



*Compte rendu des actes
48^e Réunion Italo-Belgo-Franco-Suisse
Bruxelles, 5 et 6 décembre 2008*

La réforme de la loi sur les majeurs protégés (Loi 2007 – 3108 du 5 mars 2007)

O. RODAT¹, R. CLÉMENT¹

La loi 2007-3108 du 5 mars 2007 portant réforme sur la protection juridique des majeurs entre en vigueur au 1^{er} janvier 2009 et remplace une législation désuète du 3 janvier 1968.

Quarante ans se sont passés et le vieillissement de la population a souligné l'inadéquation entre ce dispositif législatif et la population à protéger.

Le rapport FAVARD en a pointé les dérives :

- ✓ D'une part, le critère légal d'altération des facultés personnelles de l'intéressé a été largement perdu de vue et l'obligation de présenter un certificat médical n'est pas universellement respecté car en cas de saisie d'office du Juge des Tutelles, celui-ci n'est pas tenu d'en requérir l'établissement.
- ✓ Les critères retenus par le Juge pour ouvrir une mesure de protection s'éloignent de cette seule appréciation médicale.

- ✓ Dans une enquête publiée par l'IGAS en juillet 1998 sur plusieurs centaines de dossiers de tutelle ou de curatelle d'état, les deux premiers motifs retenus par le Juge étaient, bien entendu, l'altération mentale et/ou physique mal documentée et le deuxième motif était le surendettement et la prodigalité.
- ✓ La priorité familiale dans la dévolution des mesures a été battue en brèche, la proportion de tutelle confiée à des mandataires professionnels est de plus de 41 % et souvent le Juge ne motive pas sa décision de confier la mesure à un tiers.
- ✓ Le non-respect de la graduation des mesures conduit à des situations inadaptées aux besoins car rien n'oblige les Juges à réviser régulièrement les décisions qu'ils prennent. Il faut dire que l'évolution du nombre des personnes protégées est exponentielle. De 85 000 en 1975,

1. Centre Fédératif médico-légal, CHU de Nantes – Université de Nantes, France.



elles sont passées 445 000 en 1995 et à 697 000 en 2005.

La loi du 3 janvier 1968 était devenue désuète par certains aspects ou silencieuse, en particulier dans le domaine de la protection de la santé du majeur incapable.

En effet, jusqu'alors la législation avait pour seul objet la protection des biens du majeur protégé et c'est de manière indirecte que le représentant légal s'occupait de la personne. Désormais, l'article 415 du code civil proclame que : « *Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire... Cette protection est instaurée dans le respect des libertés individuelles des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'économie de celle-ci...* ».

De la sorte, la réforme s'appuie sur des principes forts :

- ✓ Tout d'abord le **principe de nécessité**. Le bénéfice d'un régime de protection doit être réservé au seul cas où l'altération des facultés mentales ou corporelles, de nature à empêcher l'expression de la volonté est médicalement constatée. (article 425 du code civil). Un simple besoin d'accompagnement social de la personne ne doit pas conduire à la mise en œuvre d'une mesure de protection judiciaire.
- ✓ De la sorte, l'ouverture d'une mesure de protection se limitera au cas d'altération de la faculté mentale et corporelle médicalement constatée par un médecin agréé par le Procureur. La prodigalité ou l'oisiveté ne justifie plus la curatelle. Le constat médical est exigible dans tous les cas.
- ✓ Le **principe de subsidiarité** correspondant au principe de nécessité signifie que seule l'altération des facultés mentales n'est pas suffisante à elle seule pour justifier la mise en place d'une mesure de protection. Il faut que aucun autre dispositif plus léger ou moins restrictif des droits ne puisse être mis en œuvre.

La graduation des mesures est inscrite dans la loi. L'allègement des mesures est facilité alors que leur aggravation est conditionnée par un nouveau constat médical. Il est donc nécessaire de s'assurer qu'une autre solution est possible.

- ✓ Le **principe de proportionnalité** fixe que la mesure doit être proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé. Une tutelle n'est prononcée que si une curatelle est insuffisante, une curatelle n'est prononcée que si une sauvegarde de justice est insuffisante.
- ✓ La loi pose donc le **principe du retour à la priorité familiale**, de sorte que la protection est un devoir pour les familles et la collectivité publique.

LES DISPOSITIONS COMMUNES

La loi du 5 mars 2007 pose donc le principe que la protection porte sur les biens, mais aussi sur la personne. Cela signifie que ces conditions de vie et de logement sont protégées aussi longtemps que possible. Le médecin inscrit sur la liste établie par le Procureur de la République doit être consulté avant de procéder à un acte de mise à disposition en particulier pour l'entrée dans un établissement.

