, and also to formal voluntary measures.

Principle of proportionality. There are no general support measures, or measures associated with types of disability. The measure must be exactly adjusted to what each person needs to exercise his or her capacity, respecting his or her autonomy as much as possible and without supplanting it.

Principle of temporality. Any action taken should be reviewed periodically.

Configuration

The entire support system (specific measures and the content of each of them) must respect the will, wishes and preferences of the person with disabilities. It is only exceptionally, and with sufficient justification, that the person providing the support, or the judicial authority may leave out the will of the person concerned. It can happen in three situations.

- ↪ Proof circumstances unknown to the affected person that make their preference inconvenient.
- ↪ The person designated as supporter may be a risk of abuse, conflict of interest, or undue influence.
- ↪ Despite having made a considerable effort (which is literally required by the rule), it has not been possible to determine the will, wishes and preferences of the person.

Inability and Prohibitions

Support measures may not be exercised from who provide care, residential or similar services to the person in need of support by a contractual relationship.

Those who provide support have forbidden three kinds of acts, with the aim of withholding the assets of the person with disabilities and assets of the person providing the support:

- ↪ Receiving gifts from the person who needs the support or from his heirs until his or her management has been definitively approved, except if they are usual gifts or goods of little value.
- ↪ Providing support in issues in which the supporter is also acting on its own behalf or on behalf of a third party and there is a conflict of interest.
- ↪ Acquiring property for consideration from the person in need of support, or to transfer property to him or her under the same title.

Types of support measures

Support measures can be formal or informal.

The informal support measure is de facto custody, which is the one effectively exercised by a person, without any voluntary or judicial measures being applied. De facto guardianship is no longer considered a temporary situation that must end but becomes a desirable situation which must be maintained if it provides sufficient and adequate care. An example is STS 66/23 of January 23 (ECLI:ES:TS:2023:1291), related to a situation in which the person with a disability does not need formal support in the exercise of his legal capacity, because for the acts of his ordinary life his family support network provides him with the care, attention and help he needs.

De facto guardianship does not necessarily end if supporting the disabled person in situations that are not of ordinary management is occasionally needed. In these cases, and if the de facto guardianship remains generally sufficient, but a specific representative action is necessary, the possibility is provided for the de facto guardian to be granted an *ad hoc* judicial authorization, that avoids a general procedure for the provision of formal support. According to Article 264 CC,

judicial authorization will not be necessary for requesting a financial benefit in favor of the person with disability which does not involve a significant change in the person's way of life, or for performing legal acts on assets with little economic relevance or trivial personal or family significance. In this light, the Attorney General's Office, banking associations and the Bank of Spain have signed two protocols to promote and control the actions of the de facto guardians in ordinary banking transactions.

On the other hand, Article 287 CC sets out a long list of acts that do require judicial authorization, such as alienating or mortgaging real estate, entering into contracts, waiving rights, accepting inheritances, making extraordinary expenses or borrowing money, among many others.

If, on the contrary, the person with disability needs continuous support in the exercise of his legal capacity, the de facto guardianship cannot be considered a sufficient support, and it will be necessary to adopt formal measures. This is the situation of the case resolved by STS 4129/23, of October 20 (ECLI:ES:TS:2023:4129).

Formal support measures can be voluntary or judicial.

Voluntary measures depend entirely on the will of the person with a disability, who can design them as he or she wishes; this category includes any measure of support for his own person or property that may be decided by any person of legal age in anticipation of future circumstances that may hinder the exercise of his or her legal capacity. The CC regulates two kinds of these voluntary measures, nevertheless it does not exclude other provisions that may be established by the person with a disability himself:

- Preventive powers and mandates. It means that in anticipation of a future need for support, the interested party may grant in a public deed preventive power of attorney in favour of a person of his/her trust
- Self-curatorship, proposing in a public deed the appointment or exclusion of certain people for the exercise of the

function of curator, and also provisions on the operation and content of the curatorship.

As mentioned in the statement of the principle of subsidiarity, judicial support measures are only taken if the person in need of support has not provided for them voluntarily, or if an informal measure (de facto custody) is not working properly. Judicial measures are the curatorship (stable) and the judicial defender (only for specific acts or when exists a conflict of interest between the curator and the disabled person). STS 1143/2024 of 18 September (ECLI:ES:TS:2024:4400) states that the establishment of a curatorship requires an assessment of the need for the measure, and it also must take into account both the existence of a disability situation and its impact on the life of the person with a disability. Therefore, the existence of a disability is not sufficient; it is also necessary to consider the specific needs that this situation creates for the disabled person to the exercise of his rights.

The CC also contains a system of authorisations, reports and procedures; they are previous measures aimed at ensuring the correct formation and expression of the will of the person with a disability; and also regulates subsequent measures, called safeguards and controls, aimed at verifying that this correct formation and expression has happened.

As a closing mechanism, CC provides that where someone without de facto guardian requires urgent support for the exercise of his or her legal capacity, the support shall be provided on a provisional way by the public entity entrusted with this function.

4.- Procedural system

At the procedural level, the main consequence of the reform is the replacement of the processes aimed at the incapacitation by a system of judicial adoption of support measures for people with disabilities. It is a two-stage system, which always begins with a non-contentious jurisdiction procedure; the contentious judicial process has been reserved for cases in which an interested party express an opposition in the non-contentious jurisdiction file. Therefore, the contentious proceedings can never be initiated directly, but only after the adoption of the measures in the non-contentious jurisdiction procedure has been attempted

The reform also has another procedural consequence that affects not only the processes of providing support, but also any civil process in which a person with a disability is involved, since, at the request of the person with a disability, or *ex officio* by the court itself, adaptations will be made in the process so that the person with a disability can participate in it under conditions of equality. The regulation is particularly concerned with the right of persons with disabilities to understand and be understood in all proceedings before the courts, and for this purpose it provides for three different measures.

- The practice of all oral or written communications in a language understandable to the person with a disability, and the use of means of interpretation or support for oral communication.
- The possibility for the person with a disability to be accompanied by a person of his choice from the beginning of the process.
- The participation of a professional expert, called facilitator, who helps the person with a disability to understand, and the court to adapt the necessary actions.

Position of Judicial Intervention in the Reform

In the previous system, the response to disability was necessarily judicial. In order to adopt support measures, incapacitation was essential, and it only took place by court decision. The current system makes judicial intervention secondary, first, because disability does not imply a lack of capacity to act. And, secondly, because if the disabled person needs support to exercise his or her capacity, the legislator prefers informal measures, such as *de facto* custody, to formal ones; and, among the formal ones, voluntary measures are preferred to ones established with judicial intervention. Judicial involvement for adopting support measures is, therefore, configured as an exceptional, secondary and subordinate situation. Broadly speaking, judicial intervention will take place in the following cases:

- The establishment of curatorship, the measure envisaged for the need for continuous support where there is not *de facto* guardianship or voluntary provisions.

- For the appointment of a legal defender, as an appropriate measure when the need for support is required on an occasional, even if recurrent, basis.
- To obtain the extinction of the preventive powers granted by the person who needs the support, if the attorney-in-fact has grounds for removal.
- To authorise certain aspects of *de facto* custody, such the guardian acting on behalf of the person with a disability.

There are two levels or steps in judicial intervention. Firstable, the rules lead us to a non-contentious jurisdiction procedure, that is, a procedure characterized by the assumption that there is no opposition or dispute between the various interveners; but, although we have not a conflict, we really do have a public interest which justifies the intervention of a court and not a purely private solution. When the non-contentious jurisdiction procedure does not work, because one of the interveners opposes it, or opposes the decision that has been adopted, then a contentious process can be opened, with a more rigid procedural structure and which ends in a judgement with the effect of *res judicata*.

