

*Protection juridique des majeurs
Protection juridique des mineurs
Réforme de la protection juridique*

Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs

NOR : JUSC0901677C

Texte source : loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique de majeurs (n° 2007-308).

La garde des sceaux, ministre de la justice à Mesdames et Messieurs les premiers présidents des cours d'appel et les présidents des tribunaux supérieurs d'appel ; Mesdames et Messieurs les procureurs généraux près les cours d'appel et les procureurs près les tribunaux supérieurs d'appel ; Monsieur le directeur de l'Ecole nationale de la magistrature ; Monsieur le directeur de l'Ecole nationale des greffes.

INTRODUCTION

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a réformé le droit des régimes de protection juridique, en confortant les principes fondamentaux qui le sous-tendent.

Elle consacre les grands principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité des mesures, et met la personne vulnérable au cœur du dispositif de protection.

Innovante par la création d'une protection conventionnelle avec le mandat de protection future, elle l'est aussi en instaurant un dispositif d'accompagnement social afin de répondre à ce besoin de protection qui ne nécessite pas une restriction des droits.

En outre, parce que la protection des personnes vulnérables, lorsqu'elle n'est ne peut être confiée aux familles, doit relever de personnes qualifiées, compétentes et responsables, la réforme organise et régit toute l'activité tutélaire.

Ces changements résultent tant de la loi du 5 mars 2007 elle-même que de ses décrets d'application.

Qu'ils touchent à la nature des régimes, au contenu même des mesures, aux modalités procédurales ou aux organes tutélaire, ils suscitent légitimement des interrogations.

La présente circulaire a pour objectif d'y répondre.

Elle a été élaborée à la suite des discussions et débats auxquels la chancellerie a participé, soit dans le cadre de formations déconcentrées dans les cours d'appel, soit lors de la présentation de la réforme aux associations tutélaire et familiales, au niveau local ou national, soit de façon informelle, au fil des rencontres avec les praticiens, les magistrats et les médecins, ou bien à travers des échanges sur Internet.

Cette circulaire n'est pas une présentation exhaustive de la réforme. Elle vise à présenter les changements et innovations apportés par les textes. Elle est donc centrée sur les modifications introduites par rapport à la loi de 1968, venant modifier les pratiques et les réflexes, pouvant dans certains cas surprendre le juge des tutelles ou le procureur de la République, ainsi que le médecin, la famille et le tuteur professionnel.

Elle est également l'occasion d'expliquer les conséquences de l'entrée en vigueur, également à la date du 1^{er} janvier 2009, de la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.

Les dispositions de celles des dispositions de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 qui modifient le code civil sont complétées :

- par le décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au mandat de protection future sous seing privé ;
- par le décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le code de procédure civile, lequel remplace les dispositions des chapitres X et XI du titre I du livre III du code de procédure civile, relatifs désormais à « la protection juridique des mineurs et des majeurs » et à « la mesure d'accompagnement judiciaire » ;
- par le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil ;
- par le décret n° 2008-1485 du 22 décembre 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs.

En outre, d'autres décrets d'application des dispositions de la loi du 5 mars 2007 ont été élaborés par le ministère en charge des affaires sociales.

I. – LES CHANGEMENTS APPORTÉS AUX MESURES JUDICIAIRES DE PROTECTION JURIDIQUE

La réforme du 5 mars 2007 apporte des modifications aux mesures de protection, tant au niveau de la procédure (A), que du contenu des mesures (B) et de leur contrôle (C).

A. – LES CHANGEMENTS APPORTÉS À LA PROCÉDURE

Ces changements concernent le rôle du procureur de la République (*cf.* § 1), la saisine du juge des tutelles (*cf.* § 2), l'instruction d'une demande (*cf.* § 3), le conseil de famille (*cf.* § 4), les personnes chargées de la protection (*cf.* § 5), les nouveaux cas de fin des mesures de curatelle et de tutelle (*cf.* § 6), et les voies de recours (*cf.* § 7).

1. Les nouvelles missions du procureur de la République

Le rôle du parquet dans la protection des majeurs vulnérables devient essentiel, à l'instar de celui qu'il a progressivement acquis en matière de protection de l'enfance. Les innovations de la réforme du 5 mars 2007 et le contexte démographique et sociologique dans lequel elle s'insère justifient l'identification d'un parquet de la protection des majeurs vulnérables au sein d'un parquet civil.

