LA RÉFORME

DE LA PROTECTION JURIDIQUE

DES MAJEURS

(mise en application au 1er janvier 2009)

Conseil Départemental de l'Accès au Droit de l'Hérault
avec la participation
du Conseil Général de l'Hérault

COLLOQUE

DU

JEUDI 16 OCTOBRE 2008

Ce document peut être consulté sur le site www.cdad-herault.justice.fr .

Coordonnées du CDAD :

Tribunal de grande instance
Place Pierre Flotte
34040 Montpellier cedex 1
Tel : 04 67 12 62 98
Fax : 04 67 12 63 89
mail : cdad-herault@justice.fr

COLLOQUE

DU

JEUDI 16 OCTOBRE 2008

mise en application au 1er janvier 2009

LA RÉFORME

DE LA PROTECTION JURIDIQUE

DES MAJEURS

S O M M A I R E

pages

ALLOCUTIONS D'OUVERTURE 2

Monsieur André VEZINHET, Président du Conseil Général

Madame Catherine HUSSON-TROCHAIN, Première Présidente de la Cour d'Appel

Monsieur Alain MOMBEL, Président du TGI de Montpellier et du CDAD

Monsieur le Bâtonnier Georges PERIDIER, Avocat.

TITRE I - PRESENTATION DE LA REFORME 18

LES ASPECTS THEORIQUES DE LA REFORME

Intervention de Monsieur Jean FAVARD, Conseiller Honoraire à la Cour de Cassation

TITRE II - LES ASPECTS PROFESSIONNELS 31

L'ANALYSE QUE PEUT FAIRE UN PROFESSIONNEL DE LA NOUVELLE LOI

Intervention de Maître Jacques COMBRET, Notaire

TITRE III - LA REFORME DU FINANCEMENT 41

L'INCIDENCE DE LA LOI SUR LES DEPARTEMENTS

Monsieur Patrick GERMAIN-GUERAUD, Directeur du Pôle Départemental de la Solidarité

TITRE IV - L'OPINION DES PROFESSIONNELS 51

LE MINISTERE PUBLIC

Intervention de Madame Béatrice DENJEAN, Substitut du Procureur de la République

LE ROLE DE L'AVOCAT

Intervention de Maître Raphaële CHALIE, Avocate

TITRE V - LE DISPOSITIF JUDICIAIRE 65

LE JUGE DES TUTELLES ET SON GREFFE

Intervention de Madame Corinne RIEU, Juge des Tutelles

Intervention de Madame VERDOIRE, Greffier du Service des Tutelles

L'EXAMEN MEDICAL

Intervention de Monsieur le Docteur Marcel DANAN

TITRE VI - LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE 90

Intervention de Monsieur Christian CAMPELS, Notaire

TITRE VII - LE NOUVEAU METIER DE MANDATAIRE JUDICIAIRE 105

Intervention de Madame Dominique CAILHOL, Gérante de Tutelle Hospitalière

Intervention de Monsieur le Bâtonnier PERIDIER

TITRE VIII - L'AIDE AUX TUTEURS FAMILIAUX 125

Monsieur Didier GADEL, Juriste - Conseiller auprès des Tuteurs Familiaux de l'UDAF

CONCLUSION - CLOTURE DE LA RENCONTRE 135

Monsieur le Président Alain MOMBEL

ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

Monsieur André VEZINHET

Président du Conseil Général de l'Hérault

Député

Nouveau dispositif de loi qui a une importante capitale pour bons nombres de nos concitoyens et notamment de nos concitoyens âgés.

Madame la première Présidente de la Cour d'Appel,
Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de Montpellier,
Madame le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats,
Monsieur le Directeur de Cabinet de Monsieur le Préfet,
Monsieur le Conseiller Honoraire de la Cour de Cassation,
Monsieur le Notaire Jacques COMBRET, notaire à RODEZ,
Monsieur le Directeur de la Solidarité Départementale, Mr GERMAIN-GERAUD,
Mesdames, Messieurs,

J'ai pour ma part à introduire ce débat et peut-être à contribuer modestement à vous faire mieux connaître les différents aspects de la loi qui nous concerne aujourd'hui sur la réforme de la Protection Juridique des Majeurs.
J'évoquais, il y a un instant, avec Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance le fait que nous nous sommes déjà retrouvés dans cette salle sur les problèmes liés à la protection judiciaire de l'enfant et de la jeunesse, aujourd'hui c'est à une autre tranche d'âge que s'adresse cette réunion.

Il s'agit de vous faire connaître les spécificités de cette loi peut-être aussi en ma qualité de législateur et de député bien que cette loi ait été votée à l'époque où j'étais dans une autre assemblée, la haute assemblée du Sénat.
C'est aujourd'hui que je m'adresse aux professionnels de la Justice, de l'action sociale, de la santé, aux partenaires associatifs, sur un sujet qui commence à se révéler au travers d'un texte de loi mais pas encore complètement au niveau des décrets puisque les décrets de cette loi évoquée en 2007 sont attendus seulement en décembre 2008 pour une application qui interviendra dès le 1er janvier 2009.

Nous sommes dans un système contraint , mais nous en avons l'habitude.

Monsieur PatricK GERMAIN - GERAUD, Directeur du pôle de la solidarité, précisera qu'elles seront les orientations qu'adoptent le partenaire Conseil Général pour l'organisation et la mise en œuvre de ces compétences nouvelles dévolues au département.

Qu'est l'esprit de la loi ?

Cette loi est issue de la nécessité d'une réforme des tutelles.

Il y a en effet, une augmentation continue des mesures qui s'imposent à nous face au vieillissement de la population, à l'augmentation de la durée de la vie et du nombre croissant de personnes en situation de précarité sociale.

L'augmentation de la précarisation et l'exclusion qui en résultent conduit à des mesures de protection juridique établies à des fins d'accompagnement social indépendamment du taux d'altération des facultés mentales.

Aujourd'hui, et ce chiffre a de quoi nous interroger, ce sont 700.000 personnes qui sont placées sous un régime de protection juridique.

A l'horizon 2010, on pense qu'un million de personnes sera concerné.

L'Etat, qui aujourd'hui, réduit ses moyens d'action sociale, ne peut et ou ne souhaite pas porter le coût toujours croissant de ces mesures. Plus de 15% par an de cette charge, c'est énorme.

C'est vous dire que les responsabilités qui nous incombent vont être lourdes à porter.

Cette réforme engagée par l'Etat vise, en premier lieu, à tracer une ligne de partage claire entre les mesures de protection juridique et les systèmes d'aide sociale ainsi que de tenter de renforcer les droits des personnes protégées.

L'objectif est pour l'Etat de recentrer les mesures de tutelle et de curatelle sur les personnes réellement atteintes d'une altération médicale de leurs facultés personnelles.

La loi renforce la protection de la personne et non plus seulement de ses biens.

Une protection juridique ne pourra être ordonnée par le juge qu'après avoir auditionné la personne concernée qui pourra être assistée d'un avocat.

Elle limite aussi dans le temps, les mesures appliquées, le terme de cette mesure dans le temps étant fixé à 4 ans.

Elle met en place un régime juridique unifié pour les professionnels chargés des protections judiciaires en encadrant leurs activités et garantissant la qualité du suivi des personnes protégées.

Le dispositif proposé par la loi comportera deux volets.

Le premier : social qui sera mis en place par l'institution départementale en collaboration avec la personne intéressée.

Le deuxième : volet judiciaire plus contraignant, ne pourra être actionné qu'en cas d'échec de la 1ère mesure.

Il y a donc une hiérarchisation des fonctions qui fait que le premier interlocuteur est le département, ensuite vient l'interlocuteur judiciaire.

Et donc, mise en place une mesure d'accompagnement social personnalisé financé par le département en amont du dispositif judiciaire

Cette mesure comportera une aide de la personne à la gestion des prestations sociales et un accompagnement social personnalisé en complément des autres aides dont elle peut bénéficier par ailleurs.

Alors quel est l'impact sur le département ?

Le Conseil Général est chargé de mettre en œuvre à partir du 1er janvier 2009, la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) qu'il financera à 100 %.

Cette MASP sera décidée sous la responsabilité du département et sera mise en œuvre sous la forme d'un contrat conclu avec le Président du Conseil Général sur la personne majeure qui pourra autoriser le Service social du département à percevoir et à gérer pour son compte tout ou partie des prestations sociales devant lui revenir.

L'affectation prioritaire qui a été décidée dans cette circonstance visera le paiement du loyer.

Si l'intéressé refuse de signer le contrat ou ne respecte pas les clauses, le Président du Conseil Général pourra afin de prévenir une expulsion locative solliciter du juge l'autorisation de verser le montant du loyer directement au bailleur par prélèvement sur les prestations sociales dues à l'intéressé.

C'est l'un des aspects contraignant de la mesure mais chacun comprendra son utilité.

Si cette action échoue, les services sociaux compétents adresseront un rapport circonstancié au Procureur de la République qui appréciera ou pas le fait de saisir le juge et remplacer la mesure de tutelle sociale par la tutelle judiciaire.

Je vais évoquer rapidement les questionnements de fonds qui sont posés par la réforme.

La loi met en place la MASP sous forme contractuelle.

Ces mesures vont donc obliger les deux parties : les services du département pour le Président et l'intéressé à se mettre d'accord sur les termes et objectifs contractuels. L'accord est donc préalable à tout service.

Cette mesure qui peut apparaître à première vue comme avantageuse pour le bénéficiaire risque d'être lourde à mettre en place pour les services qui souvent doivent faire face à des publics en détresse sociale, qui n'auront peut être pas toutes les facultés nécessaires pour comprendre et pour s'engager à travers un contrat qui les liera au département.

C'est une des difficultés que nous allons probablement rencontrer demain dès l'application de la loi.

Demander une quelconque responsabilité à des publics en souffrance risque d'être futile c'est-à-dire cela risque de créer de l'incompréhension et donc des problèmes pour les deux parties et par cascade cela sera coûteux pour la collectivité.

Le dernier problème réside sur la définition de l'échec du contrat signé dès lors que l'une des parties en conteste les termes et les objectifs.

Quelles sont les incertitudes et les problématiques pour le département ?

La réforme concerne essentiellement le pole départemental de la solidarité et donc l'ensemble des directions et des agences départementales de la solidarité que je salue ici.

Elle va avoir des conséquences non négligeables en terme du nombre de bénéficiaires et donc de coût pour le département étant donné les caractéristiques socio-économiques et démographiques de notre département.

Afin d'assurer la mise en œuvre de la réforme il faut au pôle de la solidarité l'organisation adéquate et optimum tout en pré évaluant le nombre de bénéficiaires afin d'anticiper la dépense budgétaire supplémentaire engendrée.

Je sors des arbitrages budgétaires pour l'année 2009 et croyez moi ils furent sanglants parce que j'ai dû plus souvent manier le sécateur pour couper ici et là afin de passer dans les limites de l'épure budgétaire.

Le département aura à financer environ 1000 MASP au terme de la période transitoire de 3 ans prévue par la loi : le coût de cette mise en œuvre s'élèvera à 2 millions d'euros.

Pour autant l'administration départementale devra faire avec le minimum de données du fait que les décrets relatifs à la loi comme je vous l'ai dit ne sortiront probablement pas avant la fin de l'année.

Avant d'avoir une analyse, la plus fine possible sur l'impact de la mise en œuvre de la loi par le département, ce coût supplémentaire se rajoutera à l'augmentation de la charge budgétaire continuelle des politiques sociales du département.

La loi opère en effet un transfert de charges de l'Etat vers les départements sans pour autant préciser les modalités et la hauteur des compensations financières induites par ce transfert.

La réforme va donc avoir un coût pour le département.

La fiscalité, déjà lourde à charge des héraultaises et des héraultais, risque encore une fois d'être sollicitée pour pallier au retrait et transfert de l'Etat en la matière.

En conclusion, le département de l'Hérault devra donc faire face à ces nouveaux enjeux amenés par la réforme et s'inscrit dans un nouveau partenariat avec la justice, avec les associations tutélaires ainsi qu'avec le secteur médical afin d'assurer pleinement cette nouvelle mission.

Je le rappelle souvent mais il n'est jamais inutile de le rappeler encore, nous sommes dans un Etat de droit. Nous pouvons contester la loi tant qu'elle est en discussion mais dès qu'elle est votée et qu'elle est validée, nous devons l'appliquer avec le plus grand sérieux et avec la meilleure conscience professionnelle.

Voilà Mesdames et Messieurs ce que je tenais à vous dire en introduction des débats que vous allez avoir.

En dernier lieu, je voudrais remercier le Président du Tribunal de Grande Instance en sa qualité de Président du Conseil Départemental d'accès au droit.

Dans cette nouvelle aventure, ce Conseil Départemental sera, j'en suis sûr notre meilleur allié.

Elle est aussi un gage de la volonté que nous avons les uns et les autres de porter au mieux ces dispositifs de loi non pas dans un intérêt qui nous serait propre mais dans l'intérêt de ces personnes qui sont en grandes difficultés et auxquelles nous devons attention et solidarité.

Merci.

Madame Catherine HUSSON - TROCHAIN

Première Présidente de la Cour d'Appel de MONTPELLIER

Mesdames et Messieurs,
Monsieur le Président du Conseil Général,

Merci d'accueillir chez vous car vous êtes chez vous. Merci de nous accueillir pour ce grand sujet qui va être débattu aujourd'hui.

On l'a rappelé tout à l'heure ensemble, ce n'est pas une grande première, c'est la deuxième première puisqu'il y a eu ce vaste chantier concernant la protection de l'enfance.

Dans tous les cas, cela prouve que sur des sujets d'importance prégnants et porteurs d'avenir, le Conseil Général et la Justice s'engagent.

Alors, merci.

Merci Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance en sa qualité de Président du Conseil Départemental d'accès au droit parce que vous participez et vous avez monté avec toutes les personnes ici présentes ce colloque.

Et pour moi, c'est très confortable parce que je n'ai rien eu à faire qu'à vous féliciter.

Merci à ceux qui participent dans la salle, très nombreux, cela prouve que c'est un sujet mobilisateur.

Merci à ceux qui vont participer à la tribune dans les groupes de travail,

Alors, c'est vrai que c'est toujours difficile de prendre la parole et encore plus difficile de prendre la parole après Monsieur le Président du Conseil Général qui a déjà quasiment balayé la réforme.

Donc, il est vrai que la réforme, du droit des majeurs protégés, opérée par la loi du 5 mars 2007 intervient après un long processus d'élaboration qui vous sera rappelé dans quelques instants.

Il est vrai aussi que deux lois majeures en 1964 et en 1968, avaient rénové le régime de la protection à la gestion des biens.

Ces 2 lois ont vieilli mais ont tout de même servi 40 ans avec quelques toilettages tout à fait ponctuels.

Il faut dire aussi qu'avant 1968, on comptait en France simplement 10 000 mesures de protection.

Aujourd'hui, au moment où je vous parle nous en dénombrons 700 000.

Comme l'a dit le président du conseil général, nous atteindrons le million très rapidement.

Pour vous donner un ordre de grandeur dans le ressort de la cour d'appel de Montpellier, on compte 24 519 personnes protégées.

Et dans l'Hérault, on en compte 11 027 très exactement dont à Montpellier plus de la moitié soit 6 311, à Lodève 614, à Béziers 2 232, à Sète 1 209, St Pons de Thomières et Pézenas étant à la marge.

Pour rester dans les chiffres, cela représente en terme de mesures nouvelles 3 200 affaires annuelles dans le ressort.

C'est dire l'importance que revêt ici dans la région, mais plus particulièrement dans l'Hérault, la mise en œuvre de la réforme par tous les acteurs ici concernés à divers titres avec des enjeux majeurs, que cela s'inscrive en terme de responsabilité pour le juge dans le choix de la mesure, dans son application, dans sa mise en œuvre et surtout dans la surveillance.

C'est aussi un enjeu majeur par le coût pour le Conseil Général vous l'avez rappelé.

C'est un enjeu majeur aussi pour le majeur protégé et en terme de responsabilité pour les Notaires.

Sur ces deux points, je n'en dirais pas plus car les travaux de ce jour vont permettre à tous de prendre l'exacte mesure de cette réforme, de mettre en commun les interrogations et, j'en suis convaincue, également de les résoudre.

Bien entendu, j'aurais pu aussi parler du mandat de protection future, de la disparition de ce qu'on appelait aussi la tutelle aux prestations sociales remplacée par des mesures d'accompagnement personnalisé.

Je n'en ferais rien car nous avons aujourd'hui parmi les intervenants de qualité, un haut magistrat parmi nous qui est également un ami, je veux parler de Jean FAVARD, haut conseiller honoraire à la Cour de Cassation, le père de la réforme.

Je sais combien pour en avoir parlé souvent avec lui, à de nombreuses reprises dans les endroits les plus divers, sur le trottoir, à l'opéra, dans le Palais de justice, combien il était désireux que cette loi sorte pour une meilleure prise en compte de la personne protégée et de sa famille.

C'est vrai aussi qu'il y a une deuxième préoccupation: c'est de prévoir pour nous tous puisque nous aurons tous un futur, prévoir pour le futur, l'aménagement de notre vie à un moment où nous pouvons encore le choisir.

Cela est quelque chose d'extrêmement important.

Je crois vraiment que ce qui est fondamental dans le cadre de cette réforme, c'est de pouvoir choisir à un moment donné comment nous allons vieillir et comment nous allons nous organiser, choisir si la famille doit intervenir ou si le juge doit être là pour nous protéger.

Je sais combien ce rôle est important pour tous les acteurs ici présents mais pardonnez-moi comme je suis magistrate, je vais m'adresser plus particulièrement à mes collègues du monde judiciaire et à leurs greffiers qui ont un rôle essentiel.

Je sais combien cette tache est lourde, prenante, stressante pour les magistrats que ce soit les magistrats du siège comme du parquet d'ailleurs.

Je sais que chacun d'entre vous a à cœur de surmonter toutes les difficultés car vous savez que les futurs majeurs protégés comptent sur vous car ils savent que vous représentez la loi et ils ont confiance en vous.

Je vous souhaite des bons travaux pour aujourd'hui et je vous remercie de votre attention.

*

* *

Monsieur Alain MOMBEL

Président du Tribunal de Grande Instance de Montpellier,

Président du Conseil Départemental de l'accès au Droit « CDAD » de l'Hérault

Mesdames, Messieurs,

Votre nombreuse présence ce matin, je crois que nous sommes plus de 400, dénote l'importance de ce colloque et surtout du sujet que nous allons aborder au cours de cette journée.

Je voudrais remercier en premier lieu Monsieur le Président Vézinhet et ses collaborateurs d'avoir permis au projet de ce colloque de devenir une réalité en nous accueillant dans cette magnifique salle.

Ce projet est né lors de notre Conseil d'Administration du Conseil Départemental d'Accès au Droit de l'Hérault du 26 janvier 2007 et sur une idée de Maître VILLEMIN notaire, au cours d'un débat que nous avions effectivement sur ce grand problème de la protection des majeurs en détresse.

Ont participé à un comité de pilotage non seulement Maître VILLEMIN également Monsieur DUMAS, directeur de l'UDAF, qui est associé aux travaux du CDAD , des représentants du Barreau de Montpellier, de Béziers, le Juge des tutelles de Montpellier et son greffier, un représentant du parquet que nous verrons également dans la journée et je les en remercie ainsi que Madame COMPAS désignée par le Conseil Général.

Mais je voudrais dire également merci à Madame SARAIS secrétaire Générale du CDAD pour sa totale implication dans son organisation au côté justement de Madame COMPAS et du personnel du cabinet du Président VEZINHET.

Madame la première Présidente, vous avez bien voulu accepter d'introduire ces travaux et vos propos appellent déjà de nombreuses interrogations.

J'espère que nous pourrons y répondre aujourd'hui.

La loi du 5 mars 2007 dont l'entrée en vigueur et fixée au 1er janvier 2009, a effectivement créé comme l'indiquait Monsieur le Président VEZINHET, deux nouvelles mesures, entre autres : celle de l'accompagnement social personnalisé qui est de nature administrative et qui devrait concerner un nombre de personnes encore indéterminé et la mesure d'accompagnement judiciaire.

L'importance de l'intervention judiciaire doit être rappelée ici devant cette assemblée.

En effet, en ce qui concerne le seul département de l'Hérault, ce sont plus de 11 000 mesures de protections de majeurs qui sont en cours actuellement : très exactement 7 531 dans le ressort du TGI du Tribunal de Grande Instance de Montpellier et 2 804 dans celui du Tribunal de Béziers.

Finalement, lorsque l'on regarde et que l'on sait que ce département approche le million d'habitants, et bien c'est quand même 1 % de la population qui se trouve concernée par le sujet qui nous préoccupe aujourd'hui.

Sachant que la nouvelle loi impose un réexamen au moins pour les affaires qui devront être maintenues, je vous laisse imaginer la charge de nos juges des tutelles, lesquels devront au plus tard en octobre 2012 avoir réexaminé tous les dossiers qui le méritent et qui seront en plus saisis des échecs.

Car il y aura malheureusement des échecs de la protection administrative ou du mandat de protection.

Vous voyez donc que l'enjeu humain et l'enjeu social sont d'envergure et compte tenu de la charge, nous avons anticipé l'entrée en vigueur de la loi pour faire face avant 2012 à ces divers réexamens.

Mais peut-être, abuse-t-on trop de ces procédures : il faut savoir que plus de 60 % sont effectivement des saisines d'office du juge sur signalement dans notre département.

On doit se poser la question et il faudra y répondre aujourd'hui : n'est-ce pas trop ?

Peut-être également, que le mandat de protection future grâce auquel l'incapable devenant mandant peut choisir d'organiser sa protection, viendra-t-il diminuer sensiblement ces mesures judiciaires ?

Faut-il attendre beaucoup de ce contrat qui est un contrat d'anticipation qui est quelque chose d'assez rare en droit ? Il faudra aussi en débattre.

Mais il y a aussi dans notre département, dans nos départements d'ailleurs de toute la région, de nombreux étrangers qui viennent vivre et quelques fois habiter pour des séjours assez longs.

Et vous devez savoir que notre gouvernement dans le cadre de sa Présidence française de l'Union Européenne en la personne d'ailleurs de Madame le Ministre Madame DATI le 17 septembre encourage actuellement les autres pays européens à ratifier la convention du 13 septembre 2000 qui donne compétence en la matière non plus au juge de la nationalité mais au juge de la résidence.

Combien seront-ils ces étrangers dans nos régions qui seront amenés aussi à nous saisir soit la voie administrative soit la voie judiciaire ?

Voilà encore un nombre de questions auxquelles nous ne pourrons échapper aujourd'hui.

Pour que nous puissions y répondre rapidement, j'invite sans plus tarder Monsieur le Bâtonnier Georges PERIDIER à présider notre séance de ce matin que Monsieur le haut Conseiller FAVARD nous fera l'honneur d'introduire.

*

* *

Monsieur le Bâtonnier Georges PERIDIER

Avocat au Barreau de Montpellier

Je vous prie tout d'abord de bien vouloir excuser le Bâtonnier en exercice du Barreau de Montpellier Pierre CHATEL est retenu par ses fonctions à Lille. Il faut savoir que la profession tous les 3 ans connaît une grande manifestation qui s'appelle la convention nationale donc elle se tient dans le Nord, cette année.

Et elle commence aujourd'hui à la même heure donc le premus inter parez, le Bâtonnier, le premier parmi les pères se devait d'aller représenter les avocats du Barreau de Montpellier à cette convention nationale.

Alors en fait ce matin, nous allons aborder trois thèmes.

Un premier thème que j'appellerais un peu la jeunesse, les raisons et les principes directeurs de la réforme qui vont nous être exposés donc par Monsieur le haut Conseiller FAVARD, l'inspirateur dont le pater familial c'est bien compris le père de la réforme.

Mais nous savons également, pour avoir un peu consulté la loi du 5 mars 2007 qu'il y a un autre aspect qui est l'aspect professionnel. D'abord il y a l'introduction, un certain tiret sans aucun doute l'intrusion du contractuel avec le mandat de protection futur.

Et puis il y a aussi la grande idée qu'il va falloir professionnaliser les personnes chargées donc d'assister ou de représenter les personnes protégées, c'est la création de cette nouvelle profession des mandataires judiciaires.

Donc là nous écouterons notre représentant Aveyronnais qui viendra nous parler des aspects professionnels.

Donc nous commençons tout de suite les aspects théoriques Monsieur le Conseiller nous buvons vos paroles.

*

* *

INTRODUCTION

PRÉSENTATION DE LA RÉFORME

TITRE I

« *ASPECTS THÉORIQUES DE LA RÉFORME* »

Monsieur Jean FAVARD

Haut Conseiller Honoraire à la Cour de Cassation

Mesdames, Messieurs,

Père de la réforme, c'est peut-être beaucoup dire. Nous sommes tous, le père ou la mère des réformes. Ce qui compte c'est de savoir si c'est une bonne ou une mauvaise réforme et je pense que c'est une bonne réforme qui était indispensable.

En évitant une présentation théorique qui ne ferait que répéter des choses qui ont déjà été dites, je ferai plutôt des observations d'ordre général, quitte à répondre un peu plus tard aux questions plus précises qui seront posées par l'assistance puisque c'est l'intérêt de l'exercice.

J'observe d'abord que, pour qui connaît le caractère fulgurant des lois avec lequel notre monde pressé nous a habitués à vivre, on ne peut qu'être surpris de la lenteur de la mise en œuvre d'une meilleure protection des personnes fragilisées par l'âge ou par leur état de santé physique ou mentale.

Pourtant si personne ne contestait le mérite de nos lois 1964 et de 1968, force était de constater qu'au fil du temps leur dimension privative de droit avait fini par l'emporter sur ses bénéfices pour les protégés avec une très grave dérive se traduisant par une inflation de plus en plus importante du nombre de majeurs placés sous protection alors qu'une part croissante d'entre eux ne relevait que de dispositifs sociaux.

C'était à se demander si nous ne finirions pas par être tous un jour ou l'autre déclarés majeurs incapables : soit dit en passant qui d'entre nous apprécierait d'être traité de majeur incapable voire d'incapable majeur.