File of non-contentious jurisdiction for the provision of support measures

The 2021 reform introduces, in Articles 42 bis a) to 42 bis c.) a new file into the law on non-contentious jurisdiction, for the adoption of stable support measures, and for all matters related to them, such as determining the acts for which assistance is needed, or the appropriate control measures, or the designation of the person providing the support. As has already been said, the stable support measure provided for in the Civil Code is curatorship, so that this new file is mainly linked to it; In addition to this file, the Law on non-contentious Jurisdiction maintains other specific files for certain issues and more specific or temporary roles.

The judge of disabled person's residence has jurisdiction for this fail; and his changes of residence determines the change of court until the hearing is held.

The case may be initiated by the Public Prosecutor's Office, the person with a disability, his or her spouse not *de facto* or legally separated or who is in a similar *de facto*

situation, and his or her descendants, ascendants or siblings. In addition, even if they have not initiated the proceedings, all these persons may attend the hearing, make submissions and propose evidence.

None of the parties need to act through a lawyer or solicitor, although they can do so if they wish. If the disabled person is unable to act or decide for himself, even to appoint a lawyer, the person making the request for the provision of support measures must also request that a legal defender be appointed.

The application must be accompanied by such documents as the applicant deems necessary and contains the proposal of evidence. Once received by the court, everyone legitimated are summoned to a hearing and may propose the evidence they believe should be used. Before the hearing, the court may ex officio request:

- (a) A report on possible alternatives for support, without judicial action, to a public entity with functions of assistance to persons with disabilities, or to a social entity authorized as a collaborator of the Administration of Justice.
- (b) An expert opinion about the person with a disability.

At the hearing, the witnesses are heard, and evidence is taken; it can also be taken in the following ten days if it is not possible on the spot. In addition, the judge must interview the person with a disability, to inform him or her of possible alternatives and to form his own opinion.

The dossier ends:

- When the person with a disability takes voluntary measures.
- By a ruling containing the court's decision on the support measures. Since it is a non-contentious jurisdiction, it is possible to seek its removal, modification or confirmation through a lawsuit before the contentious jurisdiction.
- By order to close the case due to the opposition of the person with a disability or of any of the people entitled to do so, which may be expressed in writing before the hearing or in voice at it. Opposition refers to the adop-

tion of any measure, not to the dispute over a specific measure or its operation.

Contentious judicial process

It is regulated in Articles 756 to 762 of the Law 1/2000, on Civil Procedure. It will take place:

- Where there has been opposition in the file of non-contentious jurisdiction
- Where the case could not be resolved for any reason.
- Where the modification or revocation of the decision is sought, since the non-contentious jurisdiction file does not have the effect of *res judicata*.

The court that heard the non-contentious jurisdiction case has also jurisdiction for the contentious process, unless the person for whom the support is requested has changed residence, in which case the judge of the new residence will hear it. Changes of residence result in a change of court until the hearing.

The legal standing to initiate the process of providing support is given to the person with a disability and his or her closest relatives: a spouse not separated or who is in a comparable de facto situation, descendants, ascendants and siblings. They are joined by the Public Prosecutor's Office, which has subsidiary standing, so that it can only promote the process when the relatives do not exist or have not filed the corresponding lawsuit. Both those who have standing to initiate the process and those who prove a legitimate interest may request their entry and intervention in the process, under the same conditions as the parties.

The parties to this process must act through a lawyer and a solicitor. If the defendant does not appear with these professionals, or does not appear at all, the public prosecutor's office will represent and defend him/her, unless the public prosecutor is the plaintiff; In this case, a legal defender will be appointed for the person with a disability. This prevents the disabled persona from being declared *in absentia* and encourages someone to always defend his interests.

In addition to the evidence proposed by the parties, there are three ones that the court is required to order. They may

only be waived on an exceptional basis if the applicant is the person with a disability and he requests it in order to preserve his privacy. These are:

- ↪ An interview between the court and the person with a disability
- ↪ A hearing of the spouse and of the closer relatives.
- ↪ An expert opinion drawn up by an expert appointed by the court.

The judgement will not modify the capacity of the person with a disability, it will only determine the judicial support measures that are adopted as provided for by civil law, the person responsible and their content. The case law of the TS (see, for example, STS 589/2021 of 8 September, ECLI:ES:TS:2021:3276) has expressly ruled on the possibility that support measures be taken against the will of the disabled person, noting that it is mandatory to collect and take into account the wishes, preferences and will of the person with disabilities, but it is possible not to attend them if there is a cause for this.

As a rule, judicially adopted support measures will be reviewed periodically within a maximum period of three years, although the court may set a longer period, which may not exceed six years. They must also be reviewed in the event of any change in the person's situation that may require a modification of these measures. The review is always initiated by a non-contentious jurisdiction file expressly provided for this purpose; Thus, again, the corresponding contentious process may only be initiated in the event that any of the interested parties objects in the previous file of voluntary jurisdiction.

Law 8/2021 extends the need for judicial review of measures to all measures agreed prior to the entry into force of this Law in order to adapt them to it, either at the request of a party or *ex officio* within a maximum period of three years.

5.- Heritage protection

Since 2003 exists a specific regulation to protect the assets of persons with disabilities, a legal norm that bears the same name, the law on the protection of the assets of persons with

disabilities. It should be borne in mind, however, that for this regulation only those who have a mental disability of more than 33% or a physical or sensory disability of more than 65% are considered to be a person with a disability, and it is not applicable to other disability situations.

This law creates the so-called "protected patrimony", a mass of assets and rights linked to the satisfaction of the vital needs of its owner, the person with disabilities, and subject to a specific regime of administration and supervision.

Protected heritage can be constituted by the person with a disability himself. Parents, guardians and the de facto guardian may also do so on their behalf.

The administration of the estate, which also includes the carrying out of acts of disposal, is entrusted to the person or non-profit entity designated by the constituent of the estate, whether it is a third party or the person with a disability. This person or entity is subject to the rules of administration and supervision established in the incorporation document. In addition, the Public Prosecutor's Office has an institutional oversight function, through two channels:

- ↪ The administrator is required to render annual accounts of his management.
- ↪ The Public Prosecutor's Office may request the judge to take such action as it deems necessary on behalf of the disabled person, including the replacement of the administrator, the change of the rules of administration, the establishment of special control measures, the adoption of precautionary measures, the extinction of protected assets or any other similar measure.

L'évaluation des capacités : d'une vision fixiste, absolue et centrée sur la personne à une conception dynamique et ancrée

De quelques pistes ouvertes par l'analyse des réarrangements du milieu de vie en contexte de maladie chronique

Marie GAILLE

Directrice de recherche au CNRS, Philosophe

Agathe CAMUS

*Docteure en philosophie de la médecine, Chargée de recherche à l'Institut des Humanités en médecine, CHUV, Lausanne
Chercheure associée à SPHERE, UMR 7219*

Vivre, c'est passer d'un espace à un autre, en essayant le plus possible de ne pas se cogner¹.

Introduction

Comme le souligne Sophie Prétot dans le dossier consacré à l'autonomie du majeur protégé dans ses rapports de famille, le droit français, depuis un peu plus de 20 ans, est « particulièrement préoccupé par le respect de l'autonomie et des droits fondamentaux du majeur protégé² ». Cette préoccupation a notamment abouti à la réforme du 5 mars 2007 qui met en avant, « parmi ses principes directeurs », le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne dans la mise en place concrètes et les mesures spécifiques relatives à la protection des « majeurs vulnérables ». Cette réforme insiste aussi sur la nécessité, autant que faire se peut, de favoriser l'autonomie

de la personne. L'esprit de cette réforme fait écho au droit supranational et notamment celui issu de la Convention relative au droit des personnes handicapées³.