Ces nouvelles missions se retrouvent tant dans les mesures de protection juridique (*cf.* § 1.1) que dans la mesure d'accompagnement judiciaire (*cf.* § 1.2).

1.1. *Dans les mesures de protection juridique*

1.1.1. L'établissement de la liste des médecins

Un pouvoir exclusif consacré

Le parquet dispose du pouvoir exclusif de dresser la liste des médecins qui peuvent être choisis pour établir les certificats médicaux nécessaires à l'ouverture des mesures de protection : il n'a plus à consulter le préfet. En outre, aucune disposition n'impose désormais l'annualisation de la liste : celle-ci peut donc être reconduite ou amendée en considération des candidatures et des besoins, à la libre appréciation du parquet.

Par ailleurs, la réforme de 2007 n'impose plus de retenir des médecins « spécialistes » exclusivement, ainsi que le prescrivait l'article 490-3 du code civil issu de la loi de 1968. En effet, l'article 431 nouveau du code civil ne se réfère qu'à « un médecin », élargissant ainsi à l'ensemble des spécialités médicales la possibilité d'être inscrit sur la liste. Le parquet pourra donc retenir la candidature de tout médecin, dès lors que celui-ci justifiera, tant par ses qualifications professionnelles que par des formations complémentaires ou par son expérience et sa pratique de terrain, d'une compétence et d'un intérêt particulier à l'égard de la protection des personnes vulnérables. Généralistes, gériatres, psychiatres, qu'ils soignent plus particulièrement les personnes âgées, celles atteintes de handicaps moteurs ou mentaux, ou celles souffrant de troubles psychiatriques, pourront figurer sur la liste. Face aux difficultés que pose la démographie médicale dans certains départements, le parquet doit encourager les candidatures de médecins, au besoin en prenant l'initiative de rencontres ou de réunions d'information avec le corps médical, les juges des tutelles et les associations tutélaires locales.

1.1.2. L'avis conforme sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs

Des compétences réparties entre parquet et préfet

Le nouvel article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles confie « au représentant de l'Etat dans le département », et non plus au procureur de la République, la charge de dresser et de tenir à jour la liste des personnes, physiques et morales, désormais dénommées « mandataires judiciaires à la protection des majeurs », qui exercent à titre habituel les mesures de protection des majeurs confiées par le juge des tutelles (mandat spécial dans la sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, et mesure d'accompagnement judiciaire). Qu'il s'agisse des services (structures associatives), des préposés d'établissements (de soins ou d'hébergement) ou de personnes exerçant à titre individuel (« gérants privés »), leur inscription sur la liste relève de la responsabilité du préfet, après instruction des candidatures par ses services. Toutefois, ces inscriptions sont soumises à l'avis conforme du procureur de la République près le tribunal de grande instance du chef lieu de département (art. L. 313-3, L. 472-1 et L. 472-8, et R. 313-10-1, R. 472-3 et R. 472-15 du code de l'action sociale et des familles). Celui-ci n'a donc plus la charge d'établir ces listes et ne partage aucune des compétences confiées au préfet par le code de l'action sociale et des familles, mais il conserve un « droit de veto », si, à la lumière tant des éléments transmis par les services préfectoraux que de ceux dont il dispose (B1 du casier judiciaire, enquête de moralité, éventuelle enquête préliminaire, avis des juges des tutelles...), le demandeur à l'inscription sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs ne lui paraît pas répondre aux critères nécessaires à l'exercice des fonctions. En outre, le procureur de la République peut, à tout moment, d'office ou à la demande du juge des tutelles (art. 417 du code civil), solliciter du préfet la radiation de la liste d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, s'il a connaissance d'une violation par le mandataire des lois et règlements ou lorsque la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral de la personne protégée est menacé ou compromis par les conditions d'exercice de la mesure de protection judiciaire. Cette radiation a lieu

dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 472-10 du code de l'action sociale et des familles. Cette même procédure est applicable lorsque l'indépendance d'un préposé d'établissement n'est pas effective dans l'exercice de la mesure de protection qui lui est confiée.

1.1.3. Les signalements et leur traitement

Des signalements qui ne peuvent plus être adressés au juge

Si le ministère public figurait déjà, dans la loi de 1968, parmi les requérants susceptibles de saisir le juge d'une demande de mise sous protection, la réforme de 2007 accroît son rôle en supprimant la saisine d'office du juge des tutelles.