Je sais bien que les termes ne suffisent pas pour résoudre un problème ou adoucir une souffrance mais tout de même, il vaudrait mieux s'habituer et rayer ce terme d'incapable qui ne correspond plus à l'esprit de la loi.

La notion de protection, de mission, de mandat judiciaire, de mandat administratif, etc.… répond au mieux à l'esprit de la loi et c'est pourquoi ce terme d'incapable qui malheureusement figure encore dans les recommandations européennes devrait disparaître.

Alors, je ne vais pas m'attarder sur les chiffres puisqu'ils ont déjà été évoqués. Il n'empêche que ces fameuses 700 000 personnes, il faut bien en parler surtout dans la perspective de projections annonçant qu'on se dirigeait vers un million, 1 100 000, 1 200 000, plus personne n'en savait rien.

Le constat a été fait que la facilité de procédure conduisait à accueillir encore plus de protégés sans que pour autant on est des moyens de s'en occuper.

De surcroît, la technique du coût calculé sur le nombre des mesures était tout aussi inflationniste.

Ce qui posait un problème de fond parce que plus il y avait de majeurs à protéger, plus le coût en résultant favorisait une nouvelle inflation du nombre des mesures.

Ce qui ne correspond pas à une raison de fond et qui à ce moment là doit, dés lors, être combattu comme n'étant pas nécessaire.

Pour s'en tenir aux idées générales, le constat était aussi celui d'un quasi doublement du nombre des demandes de placement sous tutelle ou curatelle en seulement 15 ans, le plus souvent non accompagnées de justifications suffisantes.

Ce qui conduisait le juge à rechercher avec les faibles moyens qu'il avait à sa disposition ce qui pouvait justifier le placement, ce qui était à l'opposé de ce que l'on est en train de mettre en place ici qui apparaît infiniment plus raisonnable même si nécessairement cela va aussi poser des problèmes.

Ce n'est pas moi qui vous dirais qu'une nouvelle législation aussi complexe va résoudre tous les problèmes.

Je vous dirais simplement que souvent ce que l'on reproche aux lois, c'est d'être des usines à gaz, mais ici l'usine à gaz on l'avait déjà.

Finalement le plus simple était d'essayer de simplifier, de coordonner et redonner un sens à tout cela. Donc on a plutôt « dégazéfié » que le contraire si vous me permettez l'expression.

Force était de constater que l'on n'avait plus la maîtrise de cette fuite en avant en nombre de mesures. Encore que pour les tutelles elles-mêmes l'augmentation, relativement maîtrisée n'était que de l'ordre de 17 %. Mais c'était une progression fulgurante de plus de 136 % des curatelles, l'essentiel de l'augmentation étant imputable aux placements sous curatelle renforcée.

A ce stade je voudrais faire une observation d'ordre général : contrairement à une idée trop souvent reçue, majoritairement la population protégée n'est pas la plus âgée. Car près de 57 % de la population à moins de 60 ans,

Quant à ceux qui ont 75 ans ou plus, leur proportion reste inférieure à 26 %. Certes c'est cette catégorie qui progresse et qui va continuer à s'accroître, mais proportionnellement au nombre de mesures de protection elle n'en reste pas moins nettement minoritaire. Et s'il est vrai que nous voyons se produire sous nos yeux à notre plus grand bénéfice, ce que l'on a pu appeler un phénomène de « vieillesse de masse », cela ne signifie pas qu'il doive y avoir équation entre le grand âge et la mise sous protection juridique.

J'aime à citer à cet égard, le cas du Baron Pierre Paul Nicolas HENRION de PANSEY qui devint premier Président de la Cour de Cassation à l'âge de 86 ans en 1828. Ce ne sera qu'en 1852 que l'on créera une limite d'âge permettant de se débarrasser d'un certain nombre de magistrats dont l'empire ne voulait pas.

C'est une tradition qui a d'ailleurs été reprise sous d'autre régime.

Si HENRION de PANSEY mourut un an plus tard, ce fut dans le plein exercice de ses fonctions.

Et c'est au même âge de 86 ans au siècle précédent que FONTENELLE publia, outre un traité sur la poésie, ses réflexions sur l'argument de Monsieur PASCAL et de Monsieur LOCKE concernant la possibilité d'une vie à venir.

Près de deux siècles auparavant, il ne fallut rien moins que la peste pour emporter LE TITIEN à l'approche de ses 100 ans, encore en possession de tous ses esprits.

Sous Louis XV le cardinal FLEURY accéda au pouvoir à 73 ans et le conserva jusqu'à sa mort à 90 ans.

Plus près de nous, je ne vais pas aller jusqu'à l'actualité rassurez-vous cela serait trop dangereux, mais l'on peut tout de même évoquer encore Jean XXIII. A peine élu Pape à 77 ans, il convoqua un concile qui bouleversa l'église.

Quand à son contemporain ADENAUEUR il demeura chancelier jusqu'à 87 ans avant de mourir à 91 ans encore présent à son banc de député et dans la vie politique avec une combativité qui n'avait pas décliné, pas davantage que son goût de la ruse et sa joie du bon mot.

Ce n'étaient là toutefois, que de fort rares exceptions.

Mais tel n'est plus le cas aujourd'hui, l'espérance de vie à 60 ans étant de plus de 20 ans pour les hommes et de près de 26 ans pour les femmes.

Il est vrai que si elles boivent et qu'elles fument comme maintenant, l'écart risque de se resserrer.

Mais pour le moment, elles conservent encore un net avantage.

Processus qui n'en est pas encore à son terme puisque, selon l'INSEE, cette espérance de vie devrait encore augmenter de 5 ans et demi d'ici 2040.

Malheureusement je serais déjà parti et je ne vais pas profiter complètement de cet avantage. Mais pour vous, ce sera le cas. Ce qui va porter ce chiffre pour les hommes ayant atteints 60 ans à la hauteur de celui de HENRION de PANSEY.

Quant aux centenaires, s'il n'y en avait qu'une centaine au début de XXème siècle, ils étaient quelque 9.000 à la fin de ce siècle. Et l'on prévoit que le tiers des filles nées en 2.000 mourra centenaire.

Derrière ces fortes heureuses données quantitatives, qui ne sont hélas valables que dans notre monde occidental, il convient de voir aussi, que ce recul de l'échéance fatale a pour corollaire que l'heure de l'accélération de la dégradation se trouve, elle-aussi, très notablement différée.

Ainsi a-t-on pu estimer, même si ce ne sont là que des approximations, que 79 ans d'aujourd'hui correspondent à peut près à 65 ans en 1936.

Qui ne sentirait que le fameux 7 à 77 ans pour la lecture de Tintin est d'ores et déjà devenu étriqué !

C'est dire que les schémas classiques, y compris juridiques, ne correspondent souvent plus, et de loin, à ce qui a été construit pour une autre société ne connaissant pas ce phénomène de vieillesse de masse. Avec ses conséquences sur le plan de l'héritage, retardé d'autant, ou de l'utilisation des biens avec pour but prioritaire d'assurer le bien être de l'intéressé.

A quoi, s'ajoute le constat de l'importance croissante des phénomènes de précarisation sociale à l'origine de nombreuses décisions judiciaires.

Alors pourtant que, tout autant, qu'il importe d'éviter l'équation grand âge égale mise sous tutelle, l'on doit se garder d'associer mécaniquement les mesures de protection à une simple désadaptation sociale, ou même à une anomalie mentale limitée, ou à n'importe quelle manifestation de sénilité, pas davantage les mesures de protection judiciaire ne devraient constituer un élément de prise en charge dans le cadre d'une pathologie.

Car c'est oublier que ce que le Code Civil protège, c'est l'altération des facultés mentales empêchant l'expression de la volonté et rendant nécessaire une représentation de manière continue dans les actes de la vie civile.

Ce qui implique qu'il peut être suffisamment pourvu d'une autre manière aux intérêts de la personne protégée, par exemple par un conjoint auquel la loi reconnaît par principe un pouvoir de représentation, ou par le jeu d'un mandat donné à cet effet. En définitive, s'il est nécessaire de protéger, il faut le faire.

Sinon, il ne faut surtout pas le faire !

S'il ne faut sans doute pas s'attendre à une déflation des mesures de protection relatives aux personnes âgées vulnérables, et si les spécialistes ne savent plus très bien quels âges peuvent être considérés comme charnière en particulier en termes de santé ou d'autonomie : 75 ans ? / 80 ans ? / 85 ans ?

« *Selon toutes vraisemblances un nombre croissant de personnes vivront dans l'avenir en situation de très forte dépendance et le temps passé dans cette situation risque de s'accroître*. » Ce qui n'appellera pas nécessairement une mise sous tutelle ou curatelle, même « new-look » puisque toute autre solution suffisante devra être préférée.

Pour s'en tenir aux caractéristiques générales de la nouvelle loi, on retiendra sa consécration des classiques mesures judiciaires de protection juridique que sont la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle.

Les conditions en sont toutefois plus rigoureuses s'agissant seulement de ceux qui sont dans l'impossibilité de pouvoir seul à leurs intérêts et pour lesquels il ne peut y être suffisamment pourvu autrement.

Plus généralement, c'est un renforcement des exigences et une incitation pour le juge à privilégier la protection par la famille, qui est d'ailleurs beaucoup plus fréquente qu'on ne le pense, voire à des personnes qui vivent avec le majeur et entretiennent avec lui des liens étroits et stables.

C’est une vision plus moderne de la manière de protéger. Cela peut-être par la famille, mais il peut y avoir toutes sortes de situations autres. La loi permet la souplesse et l’adaptation aux situations.

Le rôle du juge sera justement de les évaluer au mieux, car il est le protecteur des libertés.

Plutôt que d’être envahi d’un nombre de tutelles qu’il ne peut plus traiter, il aura ce choix délicat à opérer en suivant les préceptes et les indications de la loi.

La caractéristique générale c’est que désormais les majeurs protégés doivent recevoir la protection de leur personne et de leurs biens.

La Cour de Cassation avait admis certes depuis 1989 que la protection ne se limitait pas aux biens mais ce n’était pas dans la loi.

Et cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles des droits fondamentaux et de la dignité de la personne avec pour finalité l’intérêt de la personne protégée et pour ligne de favoriser dans la mesure du possible l’autonomie de celle-ci.

Ce n’est pas toujours facile, nous en sommes d’accord. Mais la loi en fait un devoir aux familles et à la collectivité publique.

Alors il faut noter encore que tutelle et curatelle ne peuvent désormais excéder 5 ans sans avoir fait l’objet d’une décision de renouvellement.

J’ai lu quelque part, qu’il y aurait dans la loi une obligation de renouvellement, ce quelle ne dit pas. La loi dit que la tutelle dure 5 ans et si elle n’est pas renouvelée, elle prend fin, c’est tout ce que dit la loi, elle n’oblige pas à renouveler.

J’ai aussi lu que cette obligation de renouveler exigera du personnel supplémentaire. On est encore ici dans une vision à l’acte avec toujours plus de tutelles.

Mais ce n’est plus du tout dans la logique de la loi.

D'autant plus que la loi permet au juge, lorsqu'il y a des incapacités majeures définitives, de fixer une durée plus grande.

Simplement il faudra l'expliquer, le motiver, sous contrôle de la famille, ou de l'avocat si c'est nécessaire.

C'est une situation particulière mais pour le reste, il n'y a aucune obligation imposée par la loi de renouveler la mesure.

Relevons aussi que les comptes « pivot » sont expressément prohibés car les fruits, produits et plus-values générés par les fonds et valeurs appartenant à la personne protégée lui reviennent exclusivement.

C'est dit dans l'article 427 du Nouveau Code Civil mais c'était déjà l'état du droit.

En termes très peu diplomatiques, cela pouvait s'appeler un abus de confiance car il y avait de mauvaises habitudes.

Les intérêts ne revenaient aux intéressés qu'à l'issue d'une espèce de distribution, dont on n'avait pas la preuve et que personne ne pouvait vérifier.

Au demeurant ce qui est mon bien est mon bien, je ne vois pas pourquoi il partirait dans un espèce de pot commun avec seulement l'espoir que peut-être il me revienne plus ou moins sous une forme indéfinie.

Je ne dis pas que c'était inspiré par la malhonnêteté.

C'était pour faire fonctionner les choses d'une manière plus rationnelle mais c'était contraire au droit.

J'avais beaucoup insisté sur ce point ; les Ministres l'ont repris chaque fois lors des débats et j'ai entendu : « *oh ! non ! nous on s'en fiche du rapport FAVARD* »,

J'ai répondu : « *Maintenant vous êtes prévenus, si vous continuez à le faire, on pourra vous poursuivre pour abus de confiance* ».

Maintenant c'est dans la loi et pour ceux qui continueraient à le faire, cela n'ira plus du tout.

Autre point très important : le pouvoir de saisine d'office par les juges des tutelles va disparaître au 1er janvier prochain.

Non pas que l'on fasse le procès aux juges de se saisir par plaisir, mais il est vrai que lorsqu'on n'arrivait pas à résoudre un problème, cela devenait une habitude de saisir le juge sans d'ailleurs lui fournir d'éléments, souvent au nom du secret professionnel.
Par exemple un vieux monsieur qui ne payait plus son loyer : est-ce qu'on ne pouvait pas le mettre sous tutelle alors si un homme plus jeune qui ne paie pas son loyer, personne n'envisagerait de le mettre sous tutelle.

Pourquoi prendre cette direction par principe parce que c'est un vieux monsieur ? Naturellement aucun rapport n'était joint à une telle demande : que pouvait faire le juge ? Mettre au panier ? Je ne connais pas de juge qui fasse cela.

Le juge se dit qu'il y a réellement un problème.

Et le voilà obligé de se mettre à la tâche pour essayer de savoir ce qu'il en est.

Avec la perte de temps et l'humiliation en résultant pour la personne, il est possible qu'elle ait besoin d'une tutelle mais c'est très loin d'être toujours le cas.

Ce qui part d'un bon sentiment qu'on ne peut pas reprocher au juge.

Mais tout cela est contradictoire avec les règles européennes.

On ne peut à la fois se saisir, instruire et juger.
Cela fait trois directions différentes que l'on ne se permet plus, ni au Conseil d'Etat, ni à la cour de cassation.

Donc ça en est donc fini avec le pouvoir de saisine d'office.

Cela veut dire qu'il faudra passer par le Parquet, qui jusque là n'était pas en première ligne et va s'y retrouver. Car c'est lui qui peut le plus facilement vérifier ce qu'il en est, au regard du dispositif dont on a parlé tout à l'heure, avec le moyen de cantonner ce qui reste social, sans nécessité de s'adresser à la justice.

Si l'on a besoin de la justice, on saisit le parquet qui peut saisir le juge dans son rôle de défenseur des libertés et de protecteur des personnes.

Au chapitre des nouveautés, c'est l'instauration du mandat de protection future dont je ne dis rien de plus puisque Maître COMBRET nous en parlera plus savamment que je ne puis le faire.

Mais c'est une chose importante puisque c'est une liberté nouvelle permettant de désigner par avance en cas d'incapacité future celui qui gérera sans même avoir à saisir la justice.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y aura pas de difficultés.

S'il y en a, on pourra saisir le juge ou le Parquet car la personne que l'on avait désignée ne convient plus ou ne respect plus ses obligations.

Je passe sur la mesure administrative d'accompagnement social personnalisé que l'on nous a si bien décrite tout à l'heure.

Dans le cas où elle n'aurait pas permis à l'intéressé de surmonter ses difficultés, un rapport sera transmis au Procureur de la République.

C'est la grande nouveauté : avec la saisine, on transmet un rapport qui comporte une évaluation de la situation sociale et pécuniaire de la personne ainsi qu'un bilan des actions personnalisées.

On sort de ce paradoxe où l'on vous saisissait sans rien vous dire.

On tente d'abord de résoudre nos problèmes.

Si c'est résolu, on n'en parle pas au juge. Si ce n'est pas résolu, on fournit les éléments qui permettent à la Justice de statuer, le procureur ayant à apprécier s'il convient de saisir le juge des tutelles en vue d'une sauvegarde de justice, d'une curatelle et d'une tutelle ou d'une mesure d'accompagnement judiciaire destinée à rétablir l'autonomie de l'intéressé dans la gestion de ses ressources.

Une des évolutions les plus spectaculaires de la loi du 5 mars 2007 résultera par ailleurs de la création de la nouvelle profession regroupant tous les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Les termes ont été soigneusement pesés. Surtout, c'est l'unification entre les associations, les personnes physiques, etc.. au travers d'une liste commune avec un agrément. Tout ce qui était en ordre dispersé, avec des compétences différentes, va se trouver uniformisé, ce qui donnera d'autant plus de garanties de bon fonctionnement du système.

Ainsi y aura-t-il les mêmes exigences de compétence et de formation. Cela prendra du temps car on ne peut pas passer d'un système à l'autre sans tenir compte de l'existant. Tout ceci est compliqué, mais c'est une nécessité absolue de coordonner à la fois ces exigences de compétence et de formation.

Et dans le même esprit d'unification et de coordination, c'est désormais le principe d'unicité du tarif public de rémunération de ces professionnels qui est consacré par le Code Civil.

Sauf au juge à y déroger à titre exceptionnel, on retrouve le juge dans sa mission d'arbitrage prendre des mesures exceptionnelles.

Indépendamment du principe d'unicité de rémunération, sauf au juge à attribuer une indemnité supplémentaire pour l'accomplissement d'actes nécessitant des diligences particulières longues ou complexes, c'est un financement à caractère global sous la forme de dotations globales qui seront versées non plus en fonction du seul nombre des mesures de protection enregistrées mais à partir d'indicateurs liés en particulier à la charge de travail résultant de l'exécution des mesures de protection.

Au total, ce sont le respect de la dignité de la personne, la préservation maximale de sa capacité, la prééminence de ses intérêts et de son bien être fût ce par une gestion et une utilisation de ses biens qui ne soient pas principalement tournées vers leur sauvegarde au profit de la famille et c'est la liberté d'organisation de son éventuelle incapacité future.

Tels apparaissent les principes fondamentaux d'une meilleure protection du majeur lorsque celle-ci s'averre nécessaire.

Ce, au travers d'une professionnalisation renforcée de ceux qui en sont les acteurs et l'uniformisation des coûts, des mesures, le tout dans la perspective d'un recadrage de l'institution judiciaire sur sa mission de garante des libertés.

C'est une autre histoire qui commence.

Ce dont nous ne pouvons que nous réjouir malgré les inévitables difficultés à attendre tant qu'il est vrai qu'à plus ou moins long terme ce régime pourrait bien devenir le nôtre ou celui de ceux qui nous sont chers !

Je vous remercie.

*

* *

LES ASPECTS PROFESSIONNELS

TITRE II

L'ANALYSE QUE PEUT FAIRE UN PROFESSIONNEL DE LA NOUVELLE LOI

Maître Jacques COMBRET

Notaire à Rodez

Puisque j'interviens en tant que professionnel, un professionnel parmi d'autres, je voudrais vous faire partager au départ une conviction forte : lorsqu'il y a une loi nouvelle, le praticien n'a pas d'autre solution que de porter un regard positif sur cette loi. C'est fondamental. Si on commence à voir ce qui ne va pas, les petites insuffisances, on ne peut pas avancer. Le 1er janvier 2009 il va nous falloir appliquer la loi. Dès lors, essayons de regarder tout ce qu'elle porte de bien sans nier toutefois certaines insuffisances.

Autre aspect à mes yeux essentiel : une loi ne réussit que tout autant que les praticiens se l'approprient, l'appliquent, l'enrichissent, la font vivre. Il est indispensable de jouer le jeu car il y a tant de personnes concernées.

A ce sujet, si l'on a beaucoup parlé depuis le début de la matinée du vieillissement de la population et des personnes âgées, il y a toute une catégorie de nos concitoyens également visée par la loi et qu'il ne faut pas oublier, c'est le monde du handicap. C'est celui de tous les malades psychiques, de toutes ces personnes handicapées physiques ou mentales qui souffrent et pour lesquelles l'âge n'a rien à voir. Tous les parents d'enfants handicapés lorsque leur enfant atteint l'âge de 18 ans savent que cela va leur poser problème.

Avec mon regard de praticien, je constate à leur sujet avec satisfaction que la loi nouvelle débloque un certain nombre de situations.

A titre d'exemple, combien de parents d'un enfant handicapé, lorsque celui-ci atteint l'âge de 18 ans, disent " *Qu'il ait moins de 18 ans ou plus de 18 ans c'est toujours notre enfant, c'est toujours nous qui nous en occupons*". Sur le plan pratique, ils continuent alors en toute bonne foi à gérer ses biens comme s'il était resté mineur, faisant par exemple fonctionner son livret de caisse d'épargne.

Les parents ne se rendent pas compte de toutes les conséquences liées au fait que leur enfant est devenu juridiquement majeur et donc présumé capable.

S'il était alors proposé aux parents de mettre en place un régime juridique de protection, il arrivait souvent que l'on se heurtait à un refus, les parents non sans raison répondant : " *Je ne veux pas que mon enfant soit mis sous tutelle parce que nous sommes deux et qu'il va falloir que se soit un de nous deux qui soit demain désigné tuteur. L'autre qu'est ce qu'il devient ?*"

La loi nouvelle nous offre un outil extraordinaire, avec ce que j'appellerai la co-tutelle c'est-à-dire que le papa et la maman pourront demain être désignés conjointement pour s'occuper de leur enfant.

Cet exemple un peu long est à mes yeux un symbole de la richesse humaine de cette loi. J'y tiens personnellement beaucoup.

Pour autant, j'exprimerai quelques regrets.

1- En premier lieu sur les modalités de l'élaboration de la loi :

Monsieur le Conseiller FAVARD qui est intervenu en début de matinée a été un artisan essentiel de la réforme avec son remarquable rapport mais celui-ci avait été publié plus de 11 ans avant le vote de la loi. Il a donc fallu tout ce temps pour adopter la réforme. En réalité, elle fut belle et bien enterrée pendant de longues années.

Lorsque le gouvernement a décidé de la réaliser, ce fut au contraire dans la précipitation. Monsieur Thierry FOSSIER, magistrat connaissant parfaitement la matière et autre acteur essentiel de la réforme, s'en est plaint et il a eu raison.

Ainsi donc, après une longue période de sommeil, la loi fut adoptée par le Parlement selon la procédure d'urgence, le vote définitif étant intervenu à la veille de la fin de la dernière législature.

Les conditions du vote permettent de comprendre que les débats ont été limités, que les professionnels n'ont guère eu droit au chapitre, d'où indiscutablement un certain nombre d'insuffisances.

2- Autre regret du même ordre :

il concerne les modalités de publication des décrets d'application. Nous avions l'expérience de la loi du 23 juin 2006 qui portait réforme des successions et des libéralités, autre grande réforme de notre droit civil. Il y avait juste 6 mois entre son vote et son entrée en vigueur. Le décret d'application fut publié le 30 décembre 2006 soit à la veille de l'entrée en vigueur ce qui n'était guère confortable pour les praticiens.

Avec la loi du 5 mars 2007 dont l'entrée en vigueur pour l'essentiel était le 1er janvier 2009, nous avions naïvement imaginé que les décrets d'application paraîtraient assez tôt. Il n'en est malheureusement rien et on ne peut que le déplorer.

Pourtant, ces décrets sont essentiels certes pour pouvoir appliquer la loi mais également afin de se former, de comprendre, de se préparer assez tôt à modifier nos habitudes. Une fois de plus, nous aurons les textes au dernier moment et nous devrons nous adapter en catastrophe. Ce type de pratique doit être dénoncé avec force.

3- Enfin, dernier regret :

Je déplore qu'il y ait une catégorie sociale laissée de côté par la réforme. Le législateur a souhaité limiter les cas d'ouverture d'une mesure de protection et les réserver aux personnes ayant une insuffisance sur le plan de leur santé ou de leur capacité intellectuelle les empêchant d'exprimer leur volonté. Il a donc été écarté complètement ceux que l'on appelait les oisifs, les prodigues, les intempérants, c'est à dire ceux qui ne savaient pas gérer leur patrimoine.

Certes, une partie de ces personnes va être concernée par les nouvelles mesures d'accompagnement social personnalité ou d'assistance judiciaire dont nous a parlé Monsieur le Président VEZINHET. Mais cela ne sera que partiel d'une part car ne pourront bénéficier de ces mesures que les personnes percevant une prestation sociale et d'autre part parce que seules les sommes versées à ce titre seront contrôlées, les autres revenus restant à la disposition de la personne concernée. Certains universitaires tels le professeur Philippe MALAURIE ont émis des critiques légitimes à ce titre. L'avenir nous dira si elles sont avérées.

- Mais il est temps de revenir à la loi et aux quelques éclairages qu'un praticien peut apporter :

Je saluerai ainsi une évolution très utile dans l'architecture elle-même de la loi. Jusqu'à présent, les règles relatives à la tutelle des majeurs nous renvoyaient à la tutelle des mineurs. Ce système de renvoi permanent, plus ou moins complet, était source de difficulté.

Désormais, il n'en sera plus ainsi et le texte gagne en lisibilité. Outre un tronc commun applicable à toutes les personnes protégées, il y aura des règles spécifiques pour les différents régimes de protection.

- Par ailleurs, reprenant les remarques déjà faites de Madame le Premier Président et de Monsieur le Conseiller FAVARD, j'insiste au niveau des praticiens pour rappeler qu'il faut bannir à tout jamais de notre langage l'expression « incapable majeur ».

Désormais, nous devrons parler de "personne protégée". Cette évolution me semble extrêmement importante car, notamment avec la consécration d'un véritable statut de la personne protégée, on se rend compte qu'une personne va conserver d'une manière ou d'une autre une forme de capacité. Il y a des mots blessants qu'il faut proscrire.

Et si la loi mentionne dans quelques cas, le mot « incapable », c'est uniquement au sens commun du terme. Il appartiendra à chacun de nous chaque jour de parler de personne protégée et non d'incapable, de droit des majeurs protégés et non de droit des incapacités, etc.

A ce titre, l'évolution de notre législation s'intègre dans une évolution au niveau européen sachant que nous étions très en retard par rapport à nos voisins. A titre d'exemple, nos amis allemands raisonnent autrement depuis longtemps. Dans leur législation, tout individu quoiqu'il advienne, conserve une parcelle de capacité plus ou moins grande selon le degré de dépendance. Il est donc question "d'assistance".