Sophie Prétot observe que ce renforcement des droits fondamentaux du majeur protégé vise avant tout le respect de la volonté du majeur (plutôt que la protection de ses intérêts) et va de pair avec le souci de réduire les situations d'assistance au profit de l'expression de la capacité de ce majeur :

Aussi, la « capacité naturelle » de tout majeur, même fragile, devrait indéniablement demeurer le principe, et tout tempérament à ce principe devrait être écarté ou, du moins, aménagé de telle sorte qu'il soit le moins signifiant possible⁴.

Les notions clé de ce dispositif juridique ont suscité de multiples discussions : d'abord sur la notion même d'autonomie, et en lien avec celle-ci, sur l'enjeu de l'évaluation des capacités de la personne. En amont de la réforme de 2007, Benoît Eyraud mettait en évidence une « dispute » sur le sens de l'autonomie qui, selon lui, « conditionne l'orientation des politiques publiques dans le domaine de la santé, du handicap ou encore de la vieillesse⁵ ». Cette dispute oppose les tenants d'une vision « idéalisée » de l'autono-

¹ G. PÉREC, *Espèces d'espaces*, Paris : Le Seuil, 2022, Avant-propos, p. 17.

² S. PRÉTOT, Dossier L'autonomie du majeur protégé dans ses rapports de famille, <https://www.droit-patrimoine.fr/rubriques/magazine-droit-et-patrimoine/dossier/dossier-lautonomie-du-majeur-protège-dans-ses-rapports-de-famille-625513.php> (consulté le 13 août 2024). S. Prétot y souligne par ailleurs que l'application de la réforme du 5 mars 2007 ne va pas de soi, pour au moins deux raisons : d'une part, le respect de l'autonomie du majeur protégé peut entrer en conflit avec celui de l'autonomie des autres membres de sa famille ; à ce potentiel conflit des intérêts s'ajoute le fait que la famille se voit conférer un rôle de plus en plus important dans la protection du majeur vulnérable, sur la base d'une « sorte de présomption de bons soins » (ibid.), qui en réalité est loin d'aller de soi.

³ <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>

⁴ *Ibid.*

⁵ B. EYRAUD, « Quelle autonomie pour les « incapables » majeurs ? Déshospitalisation psychiatrique et mise sous tutelle », *Politix*,

mie, d'inspiration kantienne, « reposant sur les capacités réflexives de l'individu moderne, lui permettant de projeter, de contractualiser, et de s'émanciper de multiples formes de dépendance », et les tenants d'une critique de l'autonomie comme injonction normative ou comme illusion, liée à un aveuglement à l'égard du caractère fondamental des liens, des protections des supports sociaux, des dépendances, qui sont les véritables conditions de possibilité de l'autonomie⁶.

Philosophiquement, c'est en particulier dans les travaux de Fabrice Gzil que l'on rencontre aujourd'hui l'une des propositions les plus abouties en faveur de l'autonomie comme « visée du soin » et « vocation de nos vies », à condition de « ne pas la concevoir de manière réductrice, sans quoi c'est le sens du soin et la valeur de nos vies que nous risquons de dévoyer et de manquer⁷ ». Afin de fonder sa proposition, et de concevoir l'autonomie dans « toute son épaisseur et sa complexité » – selon lui fonctionnelle, morale et civile –, Fabrice Gzil ne rejette pas les critiques de l'autonomie, mais les incorpore, au moins en partie, notamment dans son analyse des enjeux de l'évaluation de l'autonomie associée aux capacités de la personne.

De fait, cet aspect de l'évaluation des capacités est crucial dans le contexte juridique actuel, puisque l'autonomie de la personne est envisagée à partir de ses capacités. À son tour, cet aspect a fait l'objet de questionnements importants. Ainsi, Benoît Eyraud rejoint l'analyse de Sophie Prétot au sujet du sens de la réforme du 5 mars 2007 :

Cette reformulation insiste sur les principes de la protection organisée par ce droit (respect des libertés individuelles, droits fondamentaux, dignité, autonomie) plutôt que sur les incapacités auxquelles il s'agit de remédier. Elle ancre la réforme dans son époque en accordant une attention particulière « à la personne » à qui ce droit s'adresse en cherchant notamment à éviter la stigmatisation. Elle constitue une actualisation dans le droit tutélaire de « l'opposition au moins bi-centenaire entre un

2006/1, n° 73, p. 109-135. DOI : 10.3917/pox.073.0109, <https://doi.org/10.3917/pox.073.0109>, p. 111, consulté le 16 décembre 2024.

⁶ *Ibid.*, p. 110.

⁷ F. GZIL, *Fragilités et soins de l'autonomie – Du fonctionnel au civil*, Manuscrit inédit de l'Habilitation à diriger des recherches, « Recherches sur l'éthique médicale, le « phénomène Alzheimer » et l'autonomie », soutenue le 16 décembre 2023.

principe de liberté proclamé et la volonté de secourir ou de surveiller les plus démunis, souvent contre leur gré.⁸

Cependant, une telle réforme ne va pas sans poser de problème. En effet, la place accordée aux « altérations » des facultés mentales dans l'attribution d'un statut spécifique de majeur protégé, qui doit être médicalement constatée, suscite un questionnement sur la nature des critères médicaux mobilisés dans l'évaluation des capacités de la personne⁹. Dans les années 2010, s'est déployée une discussion relative à la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) et en particulier sur son article 12 relatif à la reconnaissance, à « égalité avec les autres », de la capacité juridique des personnes handicapées dans tous les domaines, et aux mesures appropriées que les États Parties doivent prendre pour leur permettre d'exercer leur capacité juridique. Cette discussion a été l'occasion pour le collectif Contrast, désormais Capdroit¹⁰, de susciter une réflexion collective pluri-disciplinaire, pluri-professionnelle et internationale sur les critères de la capacité et sur la compréhension que l'on peut avoir de « capacités présumées par les droits¹¹ ». Ainsi, l'idée de capacité joue un rôle central dans la conception de l'autonomie de la personne sous-jacente à la réforme du 5 mars 2007, mais l'évaluation des capacités ne va pas de soi¹².

Les questionnements développés à son sujet, toutefois, n'interrogent pas le cadrage de cette évaluation des capacités dans au moins l'une de ses dimensions : celle qui centre le regard sur la personne et d'une certaine manière, la considère indépendamment de son cadre de vie. Compte tenu de la critique de la vision du handicap comme capacité intrinsèque¹³,

⁸ B. EYRAUD, « D'une réforme à l'autre : Le droit tutélaire à l'épreuve de son application », *Vie sociale*, 2010, n° 3, p. 72. DOI : 10.3917/vsoc.103.0071. URL : <https://www.cairn.info/revue-vie-sociale-2010-3-page-71.htm>, consulté le 16 décembre 2024.

⁹ Cette dimension de médicalisation de la reconnaissance de l'incapacité fait l'objet d'une analyse dans l'article suivant : B. EYRAUD, S. BASCOUGNANO « Évaluer les (in)capacités civiles. Une enquête sur la médicalisation de la protection juridique », *Recherches familiales*, 2013/1, n° 10, p. 149-161. DOI : 10.3917/rf.010.0149. URL : <https://www.cairn.info/revue-recherches-familiales-2013-1-page-149.htm>, consulté le 16 décembre 2024.

¹⁰ Voir le site présentant cette démarche « scientifique et citoyenne » : <https://confcap-capdroits.org>, consulté le 16 décembre 2024.

¹¹ B. EYRAUD, J. MINOC et C. HANON (dir.), *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Doin, « Polémiques », 2018, p. 6.