Les mesures de protection sont placées sous la surveillance générale du Procureur et du Juge des Tutelles. Le Procureur peut saisir le Juge des Tutelles (article 430 du code civil). Ce dernier est le seul à pouvoir ordonner une décision de protection. Le législateur pose un principe très fort : « *La demande est accompagnée, à peine d'irrecevabilité, d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le Procureur de la République.* ».

Le coût de ce certificat est fixé par un arrêt du Conseil d'Etat, le médecin inscrit sur la liste peut solliciter l'avis du médecin traitant de la personne qu'il y a lieu de protéger. L'intéressé peut être accompagné d'un avocat ou, sous réserve de l'accord du Juge, par toute autre personne de confiance ».

Ces dispositifs traduisent les articles 430 à 432 du code civil.

Ils expriment, de manière précise, une dérogation au secret puisque le médecin inscrit sur la liste peut prendre attache avec le médecin traitant pour conforter sa décision ou le commentaire qu'il fera à l'autorité qui le saisit. On soulignera aussi que toute autre personne de son choix peut bien sûr faire référence à la personne de confiance.

De la sorte, les cas d'ouverture d'un régime de protection sont limités à la seule altération, soit des facultés corporelles, soit des facultés mentales, médicalement constatée et qui est de nature à empêcher l'expression de la volonté des personnes dans l'impossibilité de pourvoir seules à leurs intérêts et qui peut justifier de la sorte une mesure de protection.

Le Juge des tutelles ne peut plus se saisir d'office (article 430 du code civil) sur signalement d'un intervenant social ou d'un tiers.

Le juge devra donc constater l'inapplicabilité des mesures moins contraignantes avant de déclencher une mesure de protection. Les articles 217 à 219 du code civil permettent la saisie du Juge des Tutelles par un époux pour être autorisé à représenter, de manière durable ou à l'occasion d'un acte particulier, son conjoint hors d'état de manifester sa volonté sans qu'une mesure de protection ne soit pour autant ouverte. (Décret n° 2004-1158 du 29/07/2004).

La nouveauté de la loi est de prévoir la caducité des mesures. En effet pour la sauvegarde de justice, celle-ci est fixée à un an et n'est renouvelable qu'une seule fois. pour la tutelle et la curatelle, la durée doit être fixée sans dépasser 5 ans, l'avis du médecin spécialiste est requis pour une durée indéterminée s'il est acquis qu'une amélioration future est exclue (article 442 du code civil).

LA SAUVEGARDE DE JUSTICE

La sauvegarde de justice est toujours temporaire. Elle est judiciaire au titre de l'article 425 du code civil ou elle peut être médicale au titre de l'article L3211-6 du code de la santé publique.

Nous rappellerons que le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article L 425 du code civil, d'être protégée dans les actes de la vie civile peut en faire la déclaration au Procureur de la République du lieu du traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de Justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre. Si la personne est soignée dans un établissement mentionné aux articles 3222-1 - 2, le médecin est tenu d'en faire la déclaration. Il y a donc une certaine distorsion entre la possibilité offerte aux médecins en pratique libérale et l'obligation qui est faite dans les institutions.

La loi n'a pas modifié le régime de protection de sauvegarde de justice, mais elle facilite les actions en annulation en rescision ou en réduction. Notons que le Juge peut nommer un mandataire pour effectuer, au nom de la personne, un ou plusieurs actes déterminés et en particulier des actes des dispositions ce qui évitera des passages sous curatelle ou sous tutelle inutiles.

LA TUTELLE ET LA CURATELLE

La curatelle est prononcée pour l'assistance et le contrôle. La tutelle correspond à la représentation continue. Le dispositif de Mars 2007 stipule que le recueil du consentement lors des décisions personnelles doit être recherché dans la mesure où l'état du patient le permet.

La personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci des mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que, du fait de son comportement, l'intéressé ferait courir à lui-même. Il en informe sans délai le Juge ou le conseil de famille s'il a été constitué.

Néanmoins conformément à l'article 459 du code civil, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du Juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée. On constate que l'application de la présente ne peut avoir pour effet de déroger aux principes et aux dispositions du code de la santé publique.

Cela signifie que le consentement aux soins de la personne sous tutelle doit toujours être recherché si elle peut l'exprimer.

Cela signifie aussi que son consentement peut être aussi la constatation d'un refus.

Dans le cas contraire, le tuteur, porteur des droits du malade, est à même d'exprimer son accord voire avec l'aval du conseil de famille s'il s'agit d'une décision grave.

Il n'y a que l'urgence qui permette de se passer du consentement, de même, l'opposition du tuteur peut être contournée si celle-ci constitue un danger pour la santé du majeur protégé (article 1111-4 du code de la santé publique).