Assister quelqu'un, c'est bien différent de notre tutelle ancien régime où l'être humain concerné disparaissait pratiquement, la tutelle consacrant un véritable mort sur le plan juridique.

Il existe un fil conducteur au sein de la loi nouvelle : il ne s'agit pas d'un droit purement technique, c'est avant tout un droit humain. En parlant du droit des personnes protégées, il s'agit surtout d'évoquer un individu. Il a sa personnalité, sa dignité, sa légitimité.

Le droit des personnes vulnérables c'est la face cachée d'une société humaine complexe, d'une société humaine qui n'est pas uniquement celle des bien-portants. C'est un signe d'humanité.

Il y a un adage qui est bien connu : « *Dis-moi comment la société protège la personne vulnérable et je te dirai dans quelle société tu vis* ».

Monsieur Thierry FOSSIER dont j'ai déjà parlé a joué un rôle majeur pour l'élaboration de la loi, tout comme d'autres magistrats tel Monsieur Thierry VERHEYDE ou Madame Laurence PECTO-RIVOLLIER. Il a essayé de dégager un certain nombre de principes directeurs que j'illustrerai avec quelques exemples pratiques :

- Principe de liberté :

Il devra guider demain l'action des médecins, des familles, des services sociaux et des juges. Il conviendra de respecter les libertés individuelles de la personne à protéger, ses droits fondamentaux.

La finalité de la protection c'est d'une part l'intérêt de la personne qui est comparable à l'intérêt de l'enfant, et d'autre part l'autonomie du majeur.

La liberté s'exprime également dans la loi nouvelle avec la faculté offerte à chacun de nous de désigner son propre tuteur ou curateur pour le cas où l'on perdrait un jour notre capacité. C'est un progrès considérable et les praticiens savent qu'il répond à un besoin fréquemment exprimé par nos concitoyens.

La liberté se retrouve dans la faculté de choisir un tuteur aux biens et un à la personne, démontrant le souci de coller le plus possible à la réalité de notre vie humaine : si telle personne ou structure est parfaite pour la gestion des biens, telle autre sera plus apte à assister sur le plan de la personne, de la vie privée.

La liberté est enfin consacrée avec l'introduction dans notre droit du mandat de protection future. Me CAMPELS interviendra tout à l'heure à son sujet.

- Principe de dignité :

Le majeur conservera des droits personnels. La loi consacre un véritable statut de la personne. Il ne se retrouvait pas dans la loi de 1968 et c'est la jurisprudence qui en avait peu à peu défini les contours.

Je pense notamment aux actes strictement personnels, aux actes de la vie courante, ou encore au souci renforcé de protéger le cadre de vie de la personne protégée.
Dans le même ordre d'idée, on retrouve la règle imposant le maintien des comptes bancaires existants sauf décision du juge. Le représentant de la personne protégée devra respecter ce que cette dernière avait décidé lorsqu'elle avait sa capacité. Cela permettra de supprimer certaines pratiques détestables.

- Principe de solidarité :

En premier lieu solidarité de la famille puisque comme l'a très bien exprimé Monsieur le Conseiller FAVARD, la loi souhaite renforcer le rôle des familles, les placer au 1er rang.

En second lieu, la solidarité de la société avec toute l'aide des collectivités que le Président VEZINHET nous a présenté tout à l'heure.

La solidarité s'exprimera également à travers le principe de gratuité qui est normalement affirmé pour toutes les fonctions de tuteur, de curateur ou de mandataire, sachant bien entendu qu'il y aura des exceptions, notamment pour les professionnels.

- Principe de responsabilité :

La réforme, confirmant une tendance de notre droit civil contemporain, va renforcer les responsabilités de divers organes de la protection au point d'en devenir un principe de fonctionnement.

Chaque organe de tutelle est responsable du dommage ou sera responsable à partir du 1er janvier 2009, du dommage résultant d'une faute quelconque commise dans l'exercice de ses fonctions. La loi, il faut le rappeler, a placé l'ensemble des mesures de protection sous la surveillance générale du Juge des tutelles et du Procureur de la République. Le rôle du parquet est considérablement renforcé.

Pour le tuteur, la référence déterminante ne sera plus la "gestion en bon père de famille". Il sera question désormais de " soins prudents et avisés".

Signalons également que c'est l'Etat qui viendra palier les défaillances de tel ou tel mandataire en cas de faut et d'insolvabilité. La garantie de l'Etat s'appliquera aussi au juge ou au greffier selon leurs domaines de compétence respectifs.

- Principe de nécessité :

Cela a été déjà dit mais je rappelle à titre d'exemple que, quelle que soit la mesure décidée, il faudra une nécessité médicalement constatée y compris dans la sauvegarde de justice.

- Principe de subsidiarité :

Monsieur le Conseiller FAVARD l'a clairement rappelé, on ne mettra en place une mesure que tout autant que les autres mesures existantes n'auront pas pu être utilisées. Notre arsenal en la matière existe et a été amélioré sur le plan procédural, par exemple pour les époux mariés lorsque l'un d'eux est défaillant.

Dans le cadre de la subsidiarité, on peut citer également à titre d'exemple la suppression de la saisine d'office du juge.

- Principe de proportionnalité :

Toutes les mesures devront être le plus ajusté possible. Cela explique qu'elles seront décidées pour une durée limitée. A chaque révision, le juge sera en mesure de passer d'une mesure à l'autre, ou bien encore d'élargir, réduire ou adapter la mesure existante. En cas d'ouverture d'une tutelle, le juge devra dire si droit de vote du majeur protégé est maintenu ou pas.

On retrouve également la proportionnalité à travers la mesure d'accompagnement social personnalisé ou la mesure d'assistance judiciaire qui s'avèreront parfois amplement suffisantes.

Autre exemple, parmi d'autres, avec la sauvegarde de justice rénovée : dans certains cas de perte de capacité temporaire, elle sera choisie plutôt qu'une mesure plus lourde. Elle pourra d'autant mieux être choisie que le fonctionnement de cette mesure est amélioré. La loi nouvelle règle fort heureusement une difficulté insurmontable pour les praticiens lorsqu'il fallait faire régulariser un acte par un majeur sous sauvegarde de justice. Jusqu'à présent, personne ne pouvait être désigné pour assister ou remplacer la personne placée sous ce régime.
Désormais, il sera possible d'obtenir pour un acte de disposition précis la nomination d'un mandataire spécial.

- On pourrait multiplier les exemples mais il est temps de conclure!

J'aurais aimé citer d'autres points très pratiques de la réforme et qui vont largement influencer nos habitudes de praticiens.

Pour certains, il manque malheureusement le décret d'application : je pense notamment à cet élément majeur de la réforme, la loi renvoyant à un décret à paraître afin que nous ayons enfin une liste la plus complète possible de ce qui ressort des actes d'administration et de ce qui relève des actes de disposition. Heureuse initiative à saluer d'une part car elle comblera un vide que la jurisprudence avait tenté de solutionner, et d'autre part parce qu'un décret est plus facilement modifiable en cas d'insuffisances avérées ou d'apparition de dispositions nouvelles.

J'aurais également voulu parler de l'élargissement du champ d'application des donations au nom d'une personne protégée ou encore de tout le nouveau cadre juridique en matière d'assurance vie souscrite pour son compte. Il y a là d'heureuses innovations ou des informations essentielles pour les praticiens, des vides par rapport à la loi ancienne étant comblés.

La richesse de la matière démontre que les organisateurs de cette journée ont visé juste.

Je vous remercie de votre attention.

*

* *

RÉFORME DU FINANCEMENT

TITRE III

—

L'INCIDENCE DE LA LOI SUR LES DÉPARTEMENTS

Monsieur Patrick GERMAIN - GERAUD

Directeur du pôle départemental de la solidarité

Conseil Général de l'Hérault.

Tout le monde comprendra que mon propos à l'égard de cette loi traduit bien sûr le point de vue du Conseil Général.

Pour commencer, je dirais, il faut bien le dire, que le département n'a joué jusqu'à présent qu'un rôle très résiduel en matière de protection des majeurs.

En effet, on peut délimiter ce rôle aux signalements de majeurs vulnérables, transmis par des tiers, via les services sociaux, lesquels procédaient le cas échéant à des évaluations qui pouvaient conduire à saisir la justice. Il faut bien le dire, notre rôle jusqu'à présent, s'arrêtait à cela.

Or la loi du 5 mars 2007 provoque un changement important puisqu'elle donne une nouvelle compétence au département en matière de protection des majeurs.

J'observe parfois avec un certain trouble, que décidément cette journée du 5 mars 2007 a été l'occasion de promulguer un certain nombre de lois :

Loi réformant la protection de l'enfance,

Loi instituant un droit au logement opposable,

Loi relative à la prévention de la délinquance*…* que d'aucun n'hésite pas à juger quelque peu liberticide.

J'observe que s'agissant des deux lois de protection de l'enfance et de protection des majeurs, on évoque un processus de « déjudiciarisation ».

Je sais que le Conseiller FAVARD préfère le terme de recadrage et je l'adopte bien volontiers.

Vous comprendrez que nous pouvons néanmoins légitimement nous interroger tant il est vrai que dans un Etat de droit, il est très important que le juge des libertés ne soit pas progressivement dessaisi d'un certain nombre de prérogatives. Mais dont acte, parlons plutôt de recadrage.

Cette loi met donc en place une nouvelle mesure, une mesure administrative qu'il convient d'appeler désormais la mesure d'accompagnement social personnalisé ou MASP.

Cette évolution peut sans doute être considérée positivement pour les publics concernés puisque s'agissant de personnes a priori capables, elle ne conduit à saisir la justice qu'en dernier ressort et à privilégier dans un premier temps un accompagnement social contractualisé à travers cette fameuse MASP.

C'est aussi reconnaître sans doute la compétence, l'expérience des départements en matière d'accompagnement des personnes en difficulté sociale.

Elle implique cependant, une charge financière nouvelle pour le budget départemental.

Voyons quel est le nouveau rôle du département en matière de protection des majeurs.

En réalité, la loi du 5 mars crée deux nouvelles mesures :

D'une part la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) et la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) qui s'ajoutent aux différentes mesures de protection juridique déjà existantes.

L'une est administrative (la MASP) l'autre est judiciaire et elles s'adressent à un public que la loi qualifie très précisément. Il doit s'agir de personnes bénéficiaires de prestations sociales dont la santé ou la sécurité se trouveraient menacées par leurs difficultés à gérer leurs ressources, mais qui pour autant ne présentent pas d'altération physique ou mentale de nature à empêcher la gestion de leurs ressources de manière autonome.

C'est dire qu'une distinction est désormais opérée avec les mesures de protection judiciaire qui elles sont destinées à des personnes dans l'impossibilité de pourvoir seules à leurs intérêts en raison d'un altération médicalement constatée soit de leurs facultés mentales soit de leurs facultés physiques.

Comment va s'opérer la mise en œuvre de la MASP ?

C'est donc le rôle désormais du département et cette mesure pourra être proposée par les travailleurs sociaux du département, à des personnes déjà connues ou orientées vers eux et répondant à ces critères d'éligibilité. La MASP comprendra à la fois, de façon alternative ou cumulée un accompagnement social individualisé mais aussi une aide à la gestion des prestations.

Si la personne donne son accord à sa mise en place, la MASP peut se mettre en place et prend donc un caractère contractuel .Le terme de contrat d' ailleurs est sujet à caution : est-ce qu'il s'agit d'un vrai contrat ? ou s'il s'agit d'une forme contractuelle d'accord entre la personne et le département ? il y a en effet quelques conséquences juridiques non négligeables qui mériteraient d'être étudiées. En tout cas, cette forme de contrat devra préciser les engagements réciproques.

La personne pourra autoriser le département à gérer tout ou partie de ses prestations sociales.

Mais la loi prévoit aussi que, si la personne refuse la MASP ou ne respecte pas les engagements pris dans ce dit contrat, et si par ailleurs elle avait une dette de loyer d'au moins deux mois, le département pourrait demander au juge d'instance que soit versé au bailleur tout ou partie des prestations sociales à hauteur du loyer et des charges locatives.

C'est une disposition non négligeable dans la panoplie des moyens dont dispose le département en matière d'aide au logement.

Troisième étape possible : en cas d'échec ou de refus de la MASP par l'usager, le département pourra, s'il y a risque avéré lié à la santé ou à la sécurité, saisir le Procureur de la République pour demander la mise en place d'une MAJ.
On a là un parallélisme complet avec le dispositif tel que la loi le définit dans le cadre de la protection de l'enfance.

La MAJ est donc destinée à rétablir l'autonomie de l'intéressé dans la gestion de ses ressources, avec accompagnement budgétaire et gestion des prestations.

Le financement de ces MAJ décidées par le juge des tutelles sera assuré par l'organisme versant la seule prestation sociale perçue par la personne ou bien versant la prestation sociale la plus importante.

C'est dire que les départements vont se retrouver en charge d'une partie non négligeable des MAJ à venir puisque quand je regarde le nombre de bénéficiaires du RMI et bientôt du RSA, quand je regarde le nombre de prestations de compensation du handicap, quand je regarde le nombre de bénéficiaires de l'allocation personnalisée d'autonomie, ces prestations étant de loin les plus importantes dans l'ensemble des prestations sociales que peut recevoir une personne, j'ai la conviction que le département va connaître une charge non négligeable supplémentaire.

Quels sont les impacts de ces dispositions nouvelles en matière de travail social. Je crois qu'il est encore un peu tôt pour pouvoir apprécier l'ensemble de ces conséquences et notamment parce qu'un certain nombre d'incertitudes pèse encore sur la volumétrie de ce dispositif et sur les caractéristiques des publics concernés.

Volumétrie d'abord parce que personne ne peut dire aujourd'hui de façon très précise quel sera le nombre de MASP à venir. Bien entendu, nous essayons de faire des estimations et il apparaît vraisemblable qu'un certain nombre de transferts de mesures judiciaires vers les MASP vont s'opérer. Je pense en particulier aux tutelles aux prestations sociales.

Pour ce qui nous concerne, nous envisageons pour 2009 une volumétrie qui devrait se situer entre 300 et 350 mesures et qui devraient rapidement atteindre le double dès l'année 2010.

Je ne sais pas si je dois dire « j'espère » mais en toute hypothèse je crois que les juges des tutelles n'auront pas la faculté de se dessaisir de leur mesure de tutelle aux prestations sociales en l'espace de quelques jours.

J'espère donc, qu'à la faveur de mains levées progressives, le département aura la possibilité, si vous me permettez cette formule, d'encaisser le choc, progressivement.

Mais aussi incertitude quant aux caractéristiques du public.

Il est vraisemblable qu'une grande partie du public bénéficiant aujourd'hui d'une mesure est connue des services sociaux du département ; mais je crois qu'il ne faut pas non plus sous estimer cette partie de public moins connue ou ignorée constituée en particulier de personnes isolées - un public connu des CCAS plutôt que du département - lequel en effet est beaucoup plus mobilisé sur les familles que sur le public isolé.

La MASP m'apparaît donc comme une possibilité nouvelle de gérer des prestations sachant que celle-ci introduit une nouveauté importante puisqu'elle permet de gérer les prestations sociales de la personne et de prendre en charge certaines dépenses, avec son accord, à sa place. On peut d'ailleurs s'interroger sur ce qui pourrait être vécu comme une atteinte à la libre disposition des biens mais espérons que le cadre contractuel sera de nature à lever cette ambiguïté.

Incontestablement ce nouveau dispositif va impacter d'autres dispositifs existants.

Je pense en particulier à tout ce qui touche au logement. Est-ce qu'il conviendra de recourir plutôt à une MASP ou plutôt à une mesure d'accompagnement social lié au logement par exemple. Gageons que les évaluations qui seront nécessaires avant toute décision d'orientation, vont favoriser l'accès au droit et développer les dispositions de droit commun préexistantes.

En toute hypothèse il me semble indispensable, et je pense que beaucoup de départements sont en train aujourd'hui d'y réfléchir, qu'un référentiel départemental soit mis en place pour que l'ensemble des acteurs sache à quel moment, dans quelle condition, pour quelle personne, il convient d'opter pour une MASP plutôt que pour tel ou tel autre dispositif.

Il faut que les conditions d'éligibilité soient les plus claires possible pour les travailleurs sociaux qui vont devoir être confrontés à ce nouveau dispositif.

Mais cette loi, compte tenu de ce que je viens de dire, va exiger me semble-t-il aussi, de nouveaux partenariats et en particulier avec tous les acteurs de la protection des majeurs afin notamment que le passage d'une mesure de MASP vers une mesure de protection judiciaire ou l'inverse, puisse être assurée dans la continuité ; c'est là un devoir de service public.

Et je puis vous dire que nous prendrons un certain nombre d'initiatives dans cet objectif .

Quelques mots encore sur l'organisation départementale telle que nous l'avons décidée récemment.

La loi doit être mise en œuvre au 1er janvier 2009 et le département se doit donc de s'organiser pour rendre opérationnelle cette nouvelle mission tout en sachant qu'à l'heure où nous parlons un certain nombre de décrets d'application sont encore pour nous inconnus.

C'est un exercice difficile de s'organiser avec un certain nombre d'inconnues mais nous avons hélas une grande expérience dans ce domaine ; je pense au RMI en particulier lequel a été promulgué une mi-décembre avec application au 1er janvier suivant.

.Dans ce cas de figure nous savions à l'avance que la loi devait être mise en vigueur au 1er janvier 2009 et nous avons pris les dispositions suivantes.

L'évaluation d'une part et la proposition de MASP d'autre part seront faites au niveau des agences de la solidarité départementale donc en mobilisant le service social polyvalent mais aussi le service social départemental « personnes âgées » ainsi que du personnel social que le Conseil Général met à disposition de la Maison des personnes handicapées.

Au niveau purement administratif, un nouveau service va être crée dans les jours qui viennent, dénommé « protection des majeurs » qui aura pour rôle d'une part de centraliser les demandes de MASP et les signalements et d'assurer la gestion administrative et financière du dispositif.

Il sera donc l'interlocuteur de la justice et des prestataires et bien entendu il aura une fonction d'observatoire du dispositif, indispensable à son évaluation dans les mois qui viennent.

La décision de mise en place de la MASP, la loi le dit clairement, appartient au Président du Conseil Général désormais, sachant que la décision individuelle et l'attribution de la mesure à un prestataire seront « éclairées » par une commission interne centrale qui examinera les dossiers.

Enfin, la mise en œuvre de la MASP sera déléguée. Elle sera déléguée à des associations prestataires aussi bien pour la MASP sans gestion de prestations qu'avec gestion de prestations.

Quelques mots sur l'impact financier de la réforme pour le département.

Certains d'entre vous pourront penser un peu trivial, d'aborder aujourd'hui l'impact financier de la loi. Tout financement supplémentaire à la charge du département se traduit inexorablement par une augmentation de la fiscalité locale et donc en tant que citoyens et contribuables nous sommes tous intéressés à connaître les charges nouvelles du département. Jusqu'à présent, les mesures de protection, tutelle, curatelle, sauvegarde, étaient financées d'une part par les personnes protégées elles-mêmes et d'autre part par l'Etat. Tandis que les tutelles aux prestations sociales étaient financées par les organismes débiteurs des prestations placées sous tutelle.

Désormais, en ce qui concerne le département, s'il n'aura pas à payer ces mesures de protection judiciaire, il va par contre devoir financer d'abord la MASP, c'est à dire la prise en charge de la délégation mise en œuvre, et bien-sûr la création incontournable des postes liés au service qu'il convient de mettre en place dans le cadre de la gestion administrative et financière de ce dispositif.

Concernant les MAJ, le coût de l'exercice de certaines d'entre elles par les mandataires judiciaires sera également à la charge du département. A l'heure qu'il est, il est évident que l'impact financier global reste encore flou tant qu'il est vrai qu'il est difficile de prévoir le nombre de MASP et le nombre de MAJ à la charge du département. Néanmoins, il nous semble vraisemblable que, à l'horizon des deux ou trois années qui viennent, ce seront quelques deux millions d'euros supplémentaires qui viendront s'ajouter au budget du département consacré à la solidarité.

Je dois encore donner une précision concernant l'attribution de mesures au service prestataires. J'ai longtemps espéré que cet exercice pourrait se faire dans le cadre de la loi de 2002 relative aux institutions sociales et médico-sociales qui permet au Président du Conseil Général comme au Préfet, chacun dans son domaine de compétences, à la fois d'autoriser puis de tarifer.

J'observe que désormais la seule solution dont dispose le département est le recours au marché public.

Je trouve la situation quelque peu paradoxale quand je pense à ces associations prestataires de mesures judiciaires qui sont autorisées par le Préfet et tarifées par l'Etat (DDASS) alors que les mêmes lorsqu'elles travailleront pour le compte du département verront leur activité s'effectuer dans le cadre des marchés publics.

Nous aurons donc recours au marché public.
Nous avons plusieurs hypothèses de travail, sachant que nous souhaitons pouvoir compter sur des prestataires pluriels pour exercer l'ensemble de ces mesures ; c'est dire que nous ne nous satisferons pas d'une solution de monopole et j'espère que cela sera de nature à rassurer les prestataires intéressés.

Bien entendu le Conseil Général espère obtenir de l'Etat les compensations financières nécessaires.

Il y a, vous le savez, un principe constitutionnel qui prévoit que tout transfert de charges doit être compensé par un transfert de recettes équivalent à l'euro près.

Je voudrais néanmoins vous citer ce que prévoit la loi :

La loi édicte « qu'à compter du 1er janvier 2010 et jusqu'au 1er janvier 2015, le gouvernement présente annuellement au Parlement un rapport dressant un bilan statistique de la mise en oeuvre de la MASP ainsi que des évolutions du nombre des mesures de protection judiciaire des majeurs ».

Ce rapport indique les coûts respectivement supportés par l'Etat, les organismes versant les prestations sociales aux majeurs protégés ainsi que les collectivités débitrices et il expose en cas d'alourdissement constaté des charges supportées par les départements , les compensations financières auxquelles l'Etat a procédé en loi de finances. Autrement dit, tout espoir n'est pas totalement perdu, même si les règles de compensation sont encore bien floues.

Je conclus mon propos en me résumant :
Pour ce qui concerne le département cette loi du 5 mars 2007 pourrait se décliner en trois têtes de chapitre.

1. un recadrage de la protection des majeurs par la création d'une mesure administrative dans un souci de respect de la personne.
2. un incontestable nouveau transfert de charges pour les départements.
3. un dispositif départemental qui fait le choix d'une délégation de la nouvelle prestation à des organismes prestataires dans le cadre contraint d'un marché public.

*

* *

L'OPINION DES PROFESSIONNELS

TITRE IV

L'OPINION DES PROFESSIONNELS

LE MINISTÈRE PUBLIC

Madame Béatrice DENJEAN

Substitut du Procureur de la République

Représentant le Ministère Public

Je suis chargée de vous présenter le rôle du Procureur de la République.

Une des idées fortes de la réforme est le rôle essentiel dévolu au Procureur de la République puisque le Procureur de la République est désormais au cœur du nouveau dispositif. Le rôle du Ministère Public était déjà important dans la loi de 1968 et je me permets de le rappeler rapidement.

Il conserve les pouvoirs qu'il avait déjà mais ils sont renforcés par la réforme.

Le Procureur de la République avait déjà une mission de surveillance générale sur les mesures de protection de son ressort.

Il peut à cet égard visiter, faire visiter les majeurs protégés de son ressort.

Il réceptionne et surveille les sauvegardes de justice émanant de médecins sur le fondement de l'article L.3200-7 du Code de la Santé Publique.

Il établit la liste des médecins agréés et des tuteurs non familiaux.

Il participe à la procédure relative à l'organisation de la tutelle des mineurs, à l'ouverture et à la modification de la tutelle des majeurs.

Tous ces pouvoirs sont maintenus et renforcés par la loi nouvelle à l'exception du rôle du Ministère Public dans l'établissement de la liste des mandataires non familiaux.

Cette liste est désormais de la compétence du représentant de l'Etat dans le département lequel établira cette liste et délivrera l'agrément sur avis conforme du Procureur de la République.

Donc le rôle du Procureur de la République est toujours présent dans la délivrance de l'agrément puisqu'il faudra qu'il donne son avis et que cet avis devra être suivi.

Le rôle du Procureur de la République devient essentiel avec la réforme. Il est au cœur du nouveau dispositif.

L'objectif général de la réforme est de recentrer la protection judiciaire classique sur les personnes qui sont réellement atteintes d'une altération médicale de leurs facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de leur volonté.

C'est le nouvel article 425 du Code Civil.

Force est de constater que ces dernières années ont vu l'utilisation sans doute abusive des mesures de protection judiciaire dans des situations de précarité, de grande difficulté sociale ou d'exclusion.

Ces mesures étaient prononcées par le juge soit sous la pression familiale soit sous la pression sociale.

Le juge des tutelles réceptionnait et se saisissait d'office.

Le Procureur de la République recevait assez souvent directement ce signalement.
Il le transmettait au juge des tutelles et essayait tant bien que mal de faire un filtre.

Désormais la loi va l'obliger à faire ce filtre.

Toutes les personnes en situation de précarité, de difficultés sociales, d'exclusion, vont relever désormais des MASP, mesures d'accompagnement social personnalisé donc de mesures administratives.

On espère que cela enlèvera un grand nombre de mesures de protection judiciaire classiques au juge des tutelles.

C'est là qu'interviendra le rôle du Procureur de la République.
En cas d'échec de ces mesures d'accompagnement social , la MAJ (mesure d'accompagnement judiciaire) pourra être prononcée par le juge des tutelles à la demande du procureur de la république .

C'est l'article 495 du Code Civil.

C'est donc le Procureur de la République qui appréciera l'opportunité de saisir le juge des tutelles.

Cette appréciation va se faire au travers des différents rapports et éléments médicaux que les services sociaux vont transmettre.

Donc cette phase du dossier et du rapport va être extrêmement importante puisque c'est essentiellement sur ces documents que le Procureur de la République se prononcera et appréciera l'opportunité de saisir le juge des tutelles.