¹² *Ibid.*

¹³ Convention relative aux droits des personnes handicapées, article 1, disponible en ligne : <https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-f.pdf> (consultée le 15 août 2024).

le regard élargi au « contexte », « à l'environnement » de la personne handicapée n'est bien sûr pas absent de la réflexion sur le droit des personnes handicapées. Par exemple, au sein des discussions organisées par le collectif Contrast, un tel regard élargi permet de cartographier les aspects de l'organisation sociale et économique, les modalités de la vie politique et institutionnelle, qui empêchent l'exercice des capacités ou la jouissance de ses droits¹⁴.

Mais à notre sens, les implications de ce regard élargi n'ont pas été pleinement tirées sur l'évaluation des capacités, autrement dit sur l'un des fondements principaux du droit des personnes protégées. Afin d'éclairer ces implications, la présente contribution fait un pas de côté par rapport à tout un ensemble de travaux développés dans les domaines de la vieillesse, du handicap et de la psychiatrie, où « la question de la capacité juridique prend une importance toute particulière¹⁵ » à partir du milieu du XX^e siècle. Elle propose une analyse issue d'une enquête sur des expériences de vie avec une ou plusieurs maladies chroniques¹⁶. Si la capacité au sens légal du terme est loin d'être toujours une question dans les situations de maladie chronique, l'intérêt de ce pas de côté est que leur analyse permet de remettre en chantier notre vision de l'incapacité : comme nous allons le voir, ces expériences de vie mettent en évidence un travail de réarrangement opéré par les personnes malades chroniques et une temporalité complexe de la vie avec la maladie qui invite à introduire une certaine dynamique dans l'appréciation de la capacité et à lier celle-ci, à ce que nous appellerons ici,

dans le sillage des travaux de Georges Canguilhem et Kurt Goldstein, le « milieu de vie » des personnes. Ainsi, après avoir brièvement rappelé dans un premier temps les éléments de l'état de l'art qui fondent une telle référence dans notre analyse, cette contribution présente les réarrangements du milieu dans la vie avec une ou des maladies chroniques : en quoi ils consistent, comment ils sont appréhendés par les personnes qui les suscitent, le sens qu'ils acquièrent dans leur expérience de vie avec une ou plusieurs maladies chroniques. Enfin, dans un troisième moment, les pistes qu'ouvre à notre sens cette analyse pour la réflexion sur le droit des personnes vulnérables seront explicitées.

I.- De la critique de la normalité et du validisme à l'enjeu du « milieu de vie » pour les personnes malades chroniques

De nombreux travaux, désormais « classiques » en sciences humaines et sociales, ont mis en lumière les effets perturbateurs de la maladie sur la vie des personnes, montrant qu'elle génère des « ruptures » aux niveaux corporels, biographiques et sociaux¹⁷. Ils ont également mis en avant les recompositions des relations sociales, affectives et professionnelles, et examiné les recompositions identitaires qui se déploient au fil du temps¹⁸. Ces travaux ont proposé d'évoquer comme un « travail » tout ce que font les personnes malades pour vivre « le plus normalement possible » avec et malgré la maladie, et en ont analysé les différents volets¹⁹.

Récemment, certains travaux ont insisté sur l'ambivalence inhérente à la vie avec la maladie chronique et en particulier sur l'ambivalence vis-à-vis de la normalité elle-même dans ce contexte, soulignant l'effet des fluctuations de la maladie sur le vécu de la personne et sa vision d'elle-même comme

¹⁴ Voir B. EYRAUD, J. MINOC et C. HANON (dir.), « Les enjeux sociaux d'une controverse internationale », in *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, op. cit., p. 9 ; et dans le même ouvrage, la contribution de G. QUINN, « La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », p. 26-27 ; de C. LE GALÈS, « Évaluer la capacité à décider : les oublis d'une opération devenue presque banale », qui insiste sur le « facteur de conversion » permettant d'actualiser un droit ou une capacité, facteur relatif à « un contexte socio-économique et politique approprié », p. 214 ; M. GAILLE, « L'horizon d'une convention internationale sur le handicap : créer les conditions d'une égalité réelle ? », p. 240-241.

¹⁵ B. EYRAUD et F. GZIL, « La genèse de la reconnaissance juridique des capacités comme problème politique et social », *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, op. cit., p. 12.

¹⁶ Une telle analyse repose sur des entretiens qualitatifs semi-directifs menés dans le cadre du projet de recherche Epiphinore, dont ils constituent l'étape 1. Voir la présentation générale du projet, ses objectifs et sa méthode : <http://www.sphere.univ-paris-diderot.fr/spip.php?rubrique219>. Toutes les citations faites dans cet article entre guillemets sont issues des entretiens menés dans le cadre du projet.

¹⁷ M. BURY, « Chronic illness as biographical disruption », *Sociology of Health and Illness*, 1982, vol. 4, n° 2, p. 167-82, doi.org/10.1111/1467-9566 ; S. K. TOOMBS, « The Meaning of Illness: A Phenomenological Approach to the Patient-Physician Relationship », *Journal of Medicine & Philosophy*, 1987, 12(3), p. 219-40 doi.org/10.1093/jmp/12.3.219 ; H. CAREL, *Phenomenology of Illness*, 2016, Oxford : Oxford University Press doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199669653.001.0001.

¹⁸ M. BURY, 1982, art. cit. ; J. CORBIN & A. STRAUSS, « Accompaniments of Chronic Illness: Changes in Body, Self, Biography, and Biographical Time », *Research in the Sociology of Health Care*, 1987, 6 : 249-281.

¹⁹ A. STRAUSS & B. GLASER, (eds), *Chronic Illness and the Quality of Life*, St Louis, MO : Mosby, 1975

« malade²⁰ ». Le rapport à la « normalité » a également été envisagé. Des conceptions évolutives et parfois changeantes de la normalité ou de la « vie normale » peuvent être à l'œuvre dans l'expérience de la maladie chronique, ce qui a conduit à proposer l'idée de « normalité changeante » (*shifting normalities*), afin d'expliquer comment les personnes atteintes d'une maladie chronique peuvent « passer d'une typologie de normalité à une autre en fonction de l'évolution de la gravité des symptômes, de l'efficacité du traitement, de la capacité à s'adapter à la maladie ou de l'influence de facteurs contextuels²¹ ».

L'idée même de « normalité » fait par ailleurs l'objet d'une critique, que cela soit pour interroger la pertinence même de la notion, ou pour lui conférer tout au plus une légitimité en un sens exclusivement subjectif et singulier. En écho à cette critique, des travaux en sciences sociales ont adopté des perspectives critiques mettant à jour non seulement les injonctions à la « normalité » que véhiculent certaines conceptions du soin, certaines politiques de santé, ou encore certaines conceptions sociales (et juridiques) de l'invalidité, du handicap ou de la maladie mais également les processus de production de la normalité elle-même.