En effet, les signalements, jusqu'à présent envoyés par les services sociaux, établissements de soins ou médicosociaux, au juge des tutelles, qui pouvait se saisir d'office pour ouvrir une mesure, doivent désormais être systématiquement adressés, ou réorientés par le juge, au parquet. De même, les signalements ou requêtes incomplètes transmises par les familles, les proches ou l'entourage plus large d'une personne vulnérable, doivent être adressés au parquet puisque le juge ne peut y donner suite.

Un nouveau pouvoir d'opportunité en matière civile

Le procureur de la République, désormais saisi de l'ensemble de ces signalements, dispose du même pouvoir d'opportunité qu'en matière d'assistance éducative quant à la suite à leur donner, conformément à l'article 430, dernier alinéa *in fine*.

Plusieurs options s'offrent à lui, qui varient selon l'auteur de la saisine : selon qu'il est saisi par les personnes habilitées à solliciter du juge de tutelles l'ouverture d'une mesure de protection ou par des tiers n'ayant pas cette qualité, le parquet pourra soit renvoyer l'auteur vers le juge des tutelles, soit conserver sa saisine et en apprécier le contenu, au besoin en recueillant des éléments complémentaires, puis opter pour une réorientation vers les services sociaux, un classement ou une requête au juge.

a) Le renvoi à saisir directement le juge

Une orientation des requérants à privilégier

Les personnes visées par l'article 430 du code civil ont qualité pour saisir directement le juge des tutelles d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection. Le parquet peut donc renvoyer ces personnes à saisir le juge, au besoin en leur rappelant les pièces à fournir à l'appui de leur requête (notamment le certificat médical du médecin inscrit sur la liste), voire en leur remettant un formulaire-type de requête.

Ce renvoi doit être envisagé le plus souvent possible ; les exceptions relèvent d'une appréciation concrète par le parquet au regard de critères propres à chaque situation. En effet, le parquet, tout comme les juges des tutelles sous l'empire de la loi de 1968, peut être destinataire de signalements ou requêtes incomplètes des proches pour deux types de motifs :

- afin de faire porter la charge, ou au moins l'avance, du coût du certificat médical sur frais de justice ;
- en raison de la situation familiale, notamment dans le cadre d'une fratrie en désaccord, n'incitant pas l'un des proches à assumer la responsabilité d'une requête, son poids psychologique et le sentiment de culpabilité qui peut l'accompagner.

Il appartient donc au parquet de vérifier au cas par cas, à travers le contenu du signalement ou de la requête, si les personnes ayant normalement qualité pour saisir le juge des tutelles elles-mêmes sont fondées à voir le parquet se substituer à elles, en raison, soit de l'impécuniosité de la personne vulnérable (ce qui peut justifier que le certificat médical soit pris en charge sur frais de justice), soit d'un contexte familial difficile (la demande de protection faite par le parquet étant alors neutre), soit de tout autre motif que le parquet prend en considération.

b) Le recueil de renseignements complémentaires

Des éléments pour étayer le signalement

Lorsqu'un signalement présente des éléments sur la situation d'une personne vulnérable qui apparaissent inquiétants mais insuffisants pour fonder une requête au juge de tutelles, le parquet peut solliciter des renseignements complémentaires, notamment auprès des services sociaux.

Ces renseignements peuvent porter sur l'état du logement de la personne, sur l'environnement familial, social et professionnel, et peuvent permettre de savoir si la personne bénéficie ou a bénéficié d'une mesure d'accompagnement social personnalisé (*cf. infra*).

c) La réorientation vers les services sociaux

Des situations qui relèvent d'abord d'une action sociale

Les éléments du signalement ou les informations complémentaires peuvent conduire le parquet à réorienter la personne vulnérable ou l'auteur de la saisine vers les services du conseil général, afin que soit envisagée la mise en place d'une mesure d'accompagnement social personnalisé. En effet, le parquet va être saisi, désormais plus souvent en raison de la

suppression de la saisine d'office du juge, de signalements concernant des personnes qui ne souffrent pas d'altération caractérisée de leurs facultés mentales ou corporelles, mais qui adoptent des comportements autrefois visés par l'article 488 alinéa 3 du code civil ancien, qui mentionnait « intempérance, oisiveté ou prodigalité ».