Que veut dire « opportunité » ?

D'abord je dois rappeler que le Procureur de la République est garant des libertés individuelles. C'est un des rôles principal du Procureur de la République.

Ce n'est pas seulement son pouvoir de mise en mouvement de l'action publique, le Procureur de la République a un rôle de garant des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité tel qu'il est rappelé dans la nouvelle réforme.

Le Procureur de la République va se pencher sur les éléments et voir si les critères de la saisine du juge sont remplis.

Il faudra aussi qu'il n'y ait pas d'autre possibilité, qu'il y ait nécessité de saisir le juge des tutelles pour l'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire.

Il faudra qu'il n'y ait pas d'autre solution, pas de règles émanant de la représentation par exemple, mandat de protection future ou autre.

Le procureur de la république pourra demander un complément d'information ou de pièces aux services sociaux.

Il décidera ensuite soit de classer sans suite la demande estimant qu'elle ne relève pas d'une mesure d'accompagnement judiciaire ou d'une mesure de protection classique.

Le passage de la MASP à la MAJ n'est pas obligatoire : on pourra immédiatement passer à une mesure de protection classique si nécessaire.

Le procureur pourra saisir le juge des tutelles pour envisager de placer le majeur sous une mesure de protection classique.

Le procureur de la République n'a pas la possibilité de se substituer au juge des tutelles : il n'entendra pas les personnes, il n'entendra pas les familles. Il fera essentiellement une étude de dossier.

Lorsque le Procureur de la République décidera de transmettre le dossier au juge, il en avisera le Président du Conseil Général.

La MAJ pourra être prononcée par le juge pour une durée maximale de deux ans et seul le Procureur de la république pourra en demander son renouvellement. Ce renouvellement pourra être deux fois deux ans donc quatre ans.

Voilà donc ce rôle essentiel attribué au Procureur de la République.

Avec la pratique, on prendra véritablement toute la mesure de ce rôle et la manière dont le Procureur de la République devra travailler, évidemment en partenariat avec le Conseil Général et tous les acteurs du Conseil Général pour ces MASP qui se transformeront en MAJ ou en d'autres mesures plus contraignantes type protection juridique classique.

C'est l'essentiel de la réforme qui va s'appliquer au 1er janvier 2009.

Au-delà de son rôle de saisine du juge, Il a le rôle dans la surveillance, qu'il avait déjà, et le contrôle de ces nouvelles mesures mais également des mesures de protection juridique classique.

Il a un contrôle qu'il avait déjà parallèlement avec le représentant de l'Etat, sur les mandataires à la protection des personnes puisqu'il pourra demander le retrait de l'agrément.

Il pourra également demander la radiation.

Il fera le relais du juge des tutelles puisque le juge des tutelles pourra saisir le Procureur de la République pour demander cette radiation.

Pour conclure :

Il est évident que ce n'est qu'après quelques mois d'application que l'on pourra mesurer l'ampleur du rôle du Ministère Public et le nombre des situations qu'il aura à étudier à moyen constant puisqu'il n'est absolument pas prévu que les parquets soient renforcés en personnel.

*

* *

QUEL EST LE ROLE DE L'AVOCAT ?

Maître Raphaële CHALIE

Avocat représentant le Barreau de Montpellier

Cette réforme est une avancée certaine et l'avocat doit être aux côtés à la fois des acteurs mais également de ceux qui vont permettre la mise en place de cette réforme.

Je vais rappeler les points forts qui sont et seront le champ d'intervention des conseils que nous sommes auprès des personnes en difficulté.

Peu de majeurs protégés sont grabataires ou délirants.
La pratique religieuse, la liberté d'association, le droit de s'informer, de se cultiver, préoccupent les majeurs protégés comme nous-mêmes, tout comme leur lieu de résidence, leur choix de rythme de vie, de mode d'alimentation, d'aller et venir, la nécessité des démarches administratives, bref…. la vie.

Tous ces champs ne peuvent pas manifestement être encadrés et pourtant cette loi innove considérablement parce qu'elle prend en considération la globalité autant que faire se peut de tous ces aspects de la vie humaine.

Le mandat de protection future que je ne développerai pas parce qu'il sera traité par un notaire cet après-midi, fait partie précisément de ce que j'appellerai « le testament de vie » ,celui que peut faire la personne encore en possession de ses moyens et qui peut donc décider pour le cas où.

Aujourd'hui tous ces terrains ont été balayés par la loi nouvelle mais il fallait que le législateur intervienne de façon urgente.

Il le fait en posant deux principes : la liberté et l'information.

L'article 459 de cette nouvelle loi précise que la personne protégée peut prendre seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet.

Le législateur n'est pas naïf, il se réserve une porte de sort ; la restriction dans la mesure où son état de santé le permet ouvre la porte à des aménagements extrêmes.

Il est donc admis par cette loi, et par le législateur, qu'il existe une sphère d'assistance voir de représentation en matière personnelle dans laquelle on ne peut pas intervenir c'est que l'on appellera un domaine réservé.

Il faut que vous le notiez pour le rappeler à ceux que vous assisterez, je parle à mes confrères.

Ce domaine réservé dans lequel l'acte personnel est tellement intime que nul tuteur ou curateur ne saurait s'initier a été prévu par l'article 458 ; c'est une liste limitative je le rappelle.

Sont réputés strictement personnels : la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement de nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant.

Autre article important de ce domaine réservé : c'est l'article 459-2 alinéa 1 et 2 qui annonce à son tour : « la personne protégée choisit le lieu de sa résidence. Elle entretient librement des relations personnelles avec tous tiers parents ou non. Elle a le droit d'être visitée et le cas échéant hébergée par ceux-ci ».

On note qu'il y a un souci majeur de tenter de protéger et de préserver l'intime et de faire en sorte que cela continue à être de l'intime et comme tel ,relevant du seul choix de la personne protégée .

Que se passe-t-il en cas de conflits ?

Certains actes strictement réservés peuvent dégénérer et il est prévu, mais uniquement s'agissant de la résidence et des relations avec autrui, la possibilité en cas de difficulté de saisir le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué pour statuer.

Pour tous les autres c'est à dire pour tous ceux que j'ai énuméré comme relevant de la sphère strictement personnelle, en dehors des relations avec autrui et de la résidence de la famille, tout le reste, s'il y a conflit, seule la personne dont l'intimité relève de sa propre appréciation pourra trancher.

C'est à dire que si elle n'est pas en état de pouvoir manifester sa volonté, il n'y aura pas de réponse. On ne pourra pas aller chercher chez les juges des tutelles une réponse.

Elle ne peut pas répondre, elle ne répondra pas et personne ne répondra à sa place. C'est quelque d'extrêmement important à noter et à relever. La liberté n'est rien si elle n'est pas éclairée. Le corollaire est donc une parfaite information des personnes protégées.

Je m'adresse à ceux qui assisteront les personnes en difficultés.

Et l'avocat sera là pour leur rappeler.

Les personnes qui seront assistées devront recevoir des gérants de tutelle une information la plus complète possible. Ces personnes devront donc, sans préjudice des informations que les tiers peuvent délivrer, (banquiers, professionnels du droit..) leur indiquer très précisément et c'est rappelé dans l'article 457, toutes les informations sur leur situation personnelle, les actes concernés par leur intervention, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences du refus de la part de la personne protégée.

C'est devenu une obligation d'information et il faudra veiller à ce qu'elle soit respectée.

Je vais rappeler les points novateurs de cette réforme et de cette nouvelle protection.

La loi reprend en les modifiant, plus ou moins sensiblement, les règles du Code Civil applicables à la protection de la personne en ce qui concerne certains actes relatifs à l'état des personnes.

Elle détermine par ailleurs les règles applicables dans d'autres domaines en particulier la protection de la personne dans le domaine de la santé.

Je laisserai au docteur DANAN le soin d'en parler peut être ou de répondre à vos questions, et dans des domaines comme le logement et la vie civique.

Une innovation très importante, c'est la protection en matière pénale avec assistance obligatoire d'un avocat.

Je crois que la France a enfin compris la leçon de la Cour de Justice Européenne qui a plusieurs reprises lui a tapé sur les doigts. Nous en reparlerons et ce sera le dernier point que j'évoquerai.

Les fondamentaux de la protection de la personne c'est la vie familiale, et d'abord le mariage.

Les seules modifications de la loi nouvelle concernant le régime de tutelle c'est l'article 506 du Code Civil.

La curatelle, l'article 514, quant à elle, ne fait l'objet d'une aucune modification sauf des modifications formelles.

En ce qui concerne le mariage, l'autorisation pourra désormais être donnée par le juge des tutelles et non par le seul conseil de famille et le consentement des pères et des mères ne permettra plus d'éviter cette autorisation.

Concernant les règles relatives au PACS là par contre beaucoup de modifications.

Le majeur sous tutelle pourra désormais conclure un PACS alors que cela lui était curieusement interdit avant.

Les conditions de rupture par déclaration conjointe ou par décision unilatérale sont précisément définies.

Le texte prend grand soin de distinguer les hypothèses dans lequel le tuteur assiste simplement le majeur, signature de la convention, modification de celle-ci, et celles dans lesquelles le tuteur peut avoir l'initiative de l'acte c'est-à-dire la rupture unilatérale du PACS avec l'autorisation du juge des tutelles et du conseil de famille.

Par ailleurs, le majeur sous curatelle, se voit expressément reconnaître le droit de conclure un PACS. Jusqu'alors les textes étaient muets sur cette question, cette loi innove et on devait donc la déduire de certaines règles applicables en matière de curatelle.

L'assistance du curateur est requise pour la signature de la convention en revanche aucune autorisation supplétive du juge des tutelles n'est prévue contrairement au mariage.

Comme en tutelle, aucune assistance n'est requise lors de la déclaration conjointe de conclusions du PACS au greffe du tribunal d'instance.

Des innovations extrêmement importantes qu'il faudra relever et dont il faudra informer les personnes qui viennent chercher conseil dans nos cabinets.

Mais également, connaître exactement les limites d'intervention des différents partenaires parce que la loi modifie beaucoup ce terrain là.

En revanche, pas de modifications spectaculaires concernant le divorce, on peut regretter de ne pas être allé plus avant dans ce domaine mais c'est ainsi.

Les conditions dans lesquelles le majeur protégé peut divorcer ou non, pas de modification substantielle, il est toujours fait interdiction au majeur protégé de pouvoir divorcer par consentement mutuel.

On peut d'avantage aussi regretter l'absence de modification concernant la question délicate de l'autorité parentale qui est exercée par un parent faisant l'objet d'une mesure de protection.

Les articles 389-7 et 442 qui devient l'article 395 du Code Civil précise que le parent sous tutelle ou sous curatelle perd de plein droit l'administration légale sur les biens de ses enfants.

Une lecture rapide de l'article 373 du Code Civil qui vise le cas de l'incapacité du parent aurait pu laisser croire qu'il est alors également provisoirement privé de ses droits. Cependant l'ouverture d'une mesure de protection ne veut pas dire que le majeur protégé soit privé de toute liberté de pouvoir exprimer sa volonté au regard de l'autorité parentale.

Dès lors, il faut se référer sur cette question, qui n'est pas résolue à ce jour, qui va-t-on saisir en cas de difficulté ? c'est un des points sur lequel il va falloir s'interroger.

Est-ce que l'on peut estimer que la mesure d'assistance prive la personne protégée de l'exercice de l'autorité parentale ipso facto alors que peut-être la personne ,bien que prodigue, est tout à fait capable de pouvoir dispenser des conseils sur l'éducation et sur les choix éducatifs de son enfant. Qui va le décider ? le texte est muet à ce niveau là, doit-t-on saisir le juge des tutelles, doit-on saisir le juge aux affaires familiales, le Tribunal de Grande Instance, c'est peut-être quelque chose qu'il faudra préciser parce qu'à mon avis le problème va se poser très très rapidement.

Autre point, que j'évoque rapidement parce qu'il a été indiqué par Maître COMBRET dans son intervention, c'est la protection du logement.

Innovation, le logement, évolution également de notre société, ce n'est plus seulement la résidence principale, c'est également la résidence secondaire.

Il est indiqué que cette protection est étendue à la résidence secondaire donc en cas d'aliénation de la résidence principale ou de la résidence secondaire, il y aura la nécessité d'une autorisation préalable à l'acte par le juge des tutelles ou le conseil de famille, cela est maintenu.

L'avis obligatoire du médecin traitant est remplacé par l'avis obligatoire du médecin, celui là même qui participe à la mise en place de la protection. C'est donc ce médecin là dont l'avis sera requis mais cet avis n'est plus requis dans tous les cas. Cet avis est requis seulement si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement. En dehors de ces cas précis la loi ne demande et ne pose pas d'autre exigence.

Par contre, petite particularité, la loi ne donne aucune indication sur l'objet de cet avis.

S'agit-il de vérifier que la personne ne peut plus vivre chez elle, en raison notamment de son état de santé? S'agit-il de s'interroger sur les répercussions au plan psychologique d'un tel déplacement ? Il y a quand même des flous et il faudra donc affiner cette notion.

Une autre grande innovation et là nous devrons tous y veiller particulièrement car cela évitera des dérapages au-delà du rappel des comptes pivots problématiques, c'est le maintien des comptes, et livrets ouverts au nom de la personne protégée; c'est l'article 497 alinéa 1er. Cette règle a été posée non pas seulement pour des questions de commodité de gestion mais simplement parce que cette question relève du principe du respect du souhait de la personne protégée.

On en revient à cette notion essentielle, on respecte ce que la personne avait fait tant qu'elle était en état de le faire et on poursuit sur cette lancée.

C'est extrêmement important et cette notion doit être rappelée; c'est à mon avis un élément essentiel de l'esprit de la loi nouvelle.

Je termine par une autre avancée importante de cette loi :

C'est la protection du majeur en matière pénale.

En matière pénale, la France se comportait mal. La France se comportait mal parce qu'il n'y avait aucune disposition particulière qui visait à assurer la protection du majeur protégé, et lorsqu'il était poursuivi devant une juridiction pénale, il devait se défendre seul.

Si sur le terrain civil on estimait, pour le priver de son compte bancaire, qu'il devait être assisté cela n'était pas le cas en matière pénale alors que la décision prise pouvait aller jusqu'à la privation de liberté. Le parallélisme était choquant, mais n'avait pas interpelé le législateur jusqu'alors.
C'était une aberration et la France en l'état du silence de la loi s'était faite à plusieurs reprises sévèrement condamnée par la Cour de Justice Européenne dans un arrêt notamment du 30 janvier 2001.

En substance la Cour reprochait au système français d'avoir permis la condamnation pénale d'un majeur en curatelle sans que son curateur ait été associé aux différentes étapes de la procédure.

Les nouvelles dispositions de la loi répondent très précisément à cette omission en obligeant les autorités de poursuites, d'instruction et de jugement à informer systématiquement le tuteur ou le curateur et à lui permettre de participer activement aux différents stades de la procédure pénale.

Donc au-delà du code civil, Mesdames, Messieurs, qui vous occupez des majeurs protégés, achetez un Code Pénal et de Procédure Pénale et n'hésitez pas à taper à la porte d'un avocat spécialiste en la matière qui a une compétence particulière pour s'assurer que vos protégés puissent être défendus correctement.

De plus, la loi pose le principe d'assistance obligatoire par un avocat du majeur protégé poursuivi pénalement ainsi que celui d'une expertise médicale préalable à tout jugement au fond pour évaluer sa responsabilité pénale au moment des faits. Dans ce domaine les avancés sont considérables. Encore faut-il, mais restons optimistes, sur un plan concret, que les autorités de poursuites et de jugement soient avisées de l'existence de cette protection.

Le nouvel article 706-112 du Code de Procédure Pénale ne leur impose pas de rechercher d'office et dans toutes les procédures cette information.

En clair, la comparution immédiate est encore possible sans protection et sans filet pour les majeurs protégés.

Soyez vigilants, dès que vous n'avez plus de nouvelle de votre majeur protégé, appelez un avocat et tout de suite, il se chargera d'informer les autorités de poursuites et de jugement que le majeur est protégé, qu'il a droit à la présence d'un avocat et que celui qui l'assiste au quotidien doit être informé de tout ce qui se passe.

La privation de liberté touche à l'intime et doit être protégée c'est ce qui a été mis en oeuvre dans le cadre de cette loi et il fallait le souligner.

*

* *

LE DISPOSITIF JUDICIAIRE

TITRE V

LE CŒUR DU DISPOSITIF JUDICIAIRE

Madame Corinne RIEU

Juge des Tutelles au Tribunal d'Instance de Montpellier.

A ce stade du déroulement de la matinée, vous avez reçu un certain nombre d'éléments d'information par des intervenants très au fait de la réforme.

Je vais vous donner le point de vue du juge des tutelles avec une antériorité dans les fonctions qui n'est pas très ancienne qui donne l'avantage d'entrer dans les fonctions en même temps que la réforme ce qui permet de s'approprier le dispositif qui va intervenir très prochainement et d'essayer d'en extraire les éléments nouveaux.

Le constat par le législateur et qui a servi de base à la réforme est très visible dans le cabinet d'un juge des tutelles puisqu'on constate que le nombre de mesures actuelles dont il est chargé met à mal l'exercice de la mission du juge.

Le constat du législateur et sa volonté de recentrer la mission du juge sur le suivi et le contrôle des mesures qui lui sont dévolus est un point fondamental qui ne peut que recueillir l'adhésion du juge des tutelles que je suis.

Je vais pointer dans le dispositif nouveau les trois niveaux qui sont mis en place dans l'architecture de la loi. Quelles sont donc les missions qui sont dévolues au juge des tutelles ?

Le 1er dispositif : c'est le dispositif administratif, dispositif sur lequel le département a compétence.

Le seul point d'entrée du juge dans ce dispositif de la MASP ne concerne pas le juge des tutelles à proprement parler mais le juge d'instance es-qualité de juge chargé du contentieux locatif.

Ce dernier pourra être saisi par le président du conseil général en cas de difficulté d'exécution du contrat ou de refus de la personne de se soumettre au contrat, afin de mettre en place un système de dérivation des prestations dont il a la gestion pour assurer la pérennité du logement de la personne, le logement étant un des éléments essentiels de la personne.

L'intervention judiciaire dans le mécanisme administratif de la MASP se fait par l'intervention du procureur puisque le juge ne pourra être saisi que par son intermédiaire en cas d'échec de la mesure administrative.

C'est donc le Procureur de la République qui va être saisi et qui va jouer le rôle de filtre et décider s'il y a lieu ou pas de saisir le juge des tutelles de la conversion de la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) en mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ).

Lorsque le juge des tutelles aura été saisi par son collègue du Parquet, c'est la mission classique du juge c'est-à-dire instruction du dossier, audition de la personne puisque la mesure ne peut être prise que si la personne a été appelée ou entendue et détermination des prestations qui seront confiées en gestion au mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

Une fois que la mesure est prononcée, suivi de cette mesure, de son exécution et éventuellement intervention sur les difficultés d'exécution ou transformation d'un mécanisme qui ne serait pas adapté et qui devrait être converti en mécanisme judiciaire si l'état de la personne évolue et relève d'une mesure de protection civile liée à l'affaiblissement de ses facultés psychiques.
Voilà en ce qui concerne le rôle qui est dévolu au juge dans ces deux mécanismes la MASP et la MAJ.

En ce qui concerne la mesure d'accompagnement judiciaire qui se substitue aux actuelles tutelles aux prestations sociales adultes, pour répondre à l'interrogation du Conseil Général, aujourd'hui on est face à deux situations : celle un peu particulière de double mesure de tutelle aux prestations sociales (TPS) et de curatelle le plus souvent.

Au 1er janvier 2009, il ne sera plus possible de maintenir un doublon donc les tutelles aux prestations sociales qui sont accolées à une mesure de protection vont tomber et la personne continuera d'être protégée par le mécanisme judiciaire.

En ce qui concerne les TPS seules qui ne sont pas la majeure partie des mesures que nous avons, là on est face à une option qui est offerte dans le cadre des mesures transitoires. Option de convertir la TPS en MAJ sans passer par la case MASP dans le cadre du délai qui est fixé jusqu'en 2011 ou possibilité de laisser vivre les TPS jusqu'au terme fixé par le législateur qui est 1er janvier 2011.

En ce qui concerne la mission du juge dans le cadre où la personne est atteinte d'une altération de ses facultés, il y a là deux niveaux d'intervention.

L'innovation de la loi c'est de laisser à la personne la possibilité de s'organiser et de prévoir la gestion de sa personne et de ses biens lorsque ses facultés mentales seront altérées.

Nous sommes dans le mécanisme du mandat de protection future c'est à dire la liberté et l'autonomie de la volonté pour constituer ce mandat, le choix de la forme, mandat notarié, acte sous seing privé, choix de ces modalités, d'exécution, de contrôle.

Sa mise en œuvre requiert seulement que le mandataire désigné sollicite son activation en déposant au greffe des tutelles le certificat d'un médecin inscrit sur la liste du procureur.

Il n'y a pas d 'intervention du juge a proprement parlé à ce stade.
L'intervention du juge dans le cadre du mandat de protection future est limitée au disfonctionnement du mandat c'est-à-dire que le juge conserve son rôle de régulation en cas de problème et de saisine par toute personne ayant un intérêt.

Le juge va être amené à se pencher sur le mandat, sur son intérêt, sur son adaptation à l'intérêt du majeur protégé et il va jouer son rôle de régulateur pour éventuellement y mettre un terme, révoquer le mandat, décharger le mandataire face à ces demandes qui vont lui être soumises.

Voilà l'intervention du juge dans la vie du mandat de protection future.

Il y a également un rôle général qui est dévolu au juge des tutelles de la même façon qu'au Procureur : c'est le contrôle général du juge sur la gestion des comptes qui doit être tenue dans le cadre même d'un dispositif laissé à la volonté personnelle.

Principe général : pouvoir du juge des tutelles et du procureur de contrôler en vertu de l'article 416, de demander la production de l'inventaire, des comptes de gestion et de toutes pièces justificatives, donc c'est un pouvoir de contrôle général qui reste dévolu au juge.

Une particularité dans le cadre du mandat notarié.

Dans le cadre du mandat notarié, le notaire est la personne qui est désignée comme étant la personne à qui les comptes vont être rendus et la loi lui assigne une place particulière qui est celle de signaler au juge les anomalies ou l'exécution non conforme aux stipulations du mandat.

Donc le notaire se voit attribuer une mission de tirer la sonnette d'alarme à l'égard du juge des tutelles.

Globalement, ce dispositif laisse toute la place à la volonté personnelle du mandant et intervention pour réguler le fonctionnement du mandat, contrôle des comptes et le cas échéant intervention ponctuelle dans la vie du mandat pour autoriser un acte qui se serait pas stipuler dans le mandat sous seing privé ou un acte de disposition à titre gratuit pour le mandat notarié.

Voilà la place qui a été assignée au juge par le législateur dans ces deux mécanismes qui sont des mécanismes nouveaux.

L'activité principale du juge dans les mesures de protection, ce sont les mesures de protection juridiques en elles-mêmes avec la réaffirmation de leur principe de subsidiarité au regard des mécanismes de représentation habituelle du droit civil et du mécanisme issu du régime matrimonial et du principe de proportionnalité qui est illustré par l'élargissement de la palette des mesures qui vont pouvoir être prononcées.

En effet selon le degré d'altération des facultés physiques ou mentales, les mécanismes d'accompagnement doivent être gradués et le juge dispose désormais d'une nouvelle mesure : la sauvegarde de justice qui devient une mesure au fond.

Aujourd'hui, la sauvegarde de justice, telle qu'elle est pratiquée, c'est une mesure qui est instaurée à titre préalable lorsque le juge est saisi d'une demande de mise sous protection et c'est une mesure qui a pour vocation de préserver la situation du majeur en demande de protection.

Là on change de registre, on est sur une mesure dont la finalité doit être définie.

Cette mesure est liée à une incapacité « temporaire » ou limitée médicalement constatée à laquelle le juge va avoir recours en désignant un mandataire spécial qui pourra être doté de pouvoirs élargis et notamment la possibilité de prendre un acte de disposition.

Compte tenu des pouvoirs importants qui peuvent être dévolus au mandataire spécial, il faut rappeler l'importance de la réalisation de l'audition de la personne à protéger si elle est médicalement possible dans le cadre d' l'instruction de la demande car il paraît difficile d'autoriser le mandataire spécial à réaliser une acte de disposition dans l'urgence sans un minimum de vérification sur la situation de la personne à protéger..

Ce nouvel échelon qui apparaît dans la palette du juge des tutelles amène à se poser la question de l'évaluation de l'état de la personne pour choisir la mesure qui est la plus adaptée. Cette évaluation passe bien évidemment par le certificat médical circonstancié qui va être établi par le médecin expert inscrit sur la liste du Procureur de la République.

Ce document est plus que jamais un élément déterminant puisque dans le cadre de la réforme, des termes du diagnostic vont dépendre le choix, l'évaluation de l'état de la personne et le choix de la mesure à appliquer.

Ce qu'il faut souhaiter c'est que dans cette nouvelle perspective le diagnostic médical qui va être fait prenne en compte le double niveau d'intervention, le niveau administratif et le niveau judiciaire qui seul est justifié par une cause médicale.

Ce qui va changer pour le juge au niveau de son intervention.

En ce qui concerne sa saisine, plus de saisine d'office du juge, saisine limitée à ce qui est l'entourage familial ou proche de la personne.

Cela va avoir des conséquences très significatives puisque effectivement aujourd'hui on est presque à 50% de saisine famille et saisine du système extérieur, ce qui aura un effet de diminution des mesures entrant directement dans le cabinet du juge des tutelles.

Ces mesures seront filtrées par le parquet, on verra les effets à terme de cette limitation de la possibilité de saisine du juge des tutelles.

En ce qui concerne l'office à proprement parlé du juge, il est guidé par les principes directeurs de la réforme.

Une instruction du dossier en s'inspirant des principes que je viens de rappeler, en procédant à l'audition de la personne à protéger sauf cas d'impossibilité médicale de procéder à son audition qui doit être médicalement constaté par le médecin qui a fait le certificat médical initial parce qu'il faut favoriser le plus possible le contact avec la personne qui est en besoin de protection.