Dans une perspective différente, on trouve chez le philosophe Georges Canguilhem une critique d'une conception de la santé rapportée à des normes fixes ou à une normalité statistique. Il met au centre de sa réflexion sur la distinction du normal et du pathologique (ou des états de santé et de maladie) la *normativité individuelle* définie comme la capacité d'un individu à instituer, face aux altérations du milieu, de nouvelles normes vitales, à suivre de nouvelles normes de vie (conception *dynamique* de la norme). Cette philosophie de la normativité vitale donne une place centrale à la notion de *milieu*. Pour Canguilhem en effet, et déjà avant lui pour le neuropsychiatre Kurt Goldstein, la santé et la maladie ne peuvent s'envisager indépendamment de la relation de l'individu à son milieu. La maladie (ou l'être malade) est ainsi

décrite comme une perturbation de la relation de l'individu au milieu, comme une réduction de la latitude d'intervention de l'individu sur son milieu²². L'individu malade est celui qui n'est plus en mesure de se tailler un milieu à sa mesure, celui pour lequel il n'existe plus qu'une seule norme de vie et qui est dépourvu de marge par rapport à celle-ci. Mais alors que Canguilhem n'a pas thématiquement comme telle la chronicité, Goldstein, au contraire, prête une attention particulière à des pathologies que la médecine ne peut guérir à son époque, et donc à la chronicité, ainsi qu'à l'évolution des troubles ou des symptômes sous l'effet du temps. Cela le conduit à envisager les formes du soin et à donner une place centrale à ce qu'il appelle le « réarrangement du milieu », opéré par l'individu malade lui-même, son entourage familial, ceux qui le soignent, voire la société tout entière lorsqu'à travers une politique de protection sociale, elle aménage par exemple les espaces et les temporalités de la vie professionnelle pour permettre à ces personnes d'exercer un métier. Le réarrangement du milieu, chez Goldstein, est une dimension centrale du soin dans le contexte des états chroniques. Il va bien au-delà des conditions matérielles d'organisation spatiale et comprend les modifications du comportement social, affectif de l'individu lui-même compris comme partie intégrante du milieu susceptible d'être modifié²³. On trouve ainsi chez Goldstein l'idée qu'une « nouvelle normalité » – individuelle – émerge parfois *depuis* le pathologique, dans des états chroniques stabilisés, sous l'effet d'un tel réarrangement du milieu²⁴.

2.- Les réarrangements du milieu dans la vie avec une ou des maladies chroniques

Nous reprendrons ici à notre compte cette réflexion, tant philosophique que clinique, qui inscrit le rapport au milieu de vie dans l'enjeu même de la définition de la santé et de la maladie, plutôt qu'en faire simplement un « à côté » de

²⁰ M. K. SVENSSON, A. WAHLBERG, G. H. GISLASON, « Chronic Paradoxes: A Systematic Review of Qualitative Family Perspectives on Living With Congenital Heart Defects », *Qualitative Health Research*, 2020, 30(1), p. 119-13. doi :10.1177/1049732319869909 ; C. BAGGE-PETERSEN, « Living Ambivalently with Chronic Illness », *Medical Anthropology*, 2023, 42, 2, p. 191-205.

²¹ T. SANDERSON, M. CALNAN, M. MORRIS *et al.*, « Shifting normalities: interactions of changing conceptions of a normal life and the normalization of symptoms in rheumatoid arthritis », *Sociology of Health & Illness* 2011, vol. 33, 4, p. 618-633

²² G. CANGUILHEM, « Une pédagogie de la guérison est-elle possible ? », *Écrits sur la médecine*, Paris : Le Seuil, 2002, p. 91.

²³ K. GOLDSTEIN, *La nature humaine à la lumière de la psychopathologie*, traduction, présentation et notes réalisés par A. CAMUS, M. GAILLE, Ch. GILART DE KERANFLEC'H, Paris : Les Belles Lettres, coll. « Médecine et sciences humaines », 2021.

²⁴ A. CAMUS, « Kurt Goldstein, de la clinique des lésions cérébrales au soin et à l'accompagnement des maladies chroniques et du handicap : soigner la personne, "réarranger le milieu" », *Philosophia Scientiae*, 28 (3) 2024.

la distinction entre un état normal et un état pathologique. En effet, elle constitue une trame théorique qui permet de formuler l'un des résultats de notre enquête et de mettre en lumière ce que nous proposons d'appeler en termes goldsteiniens des « réarrangements » du milieu de vie opérés par les personnes malades chroniques. Les entretiens sur lesquels se fonde l'analyse présentée dans cette section donnent corps mais aussi prolongent l'idée selon laquelle dans la maladie demeure une certaine « latitude de vie », restreinte par rapport à celle qui caractérise l'état de bonne santé, mais pas inexistante, une latitude de vie qui se gagne ou qui se renforce dans des réarrangements du milieu – entendu au sens large – qui leur permettent parfois de retrouver une certaine aisance, une forme de vie moins entravée, voire une nouvelle normalité²⁵.

Ces réarrangements du milieu possèdent quelques caractéristiques clé. Ils concernent, tout d'abord, aussi bien l'aménagement de l'espace de vie que les activités que mènent les personnes malades (activités domestiques, de loisir ou professionnelles) ou encore les réseaux de relations dans lesquels ces personnes sont impliquées ainsi que les modalités de ces relations elles-mêmes. Ils sont à chaque fois singuliers et constituent des ensembles ou des combinaisons d'actions qui permettent aux personnes de s'inscrire ou se réinscrire dans une vie quotidienne ajustée à leur état de santé et à leurs capacités propres. Et il apparaît essentiel de considérer, sans chercher à la réduire, cette diversité de combinaisons, sans conférer à un type de réarrangement une valeur générale qu'il n'a pas. Ces réarrangements s'accompagnent souvent d'une réflexion sur le rapport au temps et à l'organisation de celui-ci, avec un contraste accusé entre celle-ci et la possibilité d'un temps ouvert, laissé libre à l'improvisation. Enfin, de tels réarrangements vont généralement de pair avec un travail sur soi, qui les rend possible autant qu'il en résulte, dans une sorte de va-et-vient, plus ou moins explicite et formalisé.

Parmi les formes, multiples, de ces réarrangements, l'on rencontre en premier lieu le réaménagement du milieu spatial, et notamment de l'espace domestique : il s'agit par exemple

d'installer la chambre à coucher au rez-de-chaussée de la maison pour en faciliter l'accès, ou de se doter de dispositifs médicalisés. Il s'agit encore de procéder à des aménagements qui sont minimes, presque invisibles mais qui permettent de continuer à faire certains gestes ou activités, de conserver un certain rythme de vie ou une aisance dans son rapport au milieu : par exemple, monter la bouilloire à l'étage, dans sa chambre, pour se faire un thé tout en prenant le temps de se « déverrouiller » avant d'être prêt à descendre pour le petit-déjeuner familial. Le recours à des technologies de santé et notamment de dispositifs médicaux ou des technologies numériques contribuent de façon significative à ces réarrangements du milieu de vie : de même que certains traitements, ils sont parfois décrits comme ouvrant des possibilités d'activités qui seraient sinon interdites ou entravées par la maladie, dans et hors de l'espace domestique. La présence et l'aide d'un entourage (familial, amical, de professionnels de santé, etc.) jouent, dans cette dynamique de réarrangement du milieu de vie, un rôle clé et articulé au recours aux objets, aux technologies de santé, aux traitements. Cette aide de l'entourage peut apparaître comme une évidence, mais elle est souvent décrite comme un élément délicat à mettre en place de façon satisfaisante, qui doit souvent trouver le juste milieu entre l'assistance et une forme de laisser-faire à la mesure des capacités de la personne.