Ces faits, qui pouvaient alors, sous l'empire de la loi de 1968, justifier le prononcé d'une mesure de curatelle par le juge, ne le permettent plus avec la réforme de 2007. Ils peuvent en revanche justifier l'intervention des services du conseil général afin de mettre en œuvre une mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP), puis, en cas d'échec avéré de celle-ci, le prononcé d'une mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) par le juge des tutelles (*cf. infra*). S'il n'appartient juridiquement pas au parquet de « saisir » le conseil général d'une demande de MASP, il peut, s'il l'estime nécessaire, inviter la personne vulnérable ou l'auteur du signalement la concernant à se rapprocher de services sociaux en vue de la mise en place d'une telle mesure, voire de toute autre mesure sociale plus adaptée.

d) Le classement

En l'absence manifeste de nécessité

Le parquet peut considérer, au vu des éléments du signalement, ou des renseignements complémentaires obtenus, qu'une mesure de protection n'est pas nécessaire ou que la personne vulnérable a, certes, besoin d'être protégée, mais que d'autres dispositifs de protection permettraient ou permettent déjà d'assurer cette protection. Il en est ainsi si le parquet constate que des procurations suffisantes sont en place auprès des proches et fonctionnent dans de bonnes conditions ; de même si la personne vulnérable est mariée et que l'autre époux a déjà diligenté une procédure en application des articles 217 ou 219 du code civil ; ou bien, si le parquet est informé qu'un mandat de protection future a été mis en œuvre et qu'il n'a pas connaissance de difficultés de fonctionnement.

e) La requête au juge des tutelles

Il n'appartient pas au parquet d'instruire un dossier de mise sous protection mais de transmettre au juge les éléments pertinents qui permettront ensuite une instruction plus rapide et plus efficace de la demande par celui-ci.

Pour saisir le juge, des conditions de fond et de forme s'imposent au parquet.

Conditions de fond

Une protection nécessaire et sans autre alternative

Le parquet doit avoir constaté qu'une protection est nécessaire, et il doit être convaincu qu'une mesure judiciaire est la seule solution permettant de protéger la personne. Conformément aux principes de nécessité et de subsidiarité posés par l'article 428 du code civil, il doit disposer :

- de la preuve médicale que la personne vulnérable est atteinte d'une altération de ses facultés dans les termes de l'article 425 du code civil ; il doit donc adresser au médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 une requête à fin d'établissement du certificat médical circonstancié prévu par cet article (*cf. infra* sur les conditions d'établissement et de prise en charge de ce certificat). Ce pouvoir de requérir du médecin qu'il examine une personne à protéger est expressément reconnu au parquet par les articles 416 du code civil et 1212 du code de procédure civile ;
- d'éléments minimum sur les faits de la vie de la personne qui peuvent révéler la nécessité d'une protection (problèmes graves de mobilité, troubles importants de la mémoire, achats inutiles ou disproportionnés répétés, dilapidation des revenus, confiance ou défiance excessive envers les tiers, manque de soin grave, insalubrité ou absence totale d'hygiène comme dans l'hypothèse du syndrome de Diogène...) ;
- d'éléments, dans la mesure du possible, sur la situation familiale, sociale, financière et patrimoniale de la personne vulnérable qui permettent d'établir qu'il n'y a pas d'autre solution que de saisir le juge des tutelles.

Conditions de forme

Des exigences communes aux autres requérants

Une requête complète est nécessaire, répondant à l'ensemble des conditions posées par les articles 1218 et 1218-1 du code de procédure civile.

Deux conditions prévues à l'article 1218 du code de procédure civile s'imposent au parquet, comme à tout requérant, « sous peine d'irrecevabilité » :

- il joint à sa requête le certificat circonstancié rédigé par le médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 du code civil ;
- il précise l'identité de la personne à protéger, et l'énoncé des faits qui motivent la demande de protection au regard de l'article 428 du code civil.

Les autres conditions, décrites à l'article 1218-1 du code de procédure civile et non prévues à peine d'irrecevabilité, sont :

- la mention des personnes appartenant à l'entourage de la personne à protéger et qui sont visées par l'article 430 alinéa 1^{er} du code civil ;
- le nom de son médecin traitant, dans la mesure où son existence est connue du requérant ;
- la description, dans la mesure du possible, d'éléments concernant la situation familiale, financière et patrimoniale de la personne à protéger.