L'instruction de ce dossier en entendant la personne, en recueillant des éléments de situation sur la famille, l'entourage de la personne, pour cibler ensuite pour le cadre de la mesure, le besoin de la personne c'est-à-dire tutelle ou curatelle à la personne ou curatelle ou tutelle aux biens ou les deux et cibler également le choix le plus approprié de la personne en capacité d'exercer la mesure avec ce principe directeur qui est fixé par le législateur qui est de privilégier la famille et la dévolution familiale de la mesure de protection qui va être mise en place au profit du majeur.

Un nouvel élément qui peut être intéressant, c'est la possibilité de désigner tuteur et subrogé tuteur ou curateur et subrogé curateur peut-être que cela va permettre dans certains dossiers d'avoir une association qui va désamorcer certaines difficultés et certains conflits.

Lorsque l'on désigne un tuteur et un curateur familial, il y a parfois des oppositions qui ne sont pas de manifestations fondées mais qui se révèlent par des courriers récurrents au juge des tutelles auxquels il faut répondre.

Cela sera peut-être un moyen de maintenir un certain équilibre familial et d'avoir un apaisement dans la gestion des mesures.

Autre volet : c'est le volet du contrôle.

La stricte répartition entre acte d'administration et acte de disposition est encore à l'étude. On attend d'avoir le dispositif complètement affiné.

Nouveauté également c'est l'intervention du juge dans la prise de décision dans le champ de la personne..

Là c'est un champ nouveau que le juge va investir.

Lorsque l'état de la personne ne lui permettra pas de prendre elle-même une décision éclairée dans les champs qui restent dévolus à la personne donc, le juge va pouvoir intervenir pour arbitrer et décider que la personne à ce moment-là a besoin d'être assistée pour sa protection dans les actes relatifs à sa personne.

La décision portant atteinte à l'intégrité corporelle de la personne ou à l'intégrité de sa vie privée devra être prise avec l'autorisation du juge.

Un autre champ qui revient au juge : une certaine similitude pour l'ancien juge aux affaires familiales que j'étais, c'est l'intervention du juge dans l'organisation des relations familiales de la personne protégée avec l'ensemble de sa famille.

On est face aux droits reconnus à la personne de continuer à maintenir les liens avec les gens de son choix et en cas de difficultés, le juge aura à arbitrer de cette mise en œuvre.

J'en termine sur le champ qui est dévolu au juge des tutelles sur la reddition de comptes et le contrôle des comptes.

Un élément nouveau, à la charge du juge.

Cette disposition qui est que le juge doit arrêter le budget de la tutelle sur proposition du tuteur en déterminant les sommes annuellement nécessaires à son entretien et au remboursement des frais de gestion de ses biens.

La gestion va se faire en amont, sur un budget prévisionnel et en fin de course sur la reddition des comptes. La reddition des comptes restant dévolue par principe au greffier, le juge n'intervient qu'en cas de refus d'approbation des comptes.

Ensuite, deux dispositions un peu marginales qui vont permette au juge de dispenser de dépôt des comptes ou de faire appel à un technicien lorsque les comptes sont un peu complexes et le patrimoine important.

Voilà la lecture que j'ai faite de la loi donc la place dévolue au juge des tutelles par le législateur.

En conclusion : pour un juge qui arrive c'est toujours un challenge important d'être là au seuil d'une nouvelle réforme. C'est une tâche intéressante.

*

* *

Madame VERDOIRE

Greffière du juge aux tutelles.

Je vais aborder le rôle du greffier dans trois domaines :

Le mandat de protection future.

La saisine du juge des tutelles.

L'application de la réforme, que nous avons commencé au Tribunal d'instance de Montpellier.

Je n'aborderais pas le contrôle des comptes de gestion puisque c'est la compétence du greffier en chef et du juge des tutelles tel que l'article 511 du Code Civil le prévoit.

Mon intervention va vous paraître très terre à terre mais le rôle du greffier est avant un rôle très technique.

Pour le mandat de protection future outre bien sur le rôle classique du greffier comme assistant du magistrat et garant de la procédure, le greffier a un rôle spécifique dans le cadre du mandat de protection future.

L'article 481 du Code Civil précise dans son alinéa 2 « pour que le mandat prenne son effet il faut que le mandataire produise au greffe du Tribunal d'instance le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionnée à l'article 431 c'est-à-dire la vis établie par le Procureur », établissant que la mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425.

Le greffier vise le mandat et date sa prise des faits puis le restitue au mandataire. L'article 483 du Code Civil précise « que le mandat prend fin entre autre par le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé constaté à la demande du mandant ou du mandataire dans les formes prévus à l'article 481 ».

Le greffier a donc un rôle dans la mise en œuvre du mandat et dans sa fin.

Pour la mise en œuvre du mandat le greffier devra donc vérifier cinq points : l'identité du mandataire ; le domicile du mandant pour savoir effectivement si le juge des tutelles a été légalement saisi ; l'âge des parties (le mandant ou le mandataire doivent être majeurs ou émancipés tel que l'article 477 le précise), la capacité du mandant et du mandataire, la capacité du mandant l'article 477 dans son alinéa 1 précise « *que toute personne sous tutelle ne peut signer un mandat »* et dans son alinéa 2 « *que toute personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur »,* la capacité du mandataire l'article 482 alinéa 2 « *le mandataire doit pendant toute l'exécution du mandat jouir de la capacité civile* » pour cela même si cela n'est pas encore précisé dans les textes le greffier me semble-t-il devra demander une copie intégrale des actes de naissance du mandant et du mandataire pour s'assurer qu'il n'y a pas une mention de répertoire civil dit RC en marge de l'acte de naissance . En cas effectivement de mention RC en marge de l'acte de naissance, il devra se mettre en contact avec le Tribunal de Grande Instance du lieu de naissance du mandant et du mandataire pour voir si cette mention RC ne correspond pas à une mise sous protection.

L'article 481 alinéa 2 du Code Civil précise « *que le greffier doit restituer le mandat au mandataire* » mais un problème se pose l'article 416 du Code Civil précise « *que le juge des tutelles et le Procureur exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leurs ressorts* », l'article 486 dans son alinéa 2 indique « *que le mandataire établi annuellement le compte de sa gestion que le juge peut en tout état de cause faire vérifier* »

Se pose la question suivante : comment le magistrat va-t-il pouvoir exercer ses nouvelles attributions dans le cadre du mandat de protection future si le greffier restitue le mandat sans en garder une trace ? Ne faut-il pas en garder une copie ou même l'enregistrer ?

***La fin du mandat* :** l'article 483 du Code Civil précise « *que le mandat prend fin par le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé constaté à la demande du mandant et du mandataire dans les formes prévues à l'article 481* » c'est-à-dire que le greffier doit demander un certificat médical récent d'un médecin spécialiste qui atteste de façon précise que le mandant n'a plus besoin de régime de protection. Il apposera son visa et il sera mis fin au mandat de protection futur sans autre formalité.

Mon deuxième point :
La saisine du juge des tutelles prévue par l'article 430 du Code Civil

Vous savez qu'à partir de janvier 2009 la saisine du juge des tutelles d'office n'est plus possible.

Maintenant les personnes qui pourront pour une sauvegarde de justice, une curatelle ou une tutelle saisir le juge des tutelles seront toute personne qu'il y a lieu de protéger ou selon le cas, le conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte de solidarité, le concubin ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables.

Le greffier comme d'habitude devra donc vérifier la saisine du magistrat : il devra s'assurer que cette saisine est légale, il devra également continuer à vérifier donc la copie intégrale de l'acte de naissance de la personne protégée, pour bien se rendre compte qu'il n'y ai pas une mention RC en marge de son acte de naissance pour s'assurer qu'il n'y a pas une mesure de protection qui aurait pu être prononcée dans un autre Tribunal.

Il devra bien sûr vérifier le certificat médical : s'il est récent et s'il émane bien d'un médecin spécialiste.

Etant donné que l'esprit de la réforme est avant tout de privilégier une mesure de protection prise en charge par l'environnement familial, le greffier devra être vigilant sur la désignation et l'exactitude des coordonnés des membres de la famille.

Mon troisième point :
La mise en application de la réforme.

Nous avons au service des tutelles de Montpellier à peu près 6000 dossiers.

Un magistrat et 4 fonctionnaires dont 2 à temps partiels à 80% suivent ces dossiers, Un de ces fonctionnaires s'occupe essentiellement de la réforme avec l'aide d'une vacataire.

Il nous a été demandé par la Chancellerie de mettre en application cette loi du 5 mars 2007 le plus rapidement possible puisqu'en 2012 tous nos dossiers dont les jugements avaient été prononcés avant mars 2007 devaient être revus sous peine de caducité. Nous avons fait un petit calcul, nombre de dossier divisé par 5 le nombre d'année qui nous restait à courir pour arriver en 2012 divisé par 12 le nombre d'année, ce qui nous a donné qu'il fallait traiter à peu près 100 dossiers par mois mais comment ? Aucune directive, aucun décret d'application pour l'instant. Nous avons beaucoup téléphoné aux juridictions, nous avons fait un grand travail de réflexion dont je vous livre le résultat sachant pertinemment que cette mise en application de la réforme s'adapte à l'organisation de notre service, qu'elle peut évoluer avec les décrets d'application, les difficultés rencontrées et qu'elle peut bien sûr se peaufiner. A Montpellier les dossiers des majeurs protégés sont classés par ordre alphabétique, il nous a paru évident de commencer donc à prendre les dossiers par cet ordre là, nous avons sollicité les gérants de tutelles et je les remercie, inscrits sur la liste du procureur en leurs demandant de prendre pour leurs majeurs protégés rendez-vous au près d'un médecin spécialiste. Tous les médecins spécialistes ont reçu un courrier du juge des tutelles leur indiquant clairement ses attentes, maintien ou non de la mesure, allègement, aggravation, audition possible ou non au siège du Tribunal ou à domicile. Nous avons appliqué systématiquement la réforme des tutelles pour les dossiers de dessaisissement dont les jugements ont été prononcés avant mars 2007. Un jour par semaine a été consacré pour les convocations de ces dossiers demandant une révision soit à peu près une vingtaine. Dans la mesure du possible les dossiers d'un même gérant de tutelle font l'objet bien sûr d'une même date de convocation. Il a été convenu que les magistrats du Tribunal d'instance de Montpellier apportent une aide au juge des tutelles en prenant un jour de convocation par mois. Nous convoquons le majeur protégé avec le représentant légal ou gérant de tutelle avec comme obligation de venir à cette convocation avec le certificat médical du médecin spécialiste. La convocation bien sûr est envoyée suffisamment tôt pour permettre à la personne protégée d'être reçue par le médecin. Dans le cas où le certificat médical précise que l'audition de la personne protégée n'est pas possible en raison de son état ou en raison de son impossibilité de se rendre au siège du Tribunal le juge entend seulement le représentant légal et convient avec lui d'une date d'audition extérieure s'il y a lieu.

En collaboration avec Madame le greffier en chef chargée de la vérification des comptes de gestion, nous profitons de la révision des dossiers pour faire des rappels des comptes de gestion en envoyant systématiquement un exemplaire d'un imprimé à remplir.

Ce sont avec les tuteurs ou les curateurs familiaux que Madame le greffier en chef rencontre le plus de difficultés quant à la remise et à la tenue correcte des comptes.

Une audience par mois sera réservée à ces dossiers révisés, cette audience bien sûr s'ajoutera à celle déjà existante.

Pour la révision des dossiers d'administration légale le greffe connaît de nombreux mécontentements de la part tant des personnes protégées que de la part des personnes chargées de la gestion de leur patrimoine.

Pourquoi cette obligation d'aller voir un médecin spécialiste avec les frais que cela engendre alors que l'état de la personne protégée ne s'est en général pas amélioré.

Pour la révision des dossiers où un gérant de tutelle est nommé l'incompréhension est moindre car le gérant de tutelle a pu expliquer la portée de la réforme.

Mon intervention est finie

Merci beaucoup.

*

* *

Monsieur le Docteur Marcel DANAN

Académie des Lettres et des Sciences de Montpellier

Loi du 05 mars 2007

Il aura fallu 184 ans pour passer du Code Pénal de 1810, avec son article 64 sur l'irresponsabilité des malades mentaux, au Code de 1994 avec l'article 122-1 sur les irresponsables. Il aura fallu 152 ans pour que la loi sur les aliénés de 1838 soit remplacée par celle de 1990 (hospitalisations sous contrainte). Il n'aura fallu que 39 ans pour que l'on passe de la loi de janvier 1968 à celle du 05 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Trois textes majeurs en 17 ans, sans parler de la loi du 04 03 2002 portant notamment sur les droits des malades. L'histoire s'accélère, à petits pas.

Une réforme était devenue indispensable en raison d'une part, des insuffisances et des imperfections de la loi du 3 Janvier 1968, qui pourtant était déjà un progrès et aussi, parce que la société évolue et que le nombre de personnes à protéger augmente de façon préoccupante.

UN PEU D'HISTOIRE

De tous temps les malades mentaux ont été surveillés et enfermés beaucoup plus pour protéger la société et leurs proches que pour les soigner .Il s'agissait aussi et surtout d'éviter qu'ils ne dilapident leur patrimoine.

Avant la loi de janvier 1968.

Les lettres de cachet. Elles étaient un mode d'enfermement des aliénés au XVIIIe siècle. Elles obéissaient à une procédure devant la Cour Principale de Première Instance de Paris. Le procès en interdiction nécessitait une requête au nom de la famille. Un magistrat devait convoquer les parents et les amis. Le suspect était ensuite interrogé. Une décision accordait ou rejetait la demande d'interdiction. Les requêtes faisaient état de troubles graves du comportement et insistaient sur le

risque de déshonneur et surtout de dilapidation des biens. La loi donnait alors l'autorité à quelqu'un pour veiller sur la personne et les biens du sujet.

On cite le cas du fils de l'encyclopédiste Holbach (1723-1789). Selon les documents conservés la Bibliothèque Nationale le père reprochait à son fils de se porter « à des actes de frénésie, d'intempérance, d'immodération et d'extravagance nuisibles à la conservation de sa fortune et à la tranquillité de sa famille ou sur son sort futur ». Le fils de ce philosophe dilapidait l'héritage reçu de sa mère ce qui faisait craindre qu'il contracte à l'insu de la famille « quelques engagements absorberaient sa fortune et peut-être au-delà ».

Le Code Civil. (Au XIX siècle et jusqu'à la moitié du XX siècle) .Il prévoyait l'incapacité résultant de d'altération des facultés intellectuelles et prévoyait trois situations juridiques : l'interdiction, le conseil judiciaire et l'internement comme statut d'incapacité.

L'interdiction. (Articles 489 à 512 du Code Civil). Elle résultait du jugement d'un tribunal civil après constatation de l'aliénation de la personne et prononçait sa mise en tutelle pour les soins de sa personne et de ses biens. Elle pouvait être ordonnée pour des malades libres ou internés.

L'interdiction pouvait être prononcée même quand le patient avait des intervalles lucides. Elle était demandée par la famille ou le procureur de la République. Le tribunal compétent était le tribunal de grande instance du domicile. La requête était transmise au procureur de la République accompagnée en général d'un certificat médical. Le tribunal après réunion d'un conseil de famille puis interrogatoire du malade désignait, s'il y avait lieu, l'administrateur provisoire. Une fois le jugement définitif il devait faire l'objet de la publicité légale. Le tuteur agissait à la place du malade. La tutelle était composée du conseil de famille, du tuteur et du subrogé tuteur qui avait un rôle de contrôle et de suppléance. Le tuteur accomplissait seul des actes d'administration et de conservation. Pour les actes de disposition il devait obtenir l'autorisation du conseil de famille et parfois du tribunal. L'interdit pouvait contracter mariage pendant un intervalle lucide avec le consentement du tuteur et du conseil de famille et sur avis du procureur mais il pouvait en demander la nullité six mois après la levée de l'interdiction

Le conseil judiciaire. (Article 449, 513, 514, 515 du Code Civil). Il s'agissait d'une personne nommée par le tribunal et qui plaçait le malade dans une demi-interdiction. Il concernait les prodigues, les faibles d'esprit surtout lorsqu'ils n'étaient pas internés. Le malade ne pouvait pas recevoir un capital mobilier ou hypothéquer ses biens sans l'assistance du Conseil. Par contre il pouvait se marier, reconnaître un enfant naturel, percevoir et disposer de ses revenus, faire son testament.

L'internement (prévu par la loi de 1838). Cette loi prévoyait l'internement d'un malade afin d'une part de le séparer de son milieu habituel en raison de ses réactions inadaptées et aussi pour le protéger et, d'autre part, dans le but de le préserver compte tenu de son inaptitude à assumer ses droits civils. Il s'agissait de le soustraire aux conséquences de ses actes irréfléchis tels que ventes, achats… La protection des biens était une raison majeure de l'application de la loi de 1838. D'après cette loi toute personne internée cessait de pouvoir administrer directement ses biens et était pourvue d'un administrateur provisoire (article 31). Il s'agissait d'un administrateur commun à tous les malades d'un même hôpital public. Bien entendu il s'agissait de personnes ayant un patrimoine modeste. L'administrateur provisoire ne pouvait faire que des actes conservatoires et aucun acte de disposition sauf la vente de mobilier et de valeurs jusqu'à concurrence d'une somme fixée par la loi. Pour les malades fortunés le tribunal pouvait nommer un administrateur provisoire judiciaire. Pour un malade en établissement privé le tribunal pouvait désigner un notaire spécialement mandaté chargé des inventaires, liquidations et partages de succession. Enfin le tribunal pouvait sur requête nommer un curateur à la personne chargé de veiller à ce que les revenus du patient soient employés pour son bien-être.

La personne internée n'était pas par ailleurs interdite : elle pouvait en principe, même si cela n'était pas facilement réalisable, exercer ses droits civils (vente, donation, mariage, testament) durant son hospitalisation ou une permission. Toutefois ses actes pouvaient être annulés pour présomption de troubles mentaux. Le malade interné ne perdait pas ses droits civiques ni ses droits d'association. Par contre il était représenté devant une juridiction par un mandataire *ad litem*. À noter que le divorce ou la séparation ne pouvait être prononcé en raison de troubles

mentaux. Par contre la dissimulation de troubles mentaux, considérée comme une injure grave, était une cause de divorce.

LES PERSONNES À PROTÉGER

Les sujets atteints d'insuffisances intellectuelles.

Les handicaps psychiques congénitaux ou acquis.

Il existe un grand nombre de pathologies conduisant à un déficit de l'intelligence et des facultés cognitives. Les causes n'ont pas varié même si pour certaines on connaît mieux les mécanismes génétiques : trisomie 21, par exemple. **Les accidents de la circulation** sont souvent à l'origine de traumatismes crâniens graves avec des séquelles lourdes transformant de façon catastrophique des sujets pleins d'avenir, en grands handicapés physiques et psychiques qui attirent des convoitises, surtout lorsqu'ils perçoivent de fortes indemnités financières.

Les états démentiels.

Ils atteignent un nombre croissant de personnes en raison de l'allongement de la durée de la vie. La maladie d'Alzheimer et les affections apparentées touchent des couches de plus en plus larges de la population. C'est parmi elles que se trouvent un grand nombre de personnes dites vulnérables. Les incidences familiales, sociales et économiques de ces pathologies constituent un problème majeur. Personne n'est à l'abri.

Les personnalités pathologiques.

Il s'agit d'une catégorie peu représentée au milieu du siècle dernier. On rencontre de plus en plus de sujets inadaptés socialement. Les *déséquilibrés psychiques* ont certes toujours existé, mais ils deviennent un véritable problème du fait de leur nombre qui augmente de façon inquiétante. Les sujets dits *« border line »* ou dans la terminologie française « état limite » encombrent les hôpitaux psychiatriques et les prisons. Comme les déséquilibrés psychiques ils ont tendance au passage à l'acte et aux conduites addictives. C'est dans ces populations que se trouvent la plupart des toxicomanes et des alcooliques. Parmi les addictions, le jeu pathologique conduit à la ruine. Il s'agit de sujets qui sont pratiquement toujours incapables de se gérer.

De plus ils contestent les mesures prises en leur faveur et en particulier les protections juridiques.

Bien entendu les malades psychotiques délirants et ceux présentant des troubles graves de l'humeur (psychose maniaco-dépressive dite aujourd'hui maladie bipolaire) ont besoin d'une protection qui peut être ponctuelle, mais le plus souvent définitive.

DE QUI FAUT LES PROTÉGER CES PERSONNES ?

Tout d'abord d'elles-mêmes.

Les sujets aux facultés intellectuelles légèrement atteintes ont des troubles du jugement qui les poussent à faire des dépenses inconsidérées soit par ignorance, soit pour parader et se valoriser aux yeux des autres. Il en est de même pour les personnes dont les facultés psychiques commencent à décliner et qui négligent leurs affaires au point de tomber dans le besoin.

Certains sujets isolés, après un veuvage par exemple, cherchent à se consoler ou à rompre leur solitude en distribuant leur argent parfois à des personnes à peine connues Ils clament : *« c'est mon argent, j'en fais ce que je veux ».* Il est parfois difficile d'établir s'il s'agit de personnes en état de faiblesse, donc vulnérables au sens de la loi ou si elles disposent pleinement de leurs facultés intellectuelles.

Les toxicomanes et alcooliques dont les ressources sont absorbées par l'achat de substances qui de plus détériorent leur état physique et aggravent leurs troubles du comportement.

Des autres

Si certains sujets tombent dans le besoin de leur fait, beaucoup sont exploités de toutes les manières. La pratique de l'expertise fait rencontrer des personnages qui auraient été dignes de figurer dans *La Comédie humaine*, lointains descendants du *Père Goriot* ou du *Cousin Pons*.

Dans la famille, et c'est le plus navrant, il arrive que parmi les enfants certains utilisent les ressources de leurs parents devenus malades et incapables de se gérer, à leurs fins personnelles. Il s'agit d'enfants qui opposent un barrage aux services sociaux, aux médecins et aux autres membres de leur famille.
Ils voient d'un mauvais œil les mesures de protection qui vont les priver d'un revenu. Dans certains cas on peut parler de ***frères ennemis*** ou de clans familiaux qui se livrent des batailles de toutes les façons, la moins agressive étant la voie juridique. Il est presque impossible de savoir quelles sont les torts respectifs, tant les passions sont exacerbées. Il arrive que des enfants s'intéressent brusquement à leurs parents qu'ils n'ont pas vus depuis des lustres. On les voit alors entrer en conflit avec un frère ou une soeur qui ont fait leur devoir. ***Les parents plus ou moins éloignés*** et, qui ne se sont jamais occupés d'une tante ou d'un oncle affaiblis par l'âge où la maladie se manifestent soudain pour protéger le magot dont ils craignent qu'il leur échappe. *« Vous verrez quand je serais morte que ces **charognards** vont se précipiter, pour récupérer l'héritage, mais ils vont avoir une belle surprise, je dépense tout mon argent »*, disait une vieille dame fort riche et aux facultés intellectuelles déclinantes, dont un parent lointain, a brusquement découvert l'existence. D'autres personnes s'étaient déjà servies très largement en particulier celles qui étaient censées lui donner leurs soins et assurer sa sécurité. Enfin il n'est pas exceptionnel que des enfants demandent le placement de leurs vieux parents sous tutelle ou curatelle de façon à ce que, réduits à la portion congrue, ils laissent le plus d'argent possible après leur décès. L'excès de protection peut avoir des **effets pervers !**

En dehors de la famille.

Les âmes charitables : il s'agit de personnes qui manifestent un attachement en apparence désintéressé à un vieillard isolé et sans aucune famille mais qui possède des biens parfois considérables. Cette personne âgée est entourée, visitée, promenée, parfois hébergée et même soignée avec dévouement. Il n'est pas contestable que se nouent des relations amicales et affectueuses ayant les apparences de la sincérité. On peut se demander si ce dévouement existerait à l'égard d'une personne nécessiteuse ! Toutefois la personne de plus en plus fragile risque d'être mal supportée surtout s'il faut veiller autour d'elle en permanence, ne serait-ce que pour éloigner les services sociaux. Il peut arriver que la charité se transforme en exaspération et parfois en maltraitance.

Les gouvernantes, les servantes et autres aides « dévouées », bénévoles ou non qui exploitent les personnes isolées et en état de faiblesse.

Les escrocs

Leur imagination et leur ruse sont sans limite. Avec eux, il ne s'agit pas de charité apparente mais d'utiliser leur force de persuasion pour se faire remettre des biens, des valeurs ou pour acheter des objets inutiles à des prix scandaleux. Dans un genre différent les escrocs au mariage ont toujours repéré les personnes fragiles, seules ou abandonnées, en quête d'affection. Le mariage est pour ces femmes, il s'agit presque toujours d'elles, la possibilité d'assurer leur avenir matériel quitte à accepter de satisfaire quelques besoins difficiles à assouvir dans un contexte habituel.

Les sectes

Les sectes, c'est bien connu, trouvent parmi les malades psychiques, des proies faciles pour les endoctrinements, l'isolement du milieu familial et social habituel, l'exploitation et aussi la captation de leurs biens. Les dérives sectaires sont nombreuses et difficiles à combattre pour diverses raisons : elles se cachent derrière des associations à prétention philosophique, religieuses, humanitaires et même de défense de l'individu et d'autre part jouissent de complicités et de protections en haut lieu. Les familles sont souvent démunies contre leurs agissements

Les médecins. Ils garderont toujours un rôle capital dans la protection des malades. Le Code de Déontologie Médicale, inscrit à présent dans la nouvelle partie législative du Code de la Santé Publique, rappelle les grands principes moraux universels que tout médecin digne de ce nom doit appliquer. Article R. 4127-2 : le médecin au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité.

Article R. 4127-4 : le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est le venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris.

Article R. 4127-9 : tout médecin qui se trouve en présence d'un malade en péril ou informé qu'un malade est en péril doit lui porter assistance.