Anne, par exemple, 61 ans, assistante sociale désormais retraitée, atteinte de plusieurs maladies chroniques dont une polyarthrite rhumatoïde et une fibromyalgie qui entraînent, entre autres choses, une grande fatigabilité, des douleurs chroniques, et une grande difficulté à se servir de ses mains, évoque le réaménagement de l'espace suite au départ de sa fille elle-même handicapée. Elle est passée par le recours à des objets auxiliaires. Elle a ainsi disposé des meubles roulants à divers endroits de la cuisine pour y poser les ustensiles trop lourds, acheté un robot de cuisine ou encore une pince ouvre-bocal qui lui permet d'ouvrir les bouteilles de lait et les pots de confiture le matin. L'aide de son mari est également fondamentale, par exemple dans les moments où la pince ne suffit pas, lorsqu'il dévisse légèrement les bouteilles et bocal avant de partir au travail afin qu'elle puisse prendre son petit-déjeuner comme d'habitude, ou lorsqu'il prend le relais des travaux de jardinage qu'elle entreprend mais ne peut pas toujours finaliser. Les différents aménagements réalisés, l'équipement de son domicile et l'aide procurée par son mari permettent ainsi à Anne d'évoluer dans son

²⁵ K. GOLDSTEIN, *La nature humaine à la lumière de la psychopathologie*, op. cit. ; A. CAMUS, « Kurt Goldstein, de la clinique des lésions cérébrales au soin et à l'accompagnement des maladies chroniques et du handicap : soigner la personne, "réarranger le milieu" », loc. cit. ; A. CAMUS, *La décision médicale comme travail du soin. Repenser la santé et l'autonomie à l'aune des situations de soin complexes*, Doin, coll. « La personne en médecine », à paraître 2025.

environnement sans se sentir trop « empêchée » dans son quotidien : « là, maintenant, avec ce nouvel aménagement, j'ai un sentiment de liberté. Parce que là, il n'y a plus rien qui m'entrave. Alors que dieu sait quand même que tout m'entrave dans mon quotidien ». À cet effet « déshandicapant » du réarrangement de son espace de vie, elle oppose les obstacles que représentent pour elles certains aménagements urbains (trottoirs hauts, chaussée déformée, escaliers sans rampe, etc.) et qui font qu'elle redoute désormais de sortir sans être accompagnée (par son mari ou par ses amies également atteintes de fibromyalgie et qui constituent un véritable réseau de soutien et de solidarité).

De nombreux entretiens mettent l'accent sur l'enjeu de l'organisation qui paraît être une clé majeure d'une vie sinon « comme avant », en tout cas plus que vivable, parfois presque « normale ». Au-delà d'un rapport très organisé et planifié à l'existence, ils laissent apparaître diverses formes de travail sur soi considéré comme une nécessité par la personne qui cherche à réarranger son milieu de vie et ses pratiques. Ainsi, quel que soit le regard qu'elles portent sur leur état et la place que prend la maladie dans leur vie, les personnes élaborent dans les entretiens une analyse riche et parfois très précise des effets de ou des maladies, mais aussi des réarrangements du milieu, sur leur vie. Elles décrivent toute une série de pratiques et d'actions allant de l'ajustement à la rupture et à la réinvention, qui sont commentées dans leur portée, pour la forme d'existence qu'elles rendent possible ou confortent. Ce ne sont pas toujours des ruptures ou des bouleversements radicaux qui sont décrits, mais aussi des actions ou des appréhensions décrites comme des « ajustements », des « accommodements », ou des formes décalées par rapport à des gestes, au sens propre comme au sens figuré, effectués avant la survenue ou l'aggravation de la maladie. Elles mettent en avant tantôt la continuité, ou le travail pour la maintenir, que la rupture. Et ce type d'ajustement ou d'accommodement étaye l'idée que la vie avec la maladie chronique va de pair avec un réarrangement du milieu de vie, au sens spatial, temporel, social, etc. La notion de « bricolage », par exemple, apparaît dans certains entretiens et permet aux personnes de souligner que l'ajustement n'est pas toujours une forme de renoncement, ni même une installation dans une forme de vie plus passive, mais parfois tout autant une sorte de calcul délibéré pour rendre possible tout ce qui l'est encore, de recherche d'un compromis entre la maladie et le désir de vivre telle ou telle expérience. Une

autre modalité de transformation ou de réarrangement indique une forme de différence plus marquée par rapport à la situation d'avant la maladie : elle est exprimée à travers la notion de « faire autrement ». Certaines personnes décrivent ainsi des gestes, des activités et des manières de faire distincts de la modalité antérieure (avant la maladie ou avant son aggravation) : ils permettent de rechercher et d'atteindre une certaine continuité, notamment pour les activités qui importent, tout en tenant compte des difficultés suscitées par la maladie, qui empêchent de faire tout à fait « comme avant » et conduisent à faire autrement.

Raphaël, par exemple, retraité de 73 ans, souffrant d'une valvulopathie, explique que qu'il ne peut plus pratiquer la randonnée comme il avait l'habitude de le faire avant. Mais, dit-il : « je peux monter dans ma voiture, je vais à la montagne, je monte au col en voiture, je bricole à côté de la voiture pendant que ma femme va se balader, je fais des bricoles autour, je prends des photos. Je ne peux plus randonner, mais je peux toujours aller dans un endroit sympa et en profiter. » Comme on le voit ici, la transformation n'est pas nécessairement vécue de façon négative, comme étant exclusivement la résultante d'un amoindrissement des capacités. Certaines personnes mettent d'ailleurs l'accent sur la dimension créative de certains symptômes ou de certaines transformations. C'est ainsi que Marta, 67 ans, peintre, atteinte d'arythmie et de covid long, explique que la maladie a été pour elle l'occasion d'expérimenter une autre manière de dessiner : « J'ai eu des tremblements dans la main, j'en ai profité [...] j'ai trouvé un autre mode de travail, un autre coup de crayon. »

Il faut souligner que certains « réarrangements » paraissent contre-intuitifs. Ainsi, il importe non seulement, nous l'avons dit, de considérer leur diversité et éviter les effets de généralisation, mais en outre d'accepter que certaines formes de réarrangements conviennent à des personnes, alors qu'on peut les percevoir inadaptés, y compris par rapport à des éléments de prise en charge ou d'accompagnement de la personne malade. Solène, 48 ans, en invalidité, atteinte de spondylarthrite ankylosante depuis une vingtaine d'années et soignée pour un cancer explique que dans les premiers temps de la maladie, en raison de la douleur et des opiacés, sa vie « s'est arrêtée » (elle a cessé de travailler, de faire du sport, changé de région, etc.). Elle décrit une existence dans laquelle la maladie et la douleur prenaient toute la place,

jusqu'à rendre son environnement immédiat étranger et menaçant et à défaire toute relation sociale. Elle décrit l'impression d'être dans un tunnel, dans un isolement total, alors même qu'elle s'était installée dans une grande ville pour pouvoir être entourée et avoir facilement accès à toutes les commodités. Ici, la vie avec la maladie est décrite comme une vie autre, et s'accompagne alors d'un sentiment de rupture particulièrement accusé. À cette première rupture, vécue de façon négative comme une mise à l'arrêt, s'en est suivie une autre, quelques années plus tard, lorsqu'elle a décidé de changer complètement d'environnement de vie et de s'installer dans une petite maison à la montagne.

Elle a ainsi quitté son appartement situé en centre-ville d'une grande métropole, choisi au départ pour pouvoir garder un maximum d'indépendance malgré la maladie pour s'installer en moyenne montagne, dans une maison isolée. Cet appartement, à première vue, réunit tous les critères pour répondre aux besoins d'une personne atteinte d'une maladie chronique fortement restreinte dans sa mobilité (il est doté d'un ascenseur, proche des commerces, bien desservi par les transports en commun et proche des hôpitaux dans lesquels elle doit se rendre régulièrement). En réalité, il est devenu source d'inconfort et a renforcé son isolement.