1.2. Dans la mesure d'accompagnement judiciaire (la « MAJ »)

Un rôle nouveau et incontournable

Cette nouvelle mesure fait l'objet d'une présentation complète dans la seconde partie de la circulaire. Il convient néanmoins de souligner dès maintenant la nouveauté et l'importance du rôle du procureur de la République dans cette mesure, puisque celui-ci, d'une part, se voit confier un monopole de saisine du juge aux fins de mise en place de la MAJ, d'autre part, doit tenir informé le président du conseil général de la suite qu'il donne à la saisine des services départementaux aux fins d'ouverture d'une MAJ.

L'exclusivité des demandes d'ouverture de MAJ

Lorsque la mesure administrative d'accompagnement social personnalisé (la « MASP »), menée par les services sociaux du département, a échoué ou n'a pu être mise en place, le président du conseil général peut saisir le procureur de la République d'un rapport d'évaluation, et ce, aux fins d'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire (art. L. 271-6 du code de l'action sociale et des familles). Le procureur de la République apprécie alors l'opportunité de saisir le juge des tutelles d'une mesure judiciaire mais à caractère social, la « mesure d'accompagnement judiciaire ». Le parquet est le seul à pouvoir solliciter du juge une telle mesure sociale. Il joue un rôle de filtre qui suppose qu'il a pu apprécier le contenu du rapport d'évaluation transmis, et en conséquence, il considère soit qu'une MAJ ne serait pas utile ou pertinente, soit qu'il a besoin d'éléments d'information complémentaires, soit que la saisine du juge des tutelles s'impose.

L'obligation d'informer le président du conseil général

Quelle que soit la décision prise, le procureur doit en informer le président du conseil général, conformément aux articles L. 271-6 alinéa 2 du code de l'action sociale et des familles et 1262 du code de procédure civile. Il importe en effet pour les services sociaux de connaître le sort réservé à leur demande d'ouverture de MAJ afin de pouvoir anticiper une nouvelle prise en charge, dans le champ de l'action sociale, des personnes que le parquet ne confierait pas à la justice. Cette information peut être faite par tout moyen.

2. La saisine du juge des tutelles

Les changements apportés par la réforme à la saisine du juge des tutelles touchent à la compétence territoriale (2.1) et à la restriction des cas de saisine d'office (2.2).

2.1. La compétence territoriale

Le code de procédure civile est modifié : le critère du lieu où demeure la personne est remplacé par celui de la résidence habituelle (2.1.1), mais la souplesse de la compétence territoriale est maintenue avec le critère du domicile du tuteur (2.1.2).

2.1.1. Le critère de la résidence habituelle

- a) Un nouveau critère, conséquence de la Convention de la Haye du 13 janvier 2000

L'alignement du droit interne sur le droit international

L'article 1211 du code de procédure civile dans sa rédaction issue de la loi de 1968 prévoyait la compétence territoriale du juge des tutelles au regard « du lieu où demeure » le mineur ou le majeur à protéger ou protégé. Le nouvel article 1211 prévoit désormais que « le juge des tutelles territorialement compétent est celui de la résidence habituelle de la personne à protéger ou protégée ou celui du domicile du tuteur ». Ce nouveau critère de la « résidence habituelle » du majeur est lié à la ratification par la France le 17 septembre 2008 de la convention de La Haye sur la protection internationale des adultes du 13 janvier 2000, qui pose dans son article 5 le principe de la compétence des autorités de l'Etat où réside habituellement l'adulte. Le critère de compétence du juge français a donc été modifié en conséquence en droit interne, étant souligné que cette convention entre en vigueur en même temps que la réforme française, le 1^{er} janvier 2009.

b) Une convention dont l'impact dépasse la compétence territoriale

Une convention qui simplifie la protection des ressortissants étrangers

La convention de La Haye étant applicable à l'ensemble des ressortissants étrangers pour lesquels une mesure de protection est nécessaire, elle devrait permettre de limiter les questionnements sur la légitimité du juge français à intervenir lorsqu'il est saisi de la situation d'un majeur vulnérable de nationalité étrangère sur le sol français.

En posant le principe de la compétence du juge de la résidence

Certes, la convention prévoit de multiples autres chefs de compétence qui viennent concurrencer la compétence de principe, mais ceux-ci sont laissés à l'appréciation des autorités de la résidence habituelle. Ainsi, les autorités de l'Etat dont l'adulte possède la nationalité peuvent être également compétentes pour prendre des mesures tendant à sa protection, mais sous réserve que les autorités de la résidence habituelle n'aient pas déjà pris les mesures que la protection de l'adulte commande.