Article R. 4127-28 : la délivrance d'un rapport tendancieux ou d'un certificat de complaisance est interdite.
Article R. 4127-44 : lorsqu'un médecin discerne qu'une personne auprès de laquelle il est appelé est victime de sévices ou de privations, il doit mettre en oeuvre les moyens les plus adéquats pour la protéger en faisant preuve de prudence et de circonspection.

Article R. 4127-51. Le médecin ne doit pas s'immiscer sans raisons professionnelles dans les affaires de famille ni dans la vie privée de ses patients.

Si ces articles sont clairs, leur application, comme chaque fois qu'il est question d'un débat éthique, peut être délicate. Le médecin doit faire preuve d'intelligence, d'intuition, ne pas porter hâtivement un jugement ou une appréciation sur l'état de détresse ou d'abandon d'un patient, sur les privations ou abus dont il peut être victime. La marge de manoeuvre est parfois étroite entre immixtion (interdite) et signalement. Le médecin traitant peut être accusé soit de négligence et de passivité devant une situation de détresse soit d'empressement à faire un signalement qui finalement ne s'avèrera pas justifié. Il sera donc tiraillé entre l'obligation de porter secours et le risque d'être accusé de dénonciations infondées. Rien ne pourra remplacer le rôle du médecin traitant qui est souvent le seul où le premier à discerner les troubles du jugement de son patient. Il pourra, pour préserver l'intérêt du malade, adresser un certificat médical au procureur de la République et demander une mise sous sauvegarde de justice ou une autre mesure de protection judiciaire. À partir de 2009 le médecin traitant ne pourra plus saisir directement le Juge des tutelles. C'est le procureur qui transmettra la demande au Juge. Le certificat médical constitue dans cette situation une dérogation au secret professionnel. Il est recommandé de l'adresser directement aux magistrats concernés.

La loi a maintenu *la liste de spécialistes* établie par le procureur de la République (Article 431 du Code Civil). Un certificat médical circonstancié (mais ne comportant pas nécessairement la description des symptômes) rédigé par un médecin de cette liste est indispensable pour qu'une requête en vue de l'ouverture d'une mesure de protection soit recevable quelle que soit l'autorité formulant la

demande (famille ou procureur). On ne sait pas qui sera ce médecin, psychiatre, neurologue, gérontologue probablement ou bien généraliste ou aussi médecin attaché à la Maison Départementale des Personnes Handicapées.

Le certificat doit exposer les constations cliniques et indiquer les conséquences éventuelles des pathologies sur la réalisation des actes de la vie civile.
Il précise si le patient peut être entendu sans que cela lui porte préjudice et indique les conditions de cette audition : juridiction ou lieu de vie.

La nouvelle loi a limité le rôle du médecin traitant ce qui est regrettable à l'heure où ce médecin devient le pivot du système de santé. Elle ne le fait plus intervenir lors de la demande en divorce du majeur en tutelle. Toutefois l'avis du médecin traitant peut être sollicité, Article 431-1 du Code Civil, (ce qui n'est donc plus obligatoire) par le médecin spécialiste de la liste lorsque ce dernier rédige son certificat. Cette consultation devrait intervenir le plus souvent pour la meilleure compréhension de la pathologie, la connaissance des antécédents et du contexte socio- familial. Ce médecin sera choisi par un tiers (membre de la famille, personne ayant pris en charge le majeur) ou le juge des tutelles.

A noter que ce certificat n'est pas une expertise. Il n'est pas contradictoire et la seule façon de s'y opposer est d'en faire réaliser un autre par un médecin de la liste.

La présence d'un tiers pendant l'examen est possible : parent, personne de confiance. Par contre la présence d'un avocat peut être refusée car il ne s'agit pas d'une expertise contradictoire.

Le certificat sera remis sous pli cacheté au tiers ou adressé au Juge ou à l'avocat. Un décret en Conseil d'Etat précisera le coût de ce certificat.

Pour l'instant la nouvelle loi ne dit pas quel est le médecin qui transmettra des informations concernant un majeur dont la mesure d'accompagnement social personnalisé aura échoué.

Le médecin de la liste interviendra aussi dans les circonstances suivantes :

- vente de la résidence principale. (Article 426 du Code Civil).
- dans le cadre du mandat de protection future, lorsque le mandant se trouvera dans une situation prévue initialement. (Article 481 du Code Civil). La demande

étant d'application immédiate aucun autre certificat pouvant contester le premier ne pourra être opposé.

- certificat pour prolonger la mesure après la date buttoir, lorsque aucune amélioration n'est à prévoir. (Article 442 du Code Civil).

Ces textes sont exposés alors que la loi n'est pas encore en application. Il est vraisemblable que des difficultés vont surgir. Pour s'en tenir simplement au rôle des médecins inscrits sur la liste du procureur intervenant ou non comme experts, on peut déjà envisager les situations suivantes :

A propos de la mesure d'accompagnement social personnalisé.

Il est prévu qu'elle remplace un grand nombre de curatelles. On voit à l'heure actuelle des personnes qui sans être atteintes de troubles psychiques caractérisés, ont du mal à gérer leur budget et se trouvent surendettées. Elles se présentent chez un médecin de la liste qui est bien embarrassé quand il ne trouve pas de symptômes psychiques. Ces sujets sont parfois déprimés en réaction à la situation. Bien souvent ils attendent du curateur un soulagement : ils n'auront plus à se débattre avec les banques, les créanciers …. Dans certains cas la demande de curatelle est abusive. La mesure d'accompagnement social personnalisé sera indiquée. Toutefois il existera des cas limites où il sera difficile de savoir si la détresse financière est liée à une psychopathologie ou à une mauvaise gestion, laquelle en général ne survient pas chez des personnes indemnes de tout troubles. On peut donc dès à présent prévoir qu'un grand nombre des mesures d'accompagnement social personnalisé échouera. Du reste le législateur a prévu l'accompagnement judiciaire en cas d'échec. Il est vraisemblable qu'un grand nombre de ces mesures d'accompagnement social personnalisé aboutiront à une curatelle après un parcours administratif puis judiciaire.

Réflexions d'ordre médical sur l'application de la loi.

A propos de la curatelle.

Les oisifs, prodigues et intempérants ne seront plus distingués des sujets présentant une altération des fonctions psychiques ou corporelles. Cela est exact dans la majorité des cas. La difficulté persistera pour discerner les prodigalités liées à un

affaiblissement intellectuel ou à une psychopathologie quelconque et celles qui traduisent un désir profond pour des raisons sentimentales ou humanitaires, de distribuer ses biens, même si le patrimoine dont pourront disposer le jour venu les héritiers risque d'être entamé. L'expertise psychiatrique devra se faire avec prudence, sans tenir compte de l'insistance de la famille.

Elle nécessitera une étude attentive des antécédents pathologiques, un examen psychiatrique minutieux avec évaluation des fonctions cognitives. En général des examens ont déjà été faits et il y a intérêt à en prendre connaissance avec bien entendu l'autorisation du sujet. On ne pourra pas demander des investigations complémentaires ce qui peut être regrettable mais pourrait être considéré comme une intrusion dans la vie privée. Un entretien avec le médecin généraliste, même si le patient l'autorise risque d'être considéré comme une tentative de transgression du secret professionnel. On peut cependant demander au sujet de produire un certificat médical rédigé par son médecin traitant et remis directement par ce dernier à son patient. En effet le secret médical n'est pas opposable au malade. La décision sera souvent difficile à prendre surtout s'il n'existe pas de signes de détérioration intellectuelle débutante ou de troubles du comportement pouvant être liés pathologie fruste. On se basera pour prendre une décision sur la disproportion entre les prodigalités et le bénéfice sentimental qui peut en être tiré. On tiendra compte aussi du contexte et de ce que l'on peut savoir de la personne susceptible de tirer bénéfice des prodigalités. En général les sujets « généreux » parlent et essaient de justifier leur prodigalité.

Autres difficultés de l'expertise.

Elles existent déjà et il est vraisemblable qu'elles vont persister. Il s'agit de difficultés d'ordre pratique: patients convoqués et qui se présentent pas, patients à voir à domicile et qui sont introuvables ou refusent d'ouvrir la porte, présence de tiers qui manifestent leur méfiance sinon leur hostilité à l'expert.

Même lorsqu'on les fait sortir de la pièce où a lieu l'examen on perçoit que le sujet est sous leur influence. Il arrive que l'on assiste à de véritables psychodrames pouvant aller jusqu'à des empoignades. C'est dire que les majeurs à protéger sont parfois bien entourés ! Certains experts inscrits sur la liste ont résolu le problème en refusant de se déplacer ce qui est tout à fait anormal dans la mesure où rien ne les a obligés à s'inscrire. Il est donc souhaitable que les médecins qui veulent figurer sur cette liste

acceptent toutes les missions, des plus faciles (mise sous tutelle d'un dément) aux plus délicates (cas limites dans lesquels on est en droit d'hésiter sur la mesure à prendre).

◈ - ◈ - ◈ - ◈ - ◈

LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE

.

TITRE VI

LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE

Maître Christian CAMPELS

Notaire honoraire

Directeur de l'institut des métiers du notariat de Montpellier.

Maître de conférences associé à l'Université d'Auvergne.

En début d'après-midi, la tâche est redoutable parce que beaucoup de choses ont déjà été dites sur le mandat de protection future. Je m'efforcerai d'éviter la répétition sachant qu'elle endort aussi les participants à la demi-journée. Donc j'ai un double motif de redouter cette intervention.

En tout cas nous allons parler d'un instrument qui est nouveau, qu'on ne connaissait pas du tout jusqu'à présent en droit français. C'est le mandat de protection future. J'ai retrouvé ce qu'en a dit le rapporteur général du 122è congrès des Notaires de France sur les personnes vulnérables qui s'est tenu à Strasbourg il y a quelques temps et voici ce qu'il a écrit dans la revue juridique « Droit et patrimoine » au mois d'avril 2008 : « *le mandat de protection future c'est une incitation formidable au droit volontaire. Le droit de la protection devient un droit tel que je le veux et tel que je l'écris, c'est sa force* ». Mais en contre point il ajoute : *« en même temps, il reste un mandat, ce qui n'en fait pas totalement une mesure volontaire de protection. C'est sa faiblesse* ».

Un outil nouveau, innovant, extraordinaire, un vecteur juridique qui sans doute n'est pas parfait. Le législateur n'a peut être pas tout à fait réglé la mécanique mais la pratique d'une façon ou d'une autre saura vaincre sans doute cette faille.

Comment ce mandat de protection future est-il reçu chez les juristes ?

Les qualificatifs dans la presse spécialisée ne manquent pas pour simplement saluer l'arrivée de cette nouvelle technique.

On lit entre autres ceci : « *innovation considérable, innovation importante, outil novateur, pierre angulaire de la réforme, mesure alternative de protection et on a même été jusqu'à dire c'est un pas de plus dans un grand mouvement de contractualisation du droit de la famille* ».

J'ai simplement envie d'ajouter qu'il s'agit d'un outil de protection et de projection dans l'avenir.

Il est sans doute difficile d'apercevoir pour quelqu'un qui écrit sur ce mandat ce que sera son avenir. Difficile aussi de voir ce que sera peut être la tâche du mandataire également. Il aura beaucoup de difficultés pour accomplir sa mission.

La tâche des juristes va être très rude et pour manipuler ici les clés de la réussite dans ce domaine il faudra sans doute beaucoup de réflexion, beaucoup d'audace, beaucoup de créativité. Il faudra aussi de la prudence dans l'établissement du contrat. Il faudra faire preuve de précision dans l'écrit. Et je crois qu'on ne pourra effectivement bien réussir dans la rédaction du mandat de protection future qu'après avoir longuement écouté celui qui veut écrire ce mandat. Il va falloir discerner ce qu'il veut exactement, quels sont ses désirs, etc.…parce que le sur mesure est tout à fait possible.

Le législateur a voulu que chacun puisse désigner à l'avance un tiers chargé de veiller sur ses intérêts, sur sa personne aussi pour le jour où la maladie nécessitera sa protection.

Le législateur a également voulu que les parents ayant à charge un enfant handicapé puissent organiser sa protection juridique à l'avance pour le jour précisément où eux-mêmes disparaîtront, où ils ne seront plus capables de s'occuper de lui. Je crois que là à ce niveau il y a demande récurrente.

L'outil juridique qui a été utilisé c'est le droit commun du mandat tel qu'il est régi par le Code Civil avec quelques modifications pour adapter nos vieilles règles sur le mandat.

La place est faite de manière importante, à la volonté de celui qui donne le mandat avec quelques limites dont je parlerai évidemment tout à l'heure.

Cet outil a le mérite d'exister. Tout ce que je vais dire ce sera sous réserve bien sûr, des précisions ou des modifications qui pourront être apportées par le ou les décrets à venir que nous n'avons pas encore aujourd'hui.

De toute manière il n'y a pas lieu de désespérer. On a de la chance d'avoir cet outil. Pour s'en convaincre il suffit de regarder ce qui se passe dans le contexte international. L'instrument existe sous des formes différentes ailleurs, et là où il a été adopté ça marche et ça marche même très bien.

L'exemple du Québec a été cité ce matin par Maître COMBRET. Il figure dans les rapports parlementaires. Lors de la discussion du projet de loi il a été dit que le succès est vraiment réel au Québec puisque, je lis, « 32% de la population y a déjà eu recours ». Un tiers de la population du Québec a rédigé un mandat de protection future !

Le droit positif reçoit l'instrument dans les articles 477 à 494 du Code Civil. Ces textes entrent en vigueur à partir du 1er janvier 2009 mais d'ores et déjà il est possible de rédiger un mandat de protection future. Il est même possible de le rédiger depuis très exactement le 7 mars 2008, date de publication de la loi au Journal Officiel. C'est expressément prévu dans les dispositions transitoires du texte qui sont à l'article 45 de la loi.

Si j'essaie de donner une définition, je vais dire qu'au moyen de ce mandat, toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut en charger une autre, de la représenter pour le cas où elle ne pourrait plus s'occuper de ses intérêts en raison d'une altération soit de ses facultés mentales soit de ses facultés corporelles empêchant l'expression de la volonté.
Je n'ai fait que relire la finalité inscrite dans les textes.
C'est l'article 477 du Code Civil qui renvoie expressément à l'article 425.
Pour exposer certes de manière superficielle peut être, en tous cas relativement succincte la technique elle-même, j'ai tout simplement divisé mon intervention en deux parties chronologiques.

D'abord nous allons voir dans un premier temps comment rédige-t-on un mandat de protection future et ce parcours terminé, nous verrons quel est le régime juridique du mandat de protection future.

Le régime juridique devrait commencer fort bien, précisément par une période de latence où le mandat ne servira à rien parce que, fort heureusement, le mandant garde ses facultés. On espère qu'il n'en aura jamais besoin mais après cette période il risque d'y en avoir une deuxième, ce sera celle de la mise en œuvre du mandat de protection future, celle du fonctionnement de ce mandat.

Nous, nous poserons les questions quand ? Comment ? Quels contrôles ?

Et puis, je reviendrai en quelques mots mais très rapides parce que cela a été dit en fin de matinée, sur la fin du mandat de protection future.

PREMIERE PARTIE

LA REDACTION DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE

Comment va-t-on procéder ?

Le législateur n'a pas compliqué les choses. Il nous propose deux sortes de mandats : un mandat pour soi-même ou une deuxième formule, un mandat de protection future pour son enfant.

D'abord les conditions d'établissement de ces deux mandats, ensuite le contenu. Que va-t-on mettre dans le contrat ? Parmi les conditions d'établissement, il y a forcement des conditions de forme et de fond.

A - CONDITIONS D'ETABLISSEMENT

Le principe est très simple. La liberté domine et on va être obligé d'écouter longuement celui qui veut faire le mandat pour bien comprendre et cerner ce qu'il veut faire et, au besoin, pour rectifier aussi ce qu'il demanderait éventuellement

d'impossible. Il y a tout un travail, très en amont, et je crois que c'est là que tout va se jouer.

1 - La liberté domine. Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Nous verrons le régime juridique de chacune de ces formes.

Il y a des règles différentes, il faut préciser que le principe que je viens d'énoncer s'applique au mandat pour soi-même. Donc on a le choix de la forme, notariée ou sous seing privé. Le mandat pour autrui en revanche ne peut être conclu que par acte notarié. Le mandat sous seing privé est daté et signé de la main du mandant.

La forme de l'article 492 est à respecter de manière très scrupuleuse.

De surcroît le mandat sous seing privé est soit contresigné par un avocat soit établi selon le modèle fixé par le décret du 30 novembre 2007 qui a été complété par un arrêté du Ministre de la Justice. Ces documents, vous les avez précisément dans la chemise qui a été remise à chacun des participants ce matin. C'est nouveau dans la formulation. Le législateur fournit un modèle de sous seing privé avec son mode d'emploi. On n'a pas dû rencontrer très souvent ce genre d'approche.

Bien entendu le mandataire doit, dans les mêmes formes, accepter le mandat. Le mieux c'est qu'il accepte dans le mandat lui-même. S'il le fait par acte séparé, la forme de l'acte devra être respectée. C'est ce qu'on appelle le parallélisme des formes.

2 - Les conditions de fond concernent tant le mandant que le mandataire. Elles s'appliquent aux deux sortes de mandat qu'il soit sous seing privé ou notarié. Ensuite il y a quelques règles de fond spécifiques au mandat donné pour autrui.

Première condition : le mandant doit être majeur ou mineur émancipé. Il ne doit pas faire l'objet d'une mesure de tutelle et il faut savoir que celui qui se trouve placé sous curatelle doit être assisté, c'est bien naturel, de son curateur.

Deuxième condition : le mandant peut choisir toute personne physique ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Cette liste n'est pas encore au point bien entendu puisque tout un projet de formation est prévu dans les textes.

Plusieurs mandataires peuvent être désignés. Il va de soi que le mandataire, personne physique doit jouir de la capacité civile, de sa capacité juridique. Certaines personnes sont exclues. Sont exclus les mineurs non émancipés. Sont exclus les majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique. Sont exclues les personnes à qui l'autorité parentale aurait été retirée. Sont exclues les personnes qui ne peuvent exercer la tutelle en vertu d'une interdiction des droits civils, civiques et de famille.
Sont exclues les personnes visées à l'article 445 du Code Civil. Il s'agit des membres des professions médicales, des pharmaciens, des auxiliaires médicaux et je pense aussi qu'il faut exclure le Notaire rédacteur de l'acte de mandat ainsi que les clercs et employés de son étude.

Le mandat donné pour autrui l'est par les parents ou par le dernier vivant des père et mère. L'enfant mineur dans le cadre du mandat donné pour autrui doit être soumis à l'autorité parentale du mandant et quand au majeur la loi nous dit que le mandant doit en assumer la charge matérielle et affective.
Voilà pour les conditions de fond.

B - LE CONTENU DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE.

Que va-t-on y mettre ?

D'abord combien de mandataires ? Peut-on mettre un seul mandataire ou plusieurs ?

1 - La loi répond très précisément : il est possible de nommer une ou plusieurs personnes. C'est l'article 477 qui le dit : personnes physiques comme je l'expliquais tout à l'heure ou personnes morales inscrites sur la liste des mandataires judiciaires. Le conseil que l'on peut donner c'est effectivement d'en nommer plusieurs mais attention, en précisant les pouvoirs de chacun parce que si on nomme une collégialité on risque ensuite d'avoir des problèmes pour dégager une solution.
On peut très bien prévoir des mandataires successifs pour parer à tout empêchement. Il faut l'envisager, je crois. L'erreur serait sans doute de nommer un seul mandataire, c'est un risque ensuite d'inefficience du mandat.

On pourrait peut-être partager les tâches entre les mandataires et l'on pense tout naturellement au patrimoine où il y aurait des biens de nature différente à gérer, des

biens très spécifiques qui exigent des compétences particulières comme une entreprise par exemple, un fonds de commerce tout simplement. Dans un souci d'efficacité, ne pourrait-on pas nommer quelqu'un qui aurait pour tache de s'occuper de ces questions là et une autre pour s'occuper de tout ce qui est beaucoup plus simple. Pour nous, tout est absolument possible ici.

Le mandant peut nommer un avocat, un notaire, un mandataire judiciaire, un expert-comptable, etc. Il doit éviter de nommer comme mandataire le notaire rédacteur de l'acte. Cette précaution s'impose.

Le mandat devra être exécuté personnellement par le mandataire. La loi prévoit simplement qu'il peut se substituer un tiers pour des actes de gestion du patrimoine à titre spécial. C'est l'article 482 du Code Civil qui envisage cette petite hypothèse là.

Le mandant devrait mettre en place un moyen de contrôler l'exécution du mandat.

La loi le prévoit dans l'article 479 et là, le conseil doit également aller dans ce sens me semble-t-il. La confiance n'exclut jamais le contrôle.

2 - Le mandataire peut-il être rémunéré ?

La loi prévoit que la fonction s'exerce à titre gratuit sauf stipulations contraires. C'est l'article 419 dernier alinéa du Code Civil qui apporte la précision.

3 - Certains se posent la question de la durée du mandat. Pour quelle durée va-t-on donner ce mandat ?

C'est forcement un mandat à durée indéterminée. Comment aurait-on imaginé qu'un mandant fixe une durée ? Ce n'est pas possible de prévoir quoi que ce soit à ce niveau là.
Si problème il devait y avoir, la révocation judiciaire, cela a été dit ce matin, reste toujours envisageable. Elle reste possible dans les termes de l'article 483 du Code Civil. La révocation peut être prononcée par le juge des tutelles « à la demande de tout intéressé, lorsqu'il s'avère que les conditions prévues par l'article 425 ne sont pas réunies, lorsque les règles du droit commun de la représentation ou celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux

apparaissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne par le conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé ou lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant ».

La loi prévoit aussi que le juge peut suspendre les effets du mandant pour le temps d'une mesure de sauvegarde de justice.

Donc sur la durée pas de soucis. La durée indéterminée ne peut pas être gênante.

4 - Quels sont les pouvoirs qu'il est possible de conférer au mandataire ? Que va pouvoir faire le mandataire le jour où le mandat va s'exécuter ?

Le mandat peut porter aussi bien sur le patrimoine du mandant que sur sa personne. Je ferai des réserves tout à l'heure sur la personne qui ont déjà été faites aussi en fin de matinée et elles sont, bien entendu, parfaitement exactes.

Le mandat peut être limité à l'un de ces aspects. Pas d'obligation de tout mettre.

Alors justement, voyons ces mesures. Commençons par les mesures patrimoniales parce que a priori ce sont celles là qui vont sans doute être demandées par ceux qui voudront rédiger un mandat de protection future.

Il y a une distinction entre les deux sortes de mandat à faire et les règles sont très différentes. Le mandat notarié nous dit l'article 490, même s'il est conçu en termes généraux, « inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation ». C'est très dérogatoire au droit commun du mandat.

Ce mandat permet d'accomplir tous les actes patrimoniaux d'administration, de gestion, de disposition si on a envie de les accomplir. Mais sur ce point précis il va falloir tenir compte des intentions du mandant exprimées au moment de la rédaction. Il a pu vouloir limiter le champ d'activité du mandataire. Il a pu vouloir limiter les pouvoirs conférés. C'est là que l'on peut bâtir du sur mesure. Au niveau des actes de disposition, il faut sérieusement réfléchir lors de l'établissement du mandat. Rappelons que le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles. Ce qui ma foi, se comprend très bien. Cette réserve légale me semble tout à fait opportune.

Si, au contraire, nous avons mis en place un mandat sous seing privé, il est limité à la gestion du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation, Pour tout autre acte, pour conclure un acte de disposition quelconque, il faudra solliciter l'accord du juge des tutelles.

Le rédacteur d'une manière générale, devra, sur la rédaction du contenu se montrer très méticuleux pour coller à la volonté de l'auteur. Il est essentiel, dans ce système de protection, d'anticiper pour éviter autant que possible les problèmes d'interprétation.

J'ai dit tout à l'heure que le mandat peut contenir outre les aspects patrimoniaux, des mesures de protection de la personne Il est prévu que le mandat peut porter sur la personne du mandant mais dans ce domaine les choses sont très limitées. C'est ainsi qu'il n'est pas possible de déroger aux droits fondamentaux de la personne dont il est question dans les articles 457-1 à 459-2 du Code Civil sur lesquels l'intervenante de la fin de la matinée a beaucoup insisté avec juste raison.

C'est la personne protégée qui choisit le lieu de sa résidence, elle décide de ses relations personnelles avec toutes personnes parentes ou non-parentes.

L'article 458 du Code Civil est ici extrêmement important.

Il a été lu ce matin mais je crois qu'il est tellement important qu'on peut en redire un mot. Il y a des actes qu'on ne peut pas faire à la place de la personne comme notamment la reconnaissance d'un enfant. Sont réputés strictement personnels, donc pour ceux-là pas de mandat, la déclaration de naissance d'un enfant, la reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement de nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. Sur ces questions, on ne change rien.
Donc en un mot, la personne mandante prend seule les décisions relatives à sa personne si son état le permet dit la loi. Si son état ne le permet pas, bien entendu on se tournera vers les solutions classiques. Le mandant peut aussi, c'est important et nouveau, donner des directives de fin de vie, dans les conditions du Code de la Santé Publique.

Voilà pour le contenu du contrat.

DEUXIEME PARTIE

LE REGIME JURIDIQUE

Deux périodes à examiner une fois ce mandat mis en place. Deux périodes successives.

A - UNE PREMIERE PERIODE QUI SUIT LA REDACTION DE CET ACTE, C'EST TOUT SIMPLEMENT UNE PERIODE DE NONMISE A EXECUTION :

Le mandat est inutilisable. Il existe et il ne doit pas être utilisé tant que les conditions de son entrée en vigueur ne sont pas réunies.

Le mandant peut bien entendu, le modifier. Il peut même le révoquer. S'il le modifie ou s'il le révoque, il ne doit pas oublier de notifier cela au mandataire, également au notaire rédacteur du mandat. L'article 489 en fait une obligation. Le mandataire pourrait aussi de son côté, y renoncer avec notification tant au mandant qu'au notaire.

On espère que cette période va durer énormément de temps et que le mandat ne sortira pas à effet. Cependant il est construit pour éventuellement entrer en vigueur.