Parce qu'elle est difficilement accessible, se situe dans un endroit où il faut prendre la voiture tout le temps, loin des commerces et des services de santé, la maison dans laquelle elle s'est installée ensuite suscite craintes et interrogations chez ses proches et les soignants qui lui rendent visite et qui trouvent que son choix de vie n'est pas adapté. Pourtant, parce qu'elle y retrouve une forme d'aisance (du fait que l'espace intérieur soit plus petit et exige moins de déplacements, qu'elle ait un accès direct à la nature, etc.), Solène décrit ce nouvel environnement de vie comme « un lieu qui soigne » (ou, dira-t-on, qui « déshandicape ») dans lequel un autre rapport au monde se construit, et duquel émerge d'autres formes de socialités. C'est aussi pour elle l'occasion de vivre selon une temporalité différente, de se sentir moins soumise à des emplois du temps et à une cadence qui la mettent en difficulté et qui ont fini par l'épuiser : « j'ai fait », dit-elle, « un *burn-out* médical ».

3.- Pour une approche dynamique, ancrée et « capacitante » du droit des personnes vulnérables

Les descriptions souvent très réflexives que font les personnes de ces réarrangements alimentent la thèse selon laquelle la vie avec la maladie se redéploie selon des modalités diverses et différentes de celles qui caractérisaient la vie *avant* la maladie chronique. Elles mettent notamment en lumière une dimension créatrice, confirmant l'idée d'une latitude de vie présente même dans l'état pathologique – une latitude de vie qui comprend l'autonomie non seulement fonctionnelle, mais aussi décisionnelle, voire morale. Le travail continu de nuance, d'ajustement et de réarrangement du milieu déployé par les personnes pour continuer à accomplir certaines tâches, à faire certaines choses qui ont du sens, qui comptent pour elle et qui, dans certains cas, sont constitutives des relations intrafamiliales ou sociales, fait émerger ce que l'on se propose ici d'appeler, avec l'anthropologue Ayo Wahlberg, de nouveaux « *kinds of living*²⁶ ». En ce sens, la maladie chronique, de par ses symptômes, par les traitements ou le recours à des dispositifs médicaux qu'elle nécessite et les relations d'aide et de soin qu'elle appelle, engendre de nouvelles manières de vivre, d'user de son corps, de nouvelles formes de socialités et de vie collective, toutes choses qui induisent des manières renouvelées d'interagir avec son milieu, quel que soit le sens donné à ce terme. Le *chronic living*²⁷ comporte en ce sens une dimension transformatrice, et va parfois de pair avec une redéfinition des attentes, des aspirations et des définitions de la vie bonne – pour soi et parfois aussi sur un plan général.

Les situations dont nous avons ici rendues compte, liées à la vie avec une ou plusieurs maladies chroniques, ne peuvent être considérées comme l'étalon de la vulnérabilité en général ou comme représentatives de toutes les formes de vie vulnérables. Cependant, l'analyse que nous en avons proposée peut être source d'une série de suggestions ou de propositions à soumettre à la réflexion juridique sur le droit actuel des personnes vulnérables et en particulier les dispositions juridiques sur les majeurs protégés. Ces suggestions ou propositions portent en premier lieu sur l'évaluation des capacités.

²⁶ A. WAHLBERG, « Serious Diseases as Kinds of Living », in S. BAUER & A. WAHLBERG (eds), *Contested Categories. Life Sciences in Society* London : Routledge, 2016.

²⁷ L. MANDERSON et A. WAHLBERG, « Chronic Living in a Communicable World », *Medical Anthropology*, 2020, 39, 5, p. 428-439. DOI : 10.1080/01459740.2020.1761352.

Tout d'abord, l'on peut souligner que les capacités ou encore l'autonomie des personnes dans la maladie chronique et le handicap prennent des formes variées (incarnées, concrètes, effectives) et se caractérisent par leurs recompositions dans le temps et leurs temporalités complexes : une des leçons que l'on peut tirer de l'étude du vécu de la maladie chronique et étendre au handicap, c'est la nécessité de prendre en compte ces temporalités complexes faites de fluctuations importantes, qui nécessitent des ajustements permanents. Une telle nécessité suggère de rompre avec des conceptions absolues ou figées de la capacité ou de l'autonomie, ou des évaluations réalisées « une fois pour toutes ».

Sur le plan de la protection des personnes vulnérables, cela peut sans doute se traduire par la mise en place de formes d'accompagnement et de soin et des modalités de prise de décision qui laissent une place à des ajustements, à une organisation dynamique. Le droit peut organiser des formes d'action et de décision au cas par cas et révisables, ce qui ne s'oppose pas à la généralité de la loi, mais fait du cas par cas le format le plus appropriée d'action et de décision (ce qui est d'ailleurs déjà le cas pour un certain nombre de décisions médicales selon le Code de santé publique, qui laisse au patient et/ou à l'équipe médicale la responsabilité de la décision en fonction des informations disponibles sur la pathologie et sa prise en charge et/ou le souhait du patient).

En outre, nous avons observé les réarrangements auxquels procèdent les personnes qui vivent avec une ou plusieurs maladies chroniques, qui ne consistent pas, ou pas seulement, en une adaptation aux exigences d'un milieu *déjà-là*, moyennant l'apprentissage de nouveaux gestes, le recours à des traitements ou à des dispositifs qui viennent compenser les incapacités – ni même un travail de normalisation comme évoqué en introduction – mais à un processus qui recèle une dimension créatrice et orientée, pour les personnes, par la quête d'un milieu de vie à sa mesure. Ce qui est mis en évidence dans l'analyse de ce processus est la part fondamentale que joue le milieu de vie, favorisant ou au contraire entravant à la fois la latitude de vie et le travail mené par les personnes pour restaurer, conserver, recomposer leur latitude de vie.

Cela invite tout d'abord à penser une visée du soin et de l'accompagnement comme étayage de la latitude de vie des personnes, afin que celles-ci soient aidées à contrecarrer un rétrécissement trop important de leur milieu, de leur monde,

et à maintenir une certaine marge dans le rétrécissement des normes imposé par la maladie²⁸. Et cela suggère par ailleurs l'insuffisance d'une évaluation qui centre le regard sur la personne, indépendamment de son milieu de vie. Il conviendrait alors d'inventer des dispositifs d'évaluation permettant d'appréhender les capacités de la personne dans son milieu de vie, et sans doute aussi à promouvoir un droit à vivre dans un milieu capacitant – comme on a pu, en droit environnemental, proposer un droit à vivre dans un environnement sain. En effet, le travail d'ajustement des personnes rencontre un certain nombre d'obstacles – matériels, structurels, institutionnels, juridiques parfois, dont les personnes rendent compte en creux, ou de façon explicite, dans les entretiens, formulant parfois une critique des conditions dans lesquelles il est possible de vivre et de travailler en France avec un handicap ou une maladie chronique. Si l'on veut conserver un droit des majeurs protégés fondé sur l'évaluation des capacités, il conviendrait à tout le moins, dans le sillage de cette analyse, de proposer une évaluation ancrée (dans un milieu) de ses capacités et de contrebalancer le centrage du regard sur la personne par la mise en avant d'un droit à vivre dans un milieu capacitant, qui permettrait de repositionner à sa juste place le rôle du milieu de vie et son impact sur les capacités des personnes.

Enfin, l'analyse des situations de vie avec une ou plusieurs maladies chroniques met en évidence des personnes fragilisées, confrontées à des difficultés diverses au quotidien, et à des incapacités qu'elles n'ont pas toujours eues, mais qui ne sont pas, loin s'en faut, réduites à la passivité. Nous avons souligné la dimension créatrice du processus d'ajustement, de recomposition du milieu de vie, de restauration d'une marge, le travail que cela exige. Cette attention aux recompositions et aux réarrangements du milieu de vie dans la maladie chronique (ou le handicap), l'idée d'une latitude de vie qui se gagne dans un milieu – entendu au sens large – qui vient la soutenir, l'étayer, introduit un décalage par rapport à une lecture souvent dichotomique et parfois déficitaire des situations de vulnérabilité, qui oppose capacité et incapacité, compétence et incompétence, autonomie et dépendance, etc. Les entretiens ont aussi souvent mis en évidence une perspective qui banalise la vie avec la maladie chronique ou qui met la maladie à distance au profit d'une certaine

²⁸ A. CAMUS, *Décision médicale et travail du soin. Repenser la santé et l'autonomie au long cours*, Paris, DOIN, coll. « La Personne en médecine », à paraître en mars 2025.

manière de vivre, rapportée à une forme de continuité et/ou de normalité. Les personnes expriment ainsi l'idée d'une vie *avec* la maladie, qui la caractérise jusqu'à un certain point mais ne la détermine pas tout entière.