De même, si tel est l'intérêt de la personne protégée, les autorités de la résidence habituelle peuvent déléguer leur compétence à l'autorité d'un autre Etat contractant pour prendre une mesure de protection ; en outre, les autorités d'un Etat dans lequel se trouvent les biens de l'adulte peuvent prendre des mesures de protection relatives à ces biens.

En retenant comme loi applicable celle du juge saisi

La convention retient le principe selon lequel toute autorité prenant une mesure de protection applique son droit interne. Néanmoins, il lui est laissé un large pouvoir d'appliquer la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit, si la protection de la personne de l'adulte le nécessite, et ce, y compris la loi d'un Etat qui ne serait pas contractant.

Enfin, lorsqu'une mesure prise dans un Etat contractant doit être mise en œuvre dans un autre Etat, c'est la loi de ce dernier Etat qui détermine les conditions d'application de la mesure.

Mais qui ne déroge pas aux autres instruments internationaux liant les Etats

La convention du 13 janvier 2000 n'exclut pas l'application d'autres normes et en particulier des conventions bilatérales liant les Etats contractants, qui contiennent des dispositions relatives aux majeurs vulnérables (art. 49 de la convention). En conséquence, lorsqu'une personne à protéger est ressortissante d'un Etat qui a conclu avec la France une convention bilatérale, – telle la convention bilatérale franco-marocaine du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire –, celle-ci prévaut, « à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les Etats liés par de tels instruments ».

Pour une présentation plus complète de la convention de La Haye du 13 janvier 2000, cf. la circulaire en date du 6 janvier 2009 (réf. : CIV/14/08- NOR JUSC0830965R) disponible sur l'intranet au lien suivant : http://intranet.justice.gouv.fr/site/dacs/art_pix/1_circulaire_NOR_JUS_C0830965R.pdf

2.1.2. Le critère du domicile du tuteur

Une souplesse pour maintenir les équilibres géographiques actuels

La réforme n'a pas modifié l'article 108-3 du code civil qui prévoit que « le majeur en tutelle est domicilié chez son tuteur ». Le domicile du tuteur est donc conservé, à l'article 1211 du code de procédure civile, comme un critère possible de compétence du juge. En effet, la souplesse est nécessaire si l'on veut éviter que l'application du strict critère de la résidence habituelle du majeur génère des transferts de compétence vers certains tribunaux d'instance, en particulier ceux qui ont dans leur ressort des établissements de soins, ou d'hébergement accueillant des personnes vulnérables, âgées, handicapées ou atteintes de troubles psychiatriques.

Un dessaisissement non obligatoire, qui reste soumis à l'appréciation du juge

Ce critère permet donc au juge de ne pas obligatoirement se dessaisir lorsque le majeur qui résidait, par exemple, dans le même ressort que son tuteur, réside, définitivement ou pour une période inconnue mais probablement très longue, dans un établissement situé dans un autre ressort. Le juge reste libre d'apprécier, comme auparavant, la pertinence et l'opportunité du maintien de sa compétence. Cette souplesse lui permet de prendre la décision qui lui apparaît la plus adaptée à la situation du majeur protégé, en particulier lorsqu'est soulevée (par la personne protégée, ou le tuteur désigné ou les personnes visées à l'article 430 du code civil), lors de l'ouverture de mesure, son incompétence territoriale, ou lorsqu'en cours de mesure, lui est adressée une requête en dessaisissement au profit d'un autre juge des tutelles.

2.2. La restriction des cas de saisine d'office

La réforme ne supprime pas complètement la saisine d'office du juge. Elle l'exclut désormais pour l'ouverture d'une mise sous protection (2.2.1) mais la maintient dans de nombreuses autres hypothèses (2.2.2), y compris dans le cadre du fonctionnement du mandat de protection future (2.2.3). En outre, la restriction apportée à la saisine d'office du juge lors de l'ouverture d'une mesure est compensée par l'allongement de la liste des personnes habilitées à le saisir à cette fin (2.2.4).