B - QUELLES SONT LES CONDITIONS DE CETTE ENTREE EN VIGUEUR ?

Des conditions de fond et de forme doivent être respectées.

Le mandat pour soi-même : les conditions de fond sont inscrites dans l'article 481, le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts ; c'est la règle.

Le mandat pour autrui : la condition est posée par l'article 477 alinéa 3, « *le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé* ».

Conditions de forme : Madame la Greffière nous en a parlé. Deux formalités essentielles dans l'article 481 qui règle cette question. Il va falloir présenter des pièces au greffier et je ne reviendrai pas sur les vérifications qu'il fait

La loi prévoit « *le mandataire produit au greffe du tribunal d'Instance le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin* » inscrit sur la liste du Procureur de la République. Ce certificat établit que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425.

Le greffier vise le mandat, date sa prise d'effet puis le restitue au mandataire après avoir fait les vérifications dont on vous a parlé.

En cas de mandat pour autrui, la loi n'a pas prévu d'information auprès de l'enfant protégé.

Ce qu'il faut noter, c'est qu'il n'y a pas de publicité prévue de la prise d'effet du mandant. Il n'y a pas de publicité parce que le législateur a considéré que c'est un système de représentation. Système de représentation sur un plan purement théorique : la capacité du mandant reste entière. Le juriste demande à voir parce que si la personne ne plus pourvoir à ses intérêts, peut-on démontrer que la capacité reste entière ? On peut avoir quelques doutes là dessus mais en tout cas la loi n'en dit pas davantage. De toute façon l'exécution du mandat prévaut sur les mesures traditionnelles d'incapacité.

C - QUELLES SONT LES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE DES LA PRISE D'EFFET DU MANDAT ?

Supposons que les conditions sont remplies, le formalisme prévu par la loi est respecté, que va devoir faire le mandataire ?

Il doit dresser un état du patrimoine et établir pour cela un inventaire le plus rapidement possible.

La loi parle d'un inventaire à bref délai.
Le bref délai, il y a eu de la jurisprudence pendant des années dans le domaine des garanties dans le droit de la vente. Il faut savoir ce qu'est un bref délai ; je crois que la solution de sagesse c'est de faire l'inventaire vraiment très rapidement, le plus rapidement possible pour éviter, tout le monde le conçoit bien, des disparitions dues à l'entourage peut être. Vous avez beaucoup parlé de l'entourage ce matin de la personne. On ne sait jamais !

Le mandataire devra établir ensuite pour chaque année les comptes de gestion. La loi le prévoit. L'inventaire je ne l'ai pas dit mais il va de soi qu'il faut le tenir régulièrement à jour. On fait la photo au départ et puis cette photo on la fait vivre, on l'actualise.

Dans le cas du mandat notarié, les comptes doivent être adressés au notaire avec les pièces justificatives. Et si le notaire relève une opération anormale, il devra le signaler au juge des tutelles.

Donc la règle ici c'est que notre mandataire va tenir une comptabilité extrêmement précise bien sur. Il va conserver des archives avec toutes les pièces justificatives des mouvements de fond. Il n'est pas concevable de faire autrement.

De toute façon les textes sont très précis à cet égard et le mandataire doit exécuter le mandat à titre personnel.

Ce mandat de protection future, s'il n'est pas un acte solennel est quand même un contrat intuitu personae.

La personne protégée n'est pas juridiquement dessaisie de ses droits puisque c'est un mandat de représentation. Elle peut continuer d'accomplir les actes qui ne sont pas inclus dans le mandat, sous réserve qu'elle en ait quand même la capacité. Méfiance compte tenu notamment des dispositions de l'article 488 du code civil. Elle n'est pas dessaisie automatiquement de ses droits mais encore faut-il qu'elle soit dans les dispositions d'esprit voulues pour pouvoir conclure valablement ces actes. Cette règle générale a toujours existé et elle n'a pas été revue par le législateur. Il faut en résumé, faire particulièrement attention aux dispositions de l'article 488 du Code Civil qui sont protectrices du consentement.
Je vous en donne lecture : « Les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1.

Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance, la consistance du patrimoine de la personne protégée et la

bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté. L'action n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 1304 du Code Civil ».

D - LA FIN DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE

Cette question est régie par l'article 483 du Code Civil. Le décès de l'une des parties va y mettre fin sauf le décès du mandant.

Dans le cadre du mandat pour autrui ça va de soi, le mandat de protection future finit s'il y a placement sous mesure de protection judiciaire, à moins que le juge ne maintienne le mandat, dans le cadre de la sauvegarde de justice.

Nous avons vu que cela est tout à fait possible ce matin. Le mandat va finir si jamais les facultés de l'intéressé reviennent mais vous nous avez dit que c'est fortement improbable. Mais la loi le prévoit, on ne sait jamais.

Et la révocation judiciaire est possible dans les conditions et selon la formule de l'article 483-4 du Code Civil. La révocation peut être prononcée, le cas échéant, par le juge, s'il se produit quelque chose d'anormal va-t-on dire.

Après avoir essayé de tracer la vie du mandat de protection future, que vais-je dire en conclusion ?

Les rédacteurs n'ont plus qu'à manier leur plume pour affûter la technique juridique. C'est une tâche qui va consister à créer du droit. Elle est passionnante mais j'ai le sentiment que le droit naturel du mandat de protection futur reste à découvrir avec le précieux concours de tous les usagers.

Je terminerai par là où j'ai commencé.

Aussi bien ai-je plaisir à citer Philippe POTENTIER, le talentueux rapporteur général sur la vulnérabilité des personnes à Strasbourg qui a dit : « *ce droit qu'il faut mettre en place c'est tellement nouveau que c'est un droit à façon, c'est un droit cousu main* ».

*

* *

LE NOUVEAU METIER DE

MANDATAIRE JUDICIAIRE

A LA PROTECTION DES MAJEURS

TITRE VII

LE NOUVEAU METIER DE MANDATAIRE JUDICIAIRE A LA PROTECTION DES MAJEURS

Madame Dominique CAILHOL

Gérante de tutelle hospitalière au CHU de la Colombière.

LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS

PROFESSIONNALISATION DU MJPM

MJPM = Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs

On a beaucoup parlé du majeur protégé et c'est normal car c'est lui qui nous préoccupe.

Je voudrais maintenant que l'on passe de l'autre côté du miroir et que l'on parle du mandataire judiciaire à la protection des majeurs qui l'accompagne pendant une période plus ou moins longue.

INTRODUCTION

Afin de comprendre les missions et les valeurs de cette nouvelle profession de MJPM, faisons tout d'abord un retour en arrière.

Dans l'antiquité, la protection des individus vulnérables existait déjà.

Elle prenait la forme soit:

d'un régime d'interdiction et dans ce cas la personne était totalement privée de ses droits

d'un régime d'incapacité et la personne était alors « empêchée » de les exercer. Elle était donc représentée par un tiers (cas des enfants et des femmes jusqu'à une époque récente)

Aujourd'hui et jusqu'au 31.12.2008 nous sommes toujours dans un régime d'incapacité mais la Loi du 05 mars 2007 va y mettre un terme.

Au 01.01.2009, par application de la loi du 5.03.2007 nous entrons non seulement dans un **véritable régime de protection** (disparition du terme «incapable majeur» remplacé par « majeur protégé ») mais aussi, parce que celle-ci va plus loin, le tiers chargé de cette mission va être soumis à des règles d'exercice bien précises.

Transition

Précision faite qu'il s'agit ici des tiers extérieur à la famille. En effet, les membres de la famille ou assimilé chargés de la protection d'un proche resteront en dehors du champ de la majeure partie des obligations faites aux professionnels.

Afin d'examiner la nouvelle réglementation s'appliquant aux tiers, je vous propose d'observer en premier lieu l'exercice de l'intervenant tutélaire tel qu'il s'applique aujourd'hui pour aborder ensuite celui de demain en application de la Loi du 05 mars 2007.

I - L'INTERVENTION TUTELAIRE jusqu'au 31.12.2008 / 31.12.2010

(2 ans de mesures transitoires)

A - Une image brouillée

B - Un rôle imprécis

C - Des conditions d'exercice différentes selon les acteurs

A – UNE IMAGE BROUILLEE

Une multiplicité d'appellations:

-administrateur de biens
-administrateur légal
-administrateur spécial
-tuteur
-curateur
-subrogé tuteur
-subrogé curateur
-mandataire spécial
-gérant de tutelle
-tuteur aux prestations sociales
-tuteur d'Etat
-curateur d'Etat

Donc un repérage difficile

Difficultés de repérage pour les protégés, les familles, les partenaires extérieurs, les institutions.....

Non-application des directives données par cet intervenant tutélaire qui est non « situé » par les partenaires extérieurs (banques, services fiscaux, gestionnaires de location.....)

Pas d'identification de l'intervenant, ni de la profession, c'est un constat.

L'image de l'intervenant tutélaire n'est donc pas uniforme. De plus, la lisibilité de son action n'est pas cohérente.

B - UN ROLE IMPRECIS

Qu'est-ce qui concoure à cette perception?

-(Distinction sommaire : Mesure Civile/ mesure d'Etat)

La Loi de 1968 donne peu d'information sur la prise en charge à réaliser pour le protégé. Tout au plus fait-elle la distinction entre mesure civile (gestion patrimoniale) et mesure d'Etat (gestion de la personne).

Il faudra attendre l'arrêt de la cour de cassation de1989 pour que la gestion des droits personnels s'adjoigne à la gestion patrimoniale, de fait pour toutes les mesures et tous les intervenants.

- (La suprématie de la gestion Patrimoniale)
Le maintien de cette différenciation entre mesures civiles et mesures d'Etat continue à entretenir le doute et bon nombre d'intervenants, de bonne foi, ont continué à défendre le principe d'une gestion patrimoniale exclusive en mesure civile en excluant la mission de défense des droits personnels.

Il en est de même pour les **procédures** à utiliser dans l'une ou l'autre formule, ce qui concoure au «brouillage»vis à vis des partenaires extérieurs, même au niveau des professionnels du droit et de la santé....

C- DES CONDITIONS D'EXERCICE DIFFERENTES SELON LES ACTEURS

Toutefois quelques éléments communs avant les différences.

RAPPEL de ce qui est commun

- Pas de diplôme requis

- Simple inscription sur une liste établie par le procureur après étude d'une demande motivée et après avoir satisfait dans le meilleur des cas à une enquête.

- Pas de sanction en cas de comportement indélicat quant à l'exercice de cette mission de protection.

En ce qui concerne les sanctions à appliquer à l'intervenant tutélaire, en cas de manquement, elles peuvent bien évidemment prendre une forme pénale ou civile mais n'interdisent pas l'exercice des missions de tuteur ou curateur. Exemple si un intervenant est rayé par le Procureur de la liste d'un département rien ne s'oppose à ce qu'il exerce dans le département voisin.....

A ce jour quelles sont les différences?

En milieu associatif:

Il s'agit d'intervenants essentiellement formés en travail social

(assistants sociaux, éducateurs spécialisés, conseillers en économie sociale et familiale.....)

L'association - employeur demande alors son inscription sur la liste établie par le Procureur de la République.

En milieu public hospitalier:

Les textes en la matière commandent aux directeurs d'établissements de

« désigner la personne la plus compétente pour remplir cette mission (à l'exception des directeurs)».

La plus part du temps l'agent nommé a suivi un cursus de formation juridique, plus rarement un cursus social ou de soins. Il a souvent déjà satisfait à plusieurs concours sur épreuves qui l'ont positionné sur un emploi de cadre A ou B.

Le directeur demande l'inscription de son préposé désigné sur la liste établie par le Procureur de la République auprès des services du Parquet

En milieu libéral ou privé:

Les règles sont définies par le Procureur de la République qui décide d' inscrire la personne sur une liste d'intervenants agrées après examen d'un certain nombre de paramètres. Il s'agit le plus souvent de personnes ayant terminé leur carrière professionnelle et qui souhaitent mettre leur expérience au service des plus vulnérables. Ces intervenants peuvent être issus du secteur immobilier ou financier (gestion patrimoniale), de la justice ou auxiliaires de justice(greffiers, juge de proximité, huissier), de la police, de la gendarmerie, voire même de professions spécifiques (vétérinaire, artisan peintre ...)

On peut donc légitimement penser que selon le profil de l'intervenant qu'il soit public, associatif ou privé, le«ressenti» par le protégé, sa famille ou la société civile ne sera pas le même et que l'image de ce fait sera différente comme « multifacettes ».

La Loi du 05 Mars 2007 apporte des réponses sur ces sujets, je vous propose de les examiner maintenant.

Un des principaux apports de la Loi du 05 Mars 2007: Le nouvel intervenant tutélaire ou M.J.P.M (Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs)

II - LE MJPM SELON LA LOI DE MARS 2007

A - VERS UNE IMAGE ÉCLAIRCIE

Désormais une **seule appellation** est définie pour l'ensemble des intervenants à la protection : M J P M. Ses missions seront précisées dans l'ordonnance ou le jugement édicté par le juge des tutelle, mais l'intervenant désigné sera toujours un " mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM) chargé d'une mesure de....."

Quelles sont les mesures confiées au MJPM ?

Ce MJPM pourra être désigné pour :

des mesures de sauvegarde de justice avec mandat spécial
des mesures de curatelle
des mesures de tutelle
des mesures d'accompagnement judiciaire (MAJ)
des mandats de protection future (MPF)

au sein des conseils de famille comme subrogé tuteur ou curateur, avec la possible mission de surveillance autrefois dévolue au juge des tutelle

A contrario, le MJPM ne sera pas désigné pour:

Des Mesures d'Accompagnement Social Personnalisées (MASP), cette nouvelle mesure prévue par la Loi relève de l'organisation par le Conseil Général ainsi que vous l'a exposé Monsieur GERMAIN – GERAUD ce matin.

B - VERS UN ROLE ÉCLAIRÉ

Le MJPM - Auxiliaire de justice

Comme nous l'avons vu précédemment, depuis 1968, l'intervenant tutélaire a pu être «vécu»:

comme un acteur social,
comme un acteur du monde juridique,
comme un acteur du monde administratif
ou même quelque fois comme un acteur du soin et de ses prolongements.

Avec la Loi de 2007 le MJPM même s'il garde ces rôles effectifs et réels, devient un véritable **auxiliaire de justice.**

En effet, c'est un mandat judiciaire qui lui est confié et à ce titre il devra rendre des comptes au juge des tutelle de son exercice (par le biais de compte-rendu tutélaire, budget prévisionnel du protégé , demandes d'autorisations diverses....) Certes, une partie de ces obligations étaient déjà partiellement en vigueur. La nouvelle loi les précise et les amplifie.

Par ailleurs, et je l'aborderai plus loin la prestation de serment que le MJPM effectuera va concourir à renforcer ce positionnement d'auxiliaire de justice.

L'affirmation du rôle extra patrimonial

Un changement va s'opérer du domaine patrimonial vers le domaine extra-patrimonial. Le MJPM sera le protecteur de la personne

En effet la loi du 05 mars 2007 consacre la défense des droits fondamentaux et le respect des libertés individuelles des personnes vulnérables protégées (application des recommandations européennes – principe de subsidiarité, de nécessité, proportionnalité je n'y reviens pas)

L'exercice de cette mission devenant prépondérante elle relèguera au second plan la gestion patrimoniale, certes importante, mais amoindrie par la Loi comme suit:

- le MJPM ne pourra modifier les comptes de la personne,
- le juge pourra déterminer le montant des excédents à remettre aux protégés
- le juge des tutelle arrêtera le budget de la personne protégée, sur proposition du MJPM.....

Par contre, le MJPM devra veiller à l'application de toute une série de droits personnels tels que:

- la protection du logement et le choix du lieu de vie,
- le droit aux soins et au refus de soins,
- le droit à la vie privée,
- le droit à l'information,
- le droit de se marier,
- le respect du au corps,
- le droit d'être défendu en justice,
- le droit à un procès équitable,
- le droit électoral.....

Les différents régimes de protection s'estompent devant la protection de la personne: ainsi on pourra dire que «la tutelle à la personne s'exprime comme une curatelle à la personne»,le majeur protégé est en capacité de faire des choix en matière personnelle.

La loi concourt également à l'exercice d'une «bientraitance», que le MJPM devra surveiller et faire appliquer pour son protégé:

- Dignité des conditions d'existences
- La fréquentation libre des personnes de son choix
- La présomption d'innocence....

"**Les droits de la personne protégée ne s'arrête pas là où commence la protection"**

En outre l'action du MJPM s'inscrit dans un ensemble réglementaire important qui a évolué ces dernières années :

- Les lois de 2002 sur la modernisation des institutions sociales et sur le droit des malades
- La réforme du code pénal loi du 05/03/2007 (le même jour)
- Les lois de 2005 Réforme importante du droit des personnes handicapées

On peut donc constater un glissement du rôle de gestionnaire vers celui de protecteur des droits.

C - VERS L'EMERGENCE D'UN STATUT COMMUN A TOUS LES MJPM

Restons modeste pour le moment mais on s'achemine vers une structuration de la profession.

Conditions d'exercice:

Le MJPM pour pouvoir exercer son métier sera soumis à des conditions:

d'âge: 21 ans minimum (MAJ) ou 25 ans (MJPM)

de moralité: une enquête sera réalisée par les services de police ou de gendarmerie.

d'exercice: ne pas être lui-même sous mesure de protection, jouir de ses droits civiques de formation: Le certificat d'aptitude aux fonctions de tuteur et curateur sera exigé.

Il prendra sans doute un autre nom (certificat d'aptitude aux fonctions de MJPM).Le CNC sera transformé au profit de ce nouveau diplôme, après complément de formation.

Ce diplôme peut être obtenu aujourd'hui par les intervenants en exercice ou désirant le devenir, sans conditions de formation de base ou de diplôme d'études supérieures, jusqu'au 31.12.2010. Au delà, des pré-requis seront exigés en formation juridique, patrimoniale ou sociale (diplôme de niveau III).

Le MJPM devra être **inscrit sur une liste établie par le Préfet**, chargé de contrôler les conditions énoncées ci-dessus et devra **prêter serment** devant le T G I.

J'ajoute que cette inscription sera sollicitée directement par candidatures des intéressés libéraux et associatifs mais fera l'objet d'une déclaration par les directeurs d'établissements hospitaliers qui ont l'obligation de désigner un ou plusieurs préposés et qui devront indiquer les conditions dans lesquelles cette mission sera exercée par leurs mandataires (j 'évoque ici la garantie d'exercice indépendant, le nombre de mesures traitées, l'organisation du service... sachant que des sanctions à l'encontre de ces directeurs sont prévues par décret en cas d'inapplication notamment de la garantie d'indépendance 472-6)

En cas de manquement dans son exercice, le mandataire pourra être radié de cette liste et sera inscrit sur une liste nationale «d'inaptitude à remplir les fonctions de MJPM».

Un contrôle renforcé dans son action:

- au niveau des actes (ordonnances d'autorisation plus nombreuses - documents à remettre aux majeurs le DIPM, la charte de la personne protégée, le budget et les comptes....)

- au niveau des comptes (remise des comptes au juge, mais aussi aux familles, aux protégés, voire aux héritiers pour les 5 derniers années.)

Enfin, un régime de responsabilité applicable au MJPM :

en matière civile: en cas de pertes de droits de la personne protégée par la faute du mandataire(par négligence ou par méconnaissance d'un droit par ex ou en raison de délais de forclusion (non respect des délais de déclaration de sinistre ou de délais d'appel)

en matière pénale: pour les droits relatifs à la sphère de dignité de la personne (secret professionnel, abus d'autorité contre les particuliers - secret des correspondances, inviolabilité du domicile - mise en danger de la personne non assistance à personne en péril, notion d'immédiateté d'agir et enfin le délaissement - art 223-4)

Ces éléments nous autorisent à penser que les bases d'une professionnalisation sont définies.

Au vue de tous ces éléments, il apparaît une volonté certaine **de la part des parlementaires** de revoir les conditions d'exercice de cette profession.

Toutefois, tous les éléments ne sont pas réunis pour parler de véritable professionnalisation. En effet, reste en discussion les éléments de **financement** qui sont encore discriminatoires d'un acteur à l'autre:

- Aujourd'hui seuls le sort des acteurs associatifs est scellé avec un financement différentiel, à partir du budget de l'Etat outre celui des majeurs protégés à partir de leurs ressources.

- Celui des privés/libéraux et celui des mandataires publics reste très incertain et ne sera pas financé par l'état, mais peut-être par la sécurité sociale, la CAF,.....

Si ce problème ne recevait pas de solutions, l'article 419 de la loi serait enfreint et équivaudrait à une disparités de moyens, sans doute préjudiciable aux protégés à qui l'on doit une égalité de traitement sur l'ensemble du territoire.

Je n'aborderai pas ici les problèmes de statuts.

CONCLUSION

La protection des majeurs reste un devoir de la collectivité nationale, la loi de 2007 en pose bien le principe. Gageons qu'avec le nouveau professionnel qu'est le MJPM cette protection sera renforcée, structurée, contrôlée, nous l'espérons égale sur tout le territoire et qu'elle sortira définitivement du régime d'incapacité dans lequel elle se trouve encore.

*

* *

MEME THEME :

Monsieur le Bâtonnier Georges PERIDIER

Avocat au Barreau de MONTPELLIER

Nous allons vers la naissance d'un nouveau métier : le mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

En fait, si on y réfléchit une fois qu'on a dit cela, on n'a pas dit grand chose parce que, quand on parle d'un nouveau métier, il faut imaginer et établir un corps de règle qui va régir ce nouveau métier.

Ce sont les deux parties de mon intervention qui sera relativement courte. Je vais adopter un clivage classique en matière de droit professionnel : le statut et la déontologie.

Le statut c'est l'exercice professionnel ou encore les droits du professionnel.

La déontologie c'est le relationnel du professionnel en ce qu'il va nécessairement être en relation avec d'autres personnes, ou encore les devoirs du professionnel.

Etymologiquement la déontologie c'est la science des devoirs.

Mais préalablement nous sommes confrontés à un problème de méthode

En premier lieu, nous ne connaissons pas les décrets d'application et personnellement je ne veux pas prendre en considération les projets de décrets pour avoir l'expérience de décrets qui sont modifiés à la dernière minute.

En second lieu, il y a la déformation professionnelle c'est-à-dire que je ne m'intéresse pas tellement à ce qui est écrit, je m'intéresse surtout à ce qui n'est pas écrit ou à ce qui est derrière ce qui est écrit. Je vous donne un exemple.

Afin d'exercer la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, il faut être inscrit sur une liste et cette liste sera tenue par le représentant de l'Etat dans le département, le préfet.

A priori pourquoi pas le préfet ?

Mais si on y réfléchit, on peut et on doit se poser la question pourquoi le préfet ?

Le mandataire judiciaire c'est par essence le mandataire du juge.Si je fais une demande d'inscription je peux avoir ma demande d'inscription rejetée par le préfet.

Est-ce que j'ai un recours contre cette décision qui me fait grief ?

Quel peut être l'auteur (ou quels peuvent être les auteurs) de ce recours ?

Quelle est sa nature juridique ?

Recours pour excès de pouvoir ou recours de pleine juridiction ?

S'agissant d'une décision préfectorale le recours devrait être un recours pour excès de pouvoir.

Mais, en droit professionnel, en matière d'inscription, il y a un principe général qui commande que le recours soit un recours de pleine juridiction c'est-à-dire que le juge peut inverser la décision qui lui est déférée. En l'état, on ignore s'il y aura un recours et quelle sera la nature de ce recours.

Quel sera le juge compétent pur connaître du recours ?

Normalement, les recours contre les décisions du préfet ressortent de la compétence du juge administratif mais il existe un autre principe qui veut que l'auxiliaire d'un juge judiciaire soit justiciable des juridictions de l'ordre judiciaire.

Il faut donc bien se poser la question : pourquoi le préfet ?

I - LE STATUT :

A] - L'ACCES A LA PROFESSION :

- **La condition de moralité :**

D'abord, les conditions d'inscription :
On distingue généralement les conditions objectives et les conditions subjectives.

Les conditions objectives sont constituées par l'absence de condamnations pénales disciplinaires ou commerciales.

Les conditions subjectives tiennent à la personnalité et au comportement en société du candidat aux fonctions de mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

- **La condition de nationalité :**

Le texte est muet sur ce point alors que c'est une composante essentielle d'un statut.
On sait bien que la condition de nationalité n'a plus l'importance qu'elle avait auparavant.
Il convient de distinguer :

Les français, quelque soit le mode d'acquisition de la nationalité française,

Les ressortissants des pays membres de l'Union Européenne,

Les ressortissants des pays non membres de l'Union Européenne,

Les apatrides qui n'ont plus de nationalité ou les réfugiés qui subissent des restrictions dans l'exercice de leur nationalité.

Est-ce qu'il y aura une condition de nationalité et dans l'affirmative est-ce qu'il y aura des exceptions ou des aménagements ?

- **La condition d'âge :**

A ma connaissance, c'est la première fois dans un statut qu'il est fixé une condition d'âge. Pour certains, cette condition est justifiée. Personnellement, je ne la comprends pas. Je croyais qu'en France la majorité était à 18 ans.

- **La condition de formation certifiée par l'Etat :**

C'est un véritable parcours du combattant.
Le postulant doit se former, être agréé, obtenir un avis conforme du Parquet et enfin se fait inscrire sur la liste tenue par le Préfet.
Il est à prévoir que des équivalences seront acceptées.

- **La condition d'expérience professionnelle :**

Outre que cette notion est assez floue, la condition est préjudiciable aux jeunes qui peuvent avoir la vocation pour ce métier. Cette condition ne revient-elle pas à créer une obligation de stage auprès d'un mandataire déjà inscrit sur la liste préfectorale ?

B] - LES INCOMPATIBILITES :

Après les conditions d'inscription, examinons la question des incompatibilités.

Les projets de décrets sont discrets sur cette question. Si je me réfère à la loi et si je l'ai bien lue, aucune condition d'exclusivité n'est posée. En d'autres termes, il est possible d'exercer la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs concurremment avec une autre profession.

Pour le métier qui est le mien, je pense tout de suite à l'article 6 bis de la loi du 31 décembre 1971. Un seul cas est d'ores et déjà prévu, c'est celui de mandataire en établissement hospitalier. Mais quid de ceux qui exerceront à titre libéral ?

