

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.*