La loi rappelle que la personne protégée choisit le lieu de sa résidence. La personne capable peut, de ce fait, désigner le curateur ou le tuteur au cas où une mesure judiciaire de protection la concernant serait prononcée. Ce choix s'impose au Juge sauf si la personne désignée refuse la mission ou en cas de force majeure.

La grande nouveauté est de constater que le Juge peut énumérer certains actes que la personne sous tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur. La personne sous tutelle peut, avec l'autorisation du Juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, être assistée pour faire des donations. Elle ne peut faire seule son testament après ouverture de la tutelle qu'avec l'autorisation du Juge ou de son conseil, à peine de nullité d'acte. Le tuteur ne peut ni l'assister, ni la représenter à cette occasion. Toutefois, il peut révoquer seul le testament fait avant ou après l'ouverture de la tutelle, le testament fait antérieurement à l'ouverture de la tutelle reste valable à moins qu'il ne soit établi que depuis cette ouverture la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu.

Enfin le législateur a introduit un dispositif original et nouveau qui est la notion de *mandat de protection future*.

Toute personne majeure ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes par un même mandat de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts. Cette protection juridique confiée à la personne de confiance pourra porter à la fois sur la protection patrimoniale et la protection personnelle. Il peut être conclu par acte notarié ou sous seing privé, mais leurs champs seront différents.

Il prendra effet lorsqu'il sera établi que le mandant ne peut pourvoir seul à ses intérêts, un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste du Procureur de la République doit être présenté.

Le décret 2007-1702 du 30 novembre 2007 fixe les modalités de rédaction du mandat de protection future sous seing privé. Curieusement il fait référence à la personne de confiance en lui accordant des prérogatives qui ne sont pas celles prévues dans la loi du 4 mars 2002 en particulier en matière de consentement aux soins.

Le médecin a donc désormais, dans la protection des majeurs protégés, une place particulière. En effet, l'obligation de fournir un certificat médical émanant

d'un médecin inscrit sur la liste dressée par le Procureur de la République devient impérative et doit répondre aux conditions fixées par l'article 1219 du code de procédure civile.

Le médecin doit en effet décrire avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé, il doit donner au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération et préciser les conséquences de ces altérations sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel ainsi que sur l'exercice de son droit de vote (article 71 de la Loi du 11/02/05).

Ce certificat doit indiquer enfin si l'audition du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté.

Au surplus le décret prévoit que le médecin remet le certificat au requérant sous pli cacheté à l'intention exclusive du Procureur de la République ou du Juge des Tutelles. Le certificat circonstancié devient donc une condition nécessaire de la saisine du Juge de Tutelles puisque la loi du 5 mars 2007 met fin à la possibilité du Juge des Tutelles de se saisir d'office.

On comprend donc que les contraintes de la loi positionnent le médecin dans une situation de recours indispensable. En effet, pour les mesures de tutelle ou de curatelle qui sont en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi, il est fait obligation au Juge des Tutelles de les revoir avant le 1^{er} janvier 2014. L'enjeu de ce renouvellement est quantitativement énorme et va mobiliser très fortement les cabinets de Juges des tutelles. En effet, les mesures non révisées dans le délai légal deviennent automatiquement caduques ce qui aussi provoque la caducité du mandat de gestion confié au tuteur et au curateur des personnes dont la situation justifie très probablement le maintien de la mesure de protection.

Le certificat du médecin traitant suffit au renouvellement d'une mesure de protection sauf dans trois circonstances pour lesquelles le certificat du médecin inscrit sur la liste du Procureur est exigé :

- ✓ Soit renouvellement d'une durée supérieure à 5 ans ;
- ✓ Soit aggravation de la mesure, passage d'une curatelle à une tutelle ;
- ✓ Soit une non-audition du majeur protégé par le fait qu'elle est de nature à porter atteinte à sa

santé ou que le majeur est hors d'état d'exprimer sa volonté.

Le nouveau dispositif du 5 mars 2007 a toiletté, de manière importante, la loi du 3 janvier 1968, sans en changer les principes fondamentaux. Elle est mieux adaptée à la population à protéger, en particulier les personnes âgées vulnérables. Elle met au centre du dispositif le médecin inscrit sur la liste du Procureur de la République. Le médecin traitant est un petit peu mar-

ginalisé dans cette procédure, mais il peut être sollicité pour éclairer le médecin spécialiste.

L'originalité de la notion de mandat de protection future doit être soulignée car il appartient bien évidemment dans la mission d'information et de conseil des médecins d'anticiper des situations de fragilité et de vulnérabilité qui peuvent conduire à des maltraitements en leur permettant d'organiser à l'avance leur protection. ■