Cela incite à considérer comment la personne visée par des mesures de protection, du fait de sa vulnérabilité, peut aussi être actrice dans la situation qui est la sienne, et pas seulement objet de mesures de protection, a fortiori lorsqu'elle porte un regard sur son existence qui ne se réduit pas aux causes de sa vulnérabilité. Une telle perspective fait également écho à la proposition formulée par B. Eyraud en 2006 d'une « anthropologie capacitaire », à travers laquelle il souhaite prendre ses distances à l'égard d'une « évaluation des capacités d'individus reconnus d'abord par leurs incapacités²⁹ ». Il s'agit en effet dans les deux cas de mettre en évidence une forme d'agentivité propre aux personnes vulnérables, capables dans certains cas d'entretenir une relation dynamique avec leur milieu de vie et de réarranger celui-ci pour vivre avec la maladie. Dans la proposition de B. Eyraud, l'on retrouve aussi d'ailleurs en un sens cette relation à travers sa vision d'une conception « équilibrée » de l'autonomie « comme détermination mutuelle d'une norme obligeante et d'un sujet capable³⁰ ».

Conclusion

Cette contribution a cherché à mettre en évidence comment des maladies chroniques, notamment celles qui sont dites « invalidantes » – mais aussi les situations de multimorbidités – peuvent générer des incapacités qui sont à la fois *fluctuantes* et *évolutives*. Parce que les symptômes sont eux-mêmes fluctuants, que la maladie chronique est parfois faite d'alternance de crises et d'accalmies, que les traitements peuvent être efficaces pendant un temps mais voir leurs effets s'estomper, les personnes peuvent être capables d'effectuer un certain nombre de gestes, de tâches, d'activités certains jours et être en difficulté pour faire ces mêmes choses le lendemain et les jours qui suivent. De plus, au-delà de ces fluctuations, ces « incapacités » se transforment et se recomposent dans le temps, sous l'effet combiné des traite-

ments, de l'évolution de la – ou des – maladie(s) et de leurs symptômes, de l'apparition de pathologies intercurrentes, de l'âge, mais aussi des relations de soin et des aménagements, notamment du milieu de vie – qui sont mis en place pour et par les personnes. En considérant ces transformations et les dimensions *fluctuantes* et *évolutives* des (in-)capacités qu'elles induisent, cette contribution propose ensuite d'aborder les recompositions ou réarrangements du milieu de vie opérées par ou pour les personnes malades chroniques, et ce que ceux-ci rendent possible. Une telle perspective, en exploitant toute la richesse sémantique de la notion de milieu (spatiale, relativement à l'espace privé ou public, domestique ou de soin, temporel, social, technique, politique et juridique, etc.), peut contribuer à dépasser les limites d'une évaluation de l'autonomie des personnes sur la base de critères relatifs à ses capacités considérées *in abstracto*.

S'il nous a semblé important de restituer et d'analyser ces expériences de vie avec une ou plusieurs maladies chroniques, c'est parce que, sans généraliser une telle analyse, elles fournissent à notre sens une piste pour réfléchir au droit des personnes vulnérables en direction d'une approche dynamique (qui tienne compte des temporalités complexes et fluctuantes de la maladie), ancrée (qui tienne compte du milieu de vie de la personne pour l'évaluation de ses capacités) et « capacitante » (qui mette en valeur la capacité à recomposer, réarranger, inventer de ses personnes), plus encore que « capacitaire³¹ ». Cette piste fait écho à celle que mettent en avant certains travaux sur le handicap, comme celui d'Anne-Lise Chabert³². Il serait en ce sens intéressant de poursuivre la réflexion pour examiner en quoi les analyses sur telle ou telle situation de maladie, de handicap, voire de longue vieillesse³³, se répondent et convergent vers des conclusions semblables.

Cette réflexion sur le droit des personnes vulnérables, à quelques années de l'anniversaire de la réforme du 5 mars 2007, est cruciale pour tout un ensemble de raisons. Le nombre de personnes soumises à un régime de protection, rappelle

²⁹ B. EYRAUD, « Quelle autonomie pour les “incapables” majeurs ? Déshospitalisation psychiatrique et mise sous tutelle », *art. cit.*, p. 112.

³⁰ *Ibid.*, p. 134.

³¹ Cette nuance sémantique, qui met l'accent sur la capacité à agir, à créer, même dans une latitude de vie réduite, nous paraît importante, sans qu'elle signifie un désaccord avec B. Eyraud.

³² A.-L. CHABERT, *Transformer le handicap – Au fil des expériences de vie*, Toulouse : Erès, 2017.

³³ Voir à ce sujet M. GAILLE, « Quels milieux pour les longues vies ? Enjeux conceptuels et éthiques d'une question politique », in E. CLARIZIO, R. POMA, M. SPANO (dir.), *Milieu, mi-lieu, milieux*, Paris : Mimésis, 2020.

Benoît Eyraud est conséquent et avoisine les 800 000 en 2018³⁴. Ce chiffre interroge sur l'extension de la protection, comme si les situations de vulnérabilités devenaient de plus en plus fréquentes, au même titre que les maladies chroniques. Une telle interrogation fait écho au propos de l'une des personnes interviewées dans notre enquête affirmant qu'il n'y a quasiment plus personne en 2021 qui ne prenne un traitement quotidien et que sa situation est « d'une banalité affligeante » (Cécile).

Au-delà de cet aspect quantitatif, qui constitue en lui-même un enjeu en termes de politique de protection et d'articulation entre les formes privées, domestiques et les dispositifs publics d'accompagnement et de soin, l'analyse proposée, sur le sujet des maladies chroniques, complète les interrogations déployées par les sciences sociale et la philosophie sur les modalités actuelles de l'évaluation des capacités au fondement de la décision de protéger la personne et ouvre des pistes de réflexion à la pensée juridique sur le lien établi entre autonomie et capacités, et sur les modalités d'établissement de la preuve de ces (in-)capacités. Une telle analyse invite à prendre au sérieux ce travail constant de réarrangement du milieu de vie et à imaginer des dispositifs qui favorisent ce travail dans et au-delà de l'espace domestique. Les expériences de vie avec une ou des maladies chroniques montrent en effet que l'accompagnement et le soutien de ce travail excèdent de beaucoup une politique de santé publique organisant le suivi médical et le parcours de soin : cet accompagnement et ce soutien concernent aussi des aménagements de rythme (à l'école, au travail, etc.), de l'espace public et des possibilités de mobilités en son sein, au sens large de l'organisation de la vie sociale³⁵.

³⁴ B. EYRAUD, « Les mesures de protection : préserver les capacités restantes ? », *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, *op. cit.*, p. 159.

³⁵ C. LEFÈVE, *Autour de Canguilhem. Vie, médecine et soin*, Paris : PUF, 2024, p. 77 sq.

REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE SORBONNE LAW REVIEW

Appel à contributions n° 11/25

La Revue Juridique de la Sorbonne – Sorbonne Law Review lance un appel à contributions pour son onzième numéro à paraître en juin 2025.

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
au plus tard le 20 avril 2025*

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>.