Question dans la question :

Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs sera naturellement et inévitablement amené à donner à son pupille des conseils de nature juridique, voire à rédiger en son nom et pour son compte des actes juridiques.
Il sera alors assujetti aux dispositions des articles 54 et suivants de la loi du 31 décembre 1971 portant réglementation des consultations en matière juridiques et rédaction d'acte sous seing privé pour autrui.

C'est vrai pour un mandataire judiciaire mais aussi pour un mandataire contractuel, celui qui est porteur d'un mandat de protection future. Il a été dit, mais je conteste ce propos, que cela dépendra de l'étendue du mandat qui sera au choix du mandant

A mon avis, ce n'est pas les stipulations du mandant qui seront déterminantes mais la nature des diligences accomplies par le mandataire au profit du mandant. S'il s'agit de consultation juridique ou de rédaction d'acte, nécessairement pour autrui, la réglementation s'appliquera

Je rappelle que hors cette réglementation il y a exercice illégal du droit ce qui est constitutif d'un délit pénal (articles 66-1 et 74 de la loi).

Si le mandataire judiciaire ou contractuel entre dans le périmètre du droit, et je pense qu'il a de bonne chance d'y entrer, il devra satisfaire aux conditions édictées par les articles 54 et 55 (diplôme ou qualification, secret professionnel, conflit d'intérêt, garanties financières).

Par ailleurs, exercera-t-il à titre principal ou à titre accessoire :

A titre principal :
D'une part, il faut alors qu'il soit ajouté à la liste prévue à l'article 56 qui est limitative.
D'autre part, il faut que son statut soit conçu dans des termes suffisamment larges, puisque celui qui exerce à titre principal ne peut et ne doit le faire que dans les limites de son statut.

A titre accessoires :
Le mandataire judiciaire peut entrer dans la catégorie des professions réglementées prévue à l'article 59, pour lesquelles l'activité accessoire doit être nécessaire ou dans celles des professions qualifiées prévue à l'article 60, pour lesquelles l'activité accessoire doit être directe.

Il y a un problème de classification qui n'est pas neutre puisqu'il conditionne le régime juridique qui n'est pas le même, plus restrictif pour les professions qualifiées que pour les professions réglementées.

Pour les mandataires contractuels, le problème ne se posera pas dés lors qu'il s'agira d'un professionnel du droit.

Il aurait fallu prévoir une articulation entre le texte sur les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et celui sur la réglementation de l'exercice du droit.

II - LA DEONTOLOGIE :

Pour l'essentiel, c'est le corpus de règles qui va régler les relations du mandataire à la protection d'un majeur avec les autres mandataires, les autres professionnels et le majeur protégé lui-même.

- **Les autres mandataires à la protection des majeurs :**

S'ils appartiennent à une profession règlementée, celle-ci n'en constitue pas pour autant une profession organisée sous forme d'une institution ordinale. Or les mandataires à la protection des majeurs peuvent être en rapport les uns avec les autres par l'entremise de leurs pupilles qui peuvent être en relation d'affaires ou en conflit. Quelles règles régiront ces rapports et qui en sanctionnera les abus ? Sans doute le Juge pour les mandats judiciaires mais ces derniers ne sont qu'une des formes de la protection des majeurs.

- **Les autres professionnels :**

Tout à l'heure, Maître CAMPELS nous a dit, à juste raison, que le mandataire peut se substituer dans la gestion patrimoniale un tiers selon un sous mandat aux stipulations bien définies.

Mais le recours à un « tiers de confiance » a deux conséquences :

- d'une part, l'emprunt de responsabilité en ce que le mandataire est responsable de ce tiers.
- d'autre part, le ducroire en ce que le mandataire est responsable du mandant quant aux frais et honoraires dus à ce tiers et qu'il a l'obligation de les acquitter sur ses deniers personnels.

- **Avec le majeur protégé :**

Les textes connus ou annoncés rappellent les exigences déontologiques :

- L'indépendance
- L'absence de conflit d'intérêts
- Le secret professionnel

L'indépendance est une protection tant pour le mandataire que pour le mandant qui a ainsi la garantie que celui qui a la charge de le représenter n'est pas subordonné ou soumis à une autre personne.

La prohibition des conflits d'intérêts est source de clarté dans les rapports mandant-mandataire et fait disparaître tout risque de suspicion. Je serais un peu plus prolixe sur le secret professionnel. Je ne suis pas un chaud partisan du secret professionnel. Je confesse une préférence pour le système anglo-saxon du légal privilège. Le secret professionnel, qui a son origine dans le secret de la confession, est plusieurs fois séculaire et son ancienneté nous empêche de concevoir un autre système. Or le secret professionnel, absolu et d'ordre public, est une charge écrasante pour le professionnel et il n'est pas aussi protecteur qu'on le croit puisqu'il n'est pas dans certaines hypothèses, en fait ou en droit, opposable. En outre, il porte en lui-même une contradiction dés lors que dans la relation mandant-mandataire, le mandataire représente et engage le mandant. Le légal privilège s'attache à l'acte lui-même et au-delà de l'acte à la personne qui est partie à l'acte. Il est donc plus compatible avec la relation mandant-mandataire. En cela il est à la fois plus souple et plus efficace.

Il allège la responsabilité du professionnel.

A mon sens, il est maintenant nécessaire d'approfondir la réflexion sur cette question.

❖ ❖ ❖

Pour conclure, je formulerai deux observations :

D'une part, la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs est une profession à parfaire.

Il faut la doter d'un statut clair et affirmé et d'un Code de déontologie complet, précis et réaliste, en d'autres termes moderne.

D'autre part, que le système de la protection des majeurs tel que conçu et qui va être mis en place est un système, si vous me pardonnez cette expression « à la carte » : contrat, conseil général, association, juge.

C’est la tendance actuelle qui a pour objectif d’ouvrir le plus d’options possibles.

Monsieur le Président, vous nous avez proposé de nous rencontrer à nouveau dans un ou deux ans afin de tirer les leçons de la réforme et d’en dresser le bilan.

C’est une proposition à laquelle nous devons tous adhérer.

Je vous remercie de votre attention.

*

* *

L'AIDE AUX TUTEURS FAMILIAUX

TITRE VIII

—

L'AIDE AUX TUTEURS FAMILIAUX

Monsieur Didier GADEL

Juriste

Conseiller auprès des tuteurs familiaux

à l'Union Départementale des Associations Familiales (UDAF)

Je vais demander à la personne qui s'occupe de la technique d'intervenir car j'ai prévu un PowerPoint.

En attendant que le PowerPoint soit installé, il m'incombe donc la dure mission de prendre le relais pour clore la dernière intervention.

Ce matin nous avons parlé des majeurs protégés qui est l'élément central de la réforme. Cet après-midi nous avons abordé un peu plus longtemps le côté professionnel. Il me semblait nécessaire, inévitable et surtout fondamental de parler des familles puisque au-delà du volet du mandataire judiciaire.

Bon nombre de personnes exercent des mesures de protection au profit de membres de leur famille ou de proches. Je tiens à souligner que les mesures de protection exercées par les familles sont un sujet qui concerne ou peut concerner chacun d'entre nous. En effet, avec le vieillissement démographique et les multiples risques liés à la vie moderne, un proche peut avoir besoin d'une mesure de protection.

A ce jour, près d'1% de la population bénéficie d'une mesure de protection juridique, soit 700 000 personnes dont a peu près la moitié est gérée par des tuteurs familiaux, ce qui fait d'eux le plus important service de tutelles de France.

On voit nettement l'importance du sujet dans ce contexte.

Rappelons qu'à l'origine le droit romain prônait déjà le principe de priorité familiale par la famille agnatique, famille placée sous l'autorité du même pater familias.

On retrouve ce principe dans la loi du 3 janvier 1968 car il a toujours animé notre droit.

Toutefois, le nombre de mesures majeures gérées par les familles reste largement en deçà du nombre des mesures mineures.

Il y a notamment deux causes à cette déviance : d'une part les familles appréhendent l'exercice du mandat pour un majeur eu égard aux responsabilités et obligations qui en découlent car dans près de 99% des cas, et espérons que la réforme vienne apporter ici une solution, le conseil de famille n'est pas constitué ce qui induit que le gestionnaire est seul pour accomplir sa mission sous le contrôle du magistrat et d'autre part, cette appréhension est souvent comprise et donc admise par la pratique judiciaire qui ne leur confiait pas la mesure.

Donc tout l'intérêt est de savoir en quoi la loi N° 2007 308 du 5 mars 2007 va renforcer l'implication des familles dans la gestion des mesures de protection et quels enjeux justifient la mise en œuvre d'un accompagnement des tuteurs familiaux et sous quelles formes ?

Tout d'abord, quels sont les apports de la réforme dans le principe de priorité familiale qui tend vers un principe de devoir familial.

Il semble nécessaire de parler de la notion de devoir familial.

Nous ne discuterons pas ici de savoir s'il est naturel d'avoir des devoirs vis à vis de sa famille, cela nous entraînerait plus loin que l'objet même de cette intervention, accordons-nous à dire que cela est normal.

Pour citer Rousseau, celui-ci disait « *la famille se maintient par convention, la volonté prend ici le pas sur la nature et c'est d'humanisme qui est alors question, le lien familial est fragile, paradoxal, il est pris entre l'existence et l'exigence, il nous rappelle*

que la vie ne se développe qu'en surmontant les épreuves qui y sont liées notamment en usant de la synergie que dispense ses membres ».
Le législateur a toujours affirmé le principe d'une gestion familiale, en d'autres termes l'intervention d'un tiers extérieur à celle-ci doit rester l'exception.

Ce principe de priorité familiale est posé dans la loi du 3 janvier 1968 par les articles 427 et suivant et 496 et suivant du Code Civil.

Donc l'article 433 actuel dispose « que si le juge des tutelles défère la tutelle à l'Etat s'il s'agit d'un majeur et au service de l'aide sociale à l'enfance, il s'agit d'un mineur. »

L'article 496 dispose « *que l 'époux est tuteur de son conjoint à moins que la communauté de vie n'ait cessé entre eux ou que le juge estime qu'une autre clause interdit de lui confier la tutelle, tous les autres tuteurs sont datifs, la tutelle d'un majeur peut être déférée à une personne morale*. »

Toutefois, malgré cette volonté de subsidiarité de la mesure, leur nombre a été en constante augmentation durant les 40 dernières années.

Afin d'endiguer ce phénomène, la loi du 5 mars 2007 renforce le principe de priorité familiale notamment en érigeant le principe de devoir familial.

En effet le Code Civil en vigueur jusqu'au 1er janvier 2009 dispose « *la tutelle protection due à l'enfant est une charge publique* » c'est l'article 427.

Par application de l'article 495 du même Code, cet article s'applique aux mesures majeures.

Or à compter du 1er janvier 2009, le Code Civil disposera
« *que les mesures civiles de protection aussi bien pour les mineurs que pour les majeurs sont tout d'abord un devoir des familles puis de la collectivité publique* » : c'est l'article 415 alinéa 4 et 394.

Cette notion de devoir opère le passage d'un principe de priorité à un principe d'obligation familiale.
Il trouvera notamment son application dans les articles 448, 449 et 450 du Code Civil car la désignation du gestionnaire de la mesure va se faire selon un ordre très précis dans une famille élargie.

Tout d'abord la désignation par une personne ou par ses parents pour le dernier vivant des père et mère d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où elle serait placée en curatelle ou en tutelle s'impose au juge.

C'est le mécanisme du mandat de protection future que nous avons analysé en cours de colloque.

A défaut la désignation se fera par le juge : nous sommes passés d'un mode d'attribution horizontal où le magistrat disposait de plusieurs possibilités à une attribution verticale.

Le juge devra épuiser un ordre après l'autre sur une liste de candidats volontairement élargie par le législateur.

A défaut de nomination dans un ordre, le juge devra motiver sa décision et passer au suivant.

Alors ce sont le conjoint de la personne protégée, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux .
Troisième ordre, : un parent.
Quatrième ordre, : un allié.
Cinquième ordre : une personne résidant avec le majeur protégé et entretenant avec lui des liens étroits et stables.

Enfin il faut bien trouver une porte de sortie, car lorsque aucun membre de la famille ou aucun proche ne peut assumer la curatelle ou la tutelle, le juge désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

Quelle est la portée de cette loi ?

L'élargissement des candidats ayant un devoir de gérer le mandat va engendrer une baisse des mesures d'Etat et donc forcement accroître le nombre de tuteurs familiaux en fonction.

C'est la raison pour laquelle la mise en place d'une aide aux tuteurs familiaux paraît plus que légitime.

Le législateur a prévu cela dans l'article L 215-4 du Code de l'Action Sociale et des Familles et ouvre la possibilité pour les personnes appelées à exercer au titre de mandat de protection future ou exerçant une mesure de protection juridique en application de l'article 449 du Code Civil de bénéficier, sur leur simple demande, d'une information dont les conditions sont fixées par décret en conseil d'Etat.

A ce jour ce décret n'est toujours pas sorti, nous ne connaissons pas les formes prises dans cette information donc je me suis permis de faire quelques perspectives.

Cette aide aux tuteurs familiaux a des enjeux pour la collectivité tout d'abord car la gestion par le tuteur familial est en principe gratuite, conformément à l'article 419 du Code Civil au 1er janvier 2009 sauf à ce que le juge fixe une indemnité toujours à la charge de la personne protégée : « les personnes autres que le mandataire judiciaire à la protection des majeurs exercent à titre gratuit les mesures judiciaires de protection. Toutefois le juge des tutelles ou le conseil de famille s'il a été constitué peut autoriser selon l'importance des biens gérés pour les difficultés d'exercer la mesure le versement d'une indemnité à la personne chargée de la protection et on fixe le montant. Cette indemnité est toujours à la charge de la personne protégée ».

L'existence d'un accompagnement permet d'encourager chacun, lorsque cela est possible et souhaitable, à accepter de protéger un proche.

Deux effets à priori et à posteriori :

- les effets a priori : le tuteur familial avant même son audition par le juge sera moins réticent pour exercer cette fonction puisqu'il aura été renseigné sur la gestion et sait qu'il y sera aidé.

- A posteriori l'aide apportée optimisera son efficacité auprès du juge des tutelles entraînant in extenso un gain de temps pour la justice.

En conséquence toutes les mesures gérées dans ce cadre familial sont autant de charges en moins pour la collectivité.

Les enjeux pour les tuteurs familiaux : le tuteur familial va se trouver confronté à réception du mandat à des situations et des missions dont il n'a pas du tout l'habitude et la maîtrise, intercalé entre l'autorité judiciaire et les différents interlocuteurs en lien avec le majeur protégé.

Promouvoir l'aide aux tuteurs familiaux, c'est d'une part répondre à une véritable attente et besoin des familles et, d'autre part, permettre à chacun d'assumer dans les meilleures conditions possibles le mandat qui lui est confié.

Au niveau du majeur protégé donc de l'usager, l'exercice d'une mesure par un proche permet notamment le maintien des repères familiaux et sociaux car il gère généralement son mandat de manière continu, coup de téléphone le week-end, presque une permanence 24h/24h pendant les vacances aussi, ce qui est rarement le cas des mandataires judiciaires.

Un accompagnement du majeur dans les actes de la vie courante permet aussi de rassurer le majeur protégé en évitant qu'un tiers ne vienne interférer dans ses affaires.

Donc toute la dimension humaine qui est de confier la mesure de protection à un tuteur familial se mesure ici.

Quelles sont les formes de cette aide ?

Il y a des aides qui sont posées directement par la loi du 5 mars 2007. Elles prennent soit la forme d'autorisation ou de dispense.

Sous forme d'autorisation, le tuteur familial, ce qui est formellement interdit pour le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, a la possibilité d'acheter un bien de la personne protégée.

Le législateur a prévu le cas où s'il devient nécessaire de disposer d'un bien et que le tuteur familial se propose de l'acheter, l'interdiction de principe prévu à l'article 509-4 est levée par l'exception posée par l'article 508 à condition qu'un tuteur ou curateur ad' hoc soit nommé.

Je m'explique sur le terme ad' hoc : pour une mission déterminée, le tuteur familial sera dessaisi de cette mission et elle sera confiée par exemple à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs ou une autre personne dans la famille.

Je lis l'article 509-4 : « *à titre exceptionnel et dans l'intérêt de la personne protégée, le tuteur qui n'est pas mandataire judiciaire à la protection des majeurs peut sur autorisation du conseil de famille ou à défaut du juge acheter les biens de celle-ci ou les prendre à bail ou à ferme* » pour la conclusion de l'acte le tuteur est réputé être en opposition d'intérêt avec la personne protégée d'où la nécessité de désigner un tuteur ou un curateur ad' hoc. Cette exception permet par exemple de gagner du temps, d'économiser la publication d'annonces pour la vente de biens mobiliers ou immobiliers.

Le tuteur familial a aussi la possibilité de faire appel à l'aide d'un tiers rémunéré sur les fonds du majeur pour l'accomplissement de certains actes.

C'est l'article 452 du Code Civil au 1er janvier 2009.

L'aide la plus importante que l'on peut trouver directement dans la loi, c'est notamment la dispense du dépôt des comptes de gestion contrairement aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

Conformément à l'article 512 du Code Civil au 1er janvier 2009, lorsque la tutelle ou la curatelle est exercée par un tuteur familial, le juge peut, en considération de la modicité des revenus et du patrimoine de la personne protégé, le dispenser d'établir le compte de gestion et de soumettre celui-ci à l'approbation du greffier en chef.

Ce n'est pas que je souhaite faire preuve d'angélisme mais comme on le disait tout à l'heure, les escroqueries existent, il y en a tout le temps.

Il faut souhaiter que les magistrats utilisent cette dérogation avec parcimonie, dans le sens où le contrôle des comptes par l'autorité judiciaire reste la garantie d'une gestion saine et conforme aux intérêts du majeur.

Il peut y avoir aussi des aides apportées par les professionnels que ce soit les associations, les professions libérales, j'entends ici les notaires, les avocats par exemple qui peuvent travailler ensemble pour notamment la création et la diffusion de supports d'information accessibles, ce qui constituerait la première forme d'aide aux tuteurs familiaux.

Il peut s'agir aussi de réunions d'information, de dépliants, de guides ou encore de site Internet sur lequel les tuteurs familiaux peuvent se renseigner, poser des questions ou obtenir des modèles de courriers nécessaires à leur gestion.

Cela peut aussi être sur une base présencielle, à savoir la mise en place de permanences assurées par des conseillers dans les maisons de la justice et du droit, auprès des Tribunaux ou dans tout autre lieu d'accueil facilement identifiable.

Pour conclure, le texte érige donc un devoir pour les familles d'assurer la gestion des mesures, ce qui va accroître le nombre des tuteurs familiaux.

Il faut souhaiter qu'une partie des économies substantielles faites grâce à ce mode de gestion sera affectée aux moyens qui seront dictés dans le décret relatif à l'information dont ils pourront bénéficier notamment par la mise en œuvre d'un véritable plan d'encadrement et d'incitation à la gestion familiale, l'intervention de conseillers permettant d'assurer une veille efficace sur la gestion sereine des tuteurs familiaux.

C'est d'autant plus justifié car la loi du 5 mars 2007 prône une obligation de formation pour les mandataires judiciaires à la protection des majeurs avec pour objectif d'assainir, structurer et responsabiliser la profession alors que ces derniers vont se voir confier proportionnellement moins de mesures normalement.

En effet l'objectif est d'éviter que le temps et les économies générés par la gestion familiale ne se retrouvent pas absorbés par les éventuels procès exercés soit par le majeur soit par ses héritiers à l'encontre des tuteurs familiaux en raison d'erreurs de gestion.

Pour clore cette intervention je prodiguerais quelques conseils aux tuteurs familiaux présents ou à venir, je ne sais pas s'il y en a dans cette salle.

Penser la gestion de la mesure comme s'il s'agissait de vos revenus, de votre patrimoine afin d'éviter toutes erreurs stratégiques, réaliser scrupuleusement la comptabilité des dépenses et des recettes même si vous êtes dispensés du dépôt des comptes de gestion, la priorité reste l'intérêt de la personne protégée.

Vos décisions ne doivent pas lui être préjudiciables.

N'hésitez pas à vous faire aider par les professionnels et évitez de gérer en solitaire et surtout échangez avec la personne protégée avant et pendant la gestion de la mesure ; ne lui cachez rien car l'économie de la confrontation d'aujourd'hui est le terreau des conflits de demain.

Merci.

*

* *

Merci Monsieur GADEL d'avoir pu nous parler de ces tuteurs familiaux qui finalement dans le souhait de la loi devraient être ceux qui seront les plus nombreux à assurer dans l'avenir la protection des majeurs.

*

* *

CLOTURE DE LA RENCONTRE

CONCLUSION

CLOTURE DE LA RENCONTRE

Monsieur le Président Alain MOMBEL

Le moment est venu de conclure.

Et les conclusions sont toujours un exercice sans filet.

Alors je sollicite d'abord votre indulgence.

D'abord je voudrais dire que la transversalité de toutes les professions ici présentes aujourd'hui ont permis des débats enrichissants.

Et même si très souvent comme dans de nombreux colloques, on a un peu à faire à des cours magistraux, je sens que beaucoup de choses ont été reçues et c'était l'importance de cette journée. .

Alors je pense que peut être certains travailleurs sociaux notamment auront trouvé que nous avons été trop juristes.

Ils ont raison mais nous étions surtout des juristes car il s'agissait de parler d'une loi. Qu'ils veuillent bien nous excuser si nous n'avons pas eu le temps à part peut être dans l'intervention du docteur DANAN de développer le côté humain de ces problèmes.

J'ai l'impression qu'il a été, dans cette journée, l'esprit de la loi et, il nous a rappelé dès le départ que finalement c'était une loi qui voulait être avant tout, une loi humaine.

Une loi humaniste et que la suppression de cette humiliation du mot d'incapable, lui paraissait quelque chose de fondamental.

On dit quelques fois que les mots n'ont pas d'importance mais les mots sont importants surtout lorsque les mots blessent.

Dans cet esprit de la loi, Maître COMBRET nous a rappelé que certains points étaient fondamentaux.

C'est une loi de liberté, c'est une loi de dignité et c'est une loi de solidarité. Je pense qu'il a trouvé là les mots très exacts.

Liberté pourquoi ?

Parce que le législateur a voulu laisser la place à ces personnes atteintes dans leur intégrité physique ou mentale, laisser la place à leur liberté notamment en ce qui concerne leur vie personnelle.

Je crois que ça c'est un grand progrès et nous avons à le respecter.
C'est un des éléments de la loi sur lequel nous n'avons pas trop insisté mais qui me paraît très important puisque c'est écrit dans la loi et c'est une importance capitale, liberté donc.

Dignité pourquoi ?

Parce que justement cette liberté, cette dignité sont liées et que le législateur a voulu à travers ce texte faire en sorte que la dignité de nos malades, nos grands malades, nos anciens, nos malheureux handicapés, soit respectée et que s'ils sont assistés, s'ils font l'objet d'un soutien, ils conservent cette brève liberté essentielle qui fait la nature humaine. Tout le monde l'a rappelé ici.

Nous avons ensuite entendu les professionnels et spécialistes, Madame le Procureur de la République, Madame le juge des tutelles avec son greffier. Nous sommes entrés là dans la technique, et on n'évite pas la technique.

Justement ceux qui ne sont pas des juristes aujourd'hui, devraient savoir que la loi, la technique juridique c'est le soutien de notre vie publique et qu'il n'y a pas de vie publique sans texte et qu'il faut donc regarder la loi.

Il faut respecter la loi. Il faut étudier la loi aussi, le minimum de loi nécessaire à l'exercice de nos fonctions.

Et à ce moment là, un certain nombre de questions n'aura plus à être posé aux professionnels.

Mais de notre côté, nous devons connaître aussi cet aspect qui doit être important, l'aspect humain.

Nous avons entendu sur ce plan le docteur DANAN qui nous a dit dans quelles conditions il effectuait son travail.

Je crois qu'il y a une chose essentielle que j'ai retenue c'est que certes la loi ne va plus permettre aux médecins de famille d'être celui qui va fournir le document originaire, mais le Docteur DANAN nous a dit que lui en tant que médecin spécialiste psychiatrie ayant l'habitude de ces personnes à protéger, prend toujours la peine de se renseigner auprès du médecin de famille.

Je crois que s'il y a des médecins dans la salle, voilà un exemple à suivre.

Après avoir écouté les professionnels, nous avons parlé des professions nouvelles.

Alors je ne vais pas rentrer dans le détail, je vous rappellerais qu'une chose : la profession de mandataire judiciaire est une profession en gestation qui va forcement créer des problèmes et éliminer peut être un certain nombre d'entre eux qui n'auront pas une formation suffisante.

Il nous faudra bien sur attendre tous ces textes.

Je rappelle quand même et j'y tiens beaucoup que la prestation de serment qui est celle d'un citoyen auquel on confie des mandats de cette nature me paraît quelque chose d'essentiel.

Souvent on reproche aux magistrats poursuivis disciplinairement devant le conseil supérieur de la magistrature de ne pas voir de code de déontologie.

Quelque fois le serment suffit et il suffirait de respecter chacun des mots du serment pour avoir un véritable code de déontologie sans être obligé de rentrer dans des détails.

Voilà nous avons terminé notre journée, je tenais à résumer un peu l'ensemble des propos.

Je pense que nous avons eu aujourd'hui d'excellentes interventions.

Je vous remercie vraiment de la qualité de votre auditoire, de la qualité des questions qui ont été posées.

Et puis je vais répondre à la promesse que j'ai faite à Monsieur le Bâtonnier aujourd'hui ce n'est qu'un début, ce n'est qu'un commencement.

Il faudra les décrets, il faudra de la jurisprudence qui va se mettre en place sur des textes qui ne sont pas tout à fait éclaircis.

*

* *

LA RÉFORME

DE LA PROTECTION JURIDIQUE

DES MAJEURS

Retranscription - Impression
C.L.A.S - Nickie Chabod
04 99 06 05 18 / 06 03 25 10 40