2.2.1. L'exclusion de la saisine d'office lors de l'ouverture et du renforcement d'une mesure de protection

Suppression de la saisine d'office pour l'ouverture d'une mesure

L'article 430 du code civil est sans ambiguïté sur la suppression de la possibilité pour le juge des tutelles de se saisir d'office lorsque lui est adressé un signalement ou une requête incomplète. Il ne peut désormais, contrairement à la possibilité que lui offrait l'article 490 du code civil sous l'empire de la loi de 1968, donner suite aux signalements émanant des services sociaux, des établissements de soins ou d'hébergement ou encore des médecins de famille. Il devra donc renvoyer les « signalants » à s'adresser au procureur de la République ou à se rapprocher des familles ou des proches ayant qualité pour demander une ouverture de mesure (personnes énumérées à l'art. 430 du code civil). Par ailleurs, lorsqu'il est saisi d'une requête incomplète émanant de la famille ou d'un proche, ou du procureur de la République, il doit, soit rendre une ordonnance d'irrecevabilité, soit renvoyer la requête à son auteur en invitant le requérant à régulariser et compléter sa demande, en particulier lorsque le certificat médical circonstancié n'est pas joint à la requête.

Impossible renforcement de la mesure sans requête préalable

L'alinéa 4 de l'article 442 du code civil encadre désormais strictement les conditions dans lesquelles le juge peut renforcer, c'est-à-dire aggraver, une mesure de protection. En effet, le texte exige que le juge qui prononce une telle décision, ait été « saisi d'une requête en ce sens satisfaisant aux articles 430 et 431 », c'est-à-dire, non seulement d'une requête comportant un certificat établi par un médecin choisi sur la liste du procureur de la République (*cf. supra*), mais d'une requête formulée par l'une des personnes visées à l'article 430 du code civil : la famille, les proches et le parquet. Le législateur signifie par cette exigence sa volonté que l'aggravation d'une mesure de protection fasse l'objet de regards croisés : le juge doit être saisi par un tiers, ce qui permet d'enrichir son appréciation. Par renforcement ou aggravation, il convient d'entendre toute mesure qui accroît la restriction des droits par rapport à la mesure prise antérieurement : ainsi une curatelle renforcée prononcée alors que la personne était sous curatelle simple, doit être considérée comme un renforcement de la mesure, alors que si elle succède à une mesure de tutelle, elle est considérée comme une mesure d'allègement. De même, par exemple, à l'occasion du renouvellement d'une tutelle, la suppression (désormais expressément décidée par le juge) du droit de vote doit être considérée comme une aggravation de la mesure, alors que si la personne le retrouve après en avoir été privé, il s'agit d'un allègement de la mesure.

Ne sont pas considérés comme des renforcements de mesure, les aménagements de la curatelle et de la tutelle prévus aux articles 471 et 473 alinéa 2 qui permettent au juge soit d'autoriser le majeur en curatelle ou en tutelle à exercer seul certains droits, soit d'autoriser le majeur en tutelle à exercer certains droits avec l'assistance de son tuteur. Il s'agit en effet de décisions qui « allègent » la restriction des droits, permettant leur exercice par le majeur. Ces décisions peuvent être prises d'office ou sur requête d'une des personnes mentionnées à l'article 430 du code civil et au vu d'un certificat médical émanant de tout médecin.

2.2.2. Le maintien de la saisine d'office dans les autres cas

La saisine d'office est conservée par ailleurs

La suppression de la saisine d'office est limitée à l'ouverture et au renforcement d'une mesure de protection. En effet, aux termes de l'article 442 du code civil, il est prévu que lorsque le juge renouvelle, en mettant fin, modifiant (par exemple en changeant le curateur ou le tuteur) ou substituant une mesure à une autre (sauf pour la renforcer), « il statue d'office ou à la requête d'une des personnes mentionnées à l'article 430 ». Le juge reste donc libre d'intervenir à tout moment dans le déroulement de la mesure, sous réserve des conditions imposées en cas de renforcement de la mesure, qui sont les mêmes que pour son ouverture. La saisine d'office du juge pour l'ouverture d'une mesure est en outre conservée à l'occasion de la révocation du mandat de protection future par le juge, qui peut alors, aux termes de l'article 485 du code civil, « ouvrir une mesure de protection juridique ». Le nouvel article 1217 du code de procédure civile en tire les conséquences, en prescrivant la saisine du juge par requête, « hors les cas prévus aux articles 442 et 485 du code civil ».

2.2.3. Le cas particulier de la fin d'un mandat de protection future

Le juge peut révoquer un mandat et ouvrir une mesure de protection

L'article 485 du code civil prévoit que « le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique dans les conditions et selon les modalités prévues aux sections 1 à 4 du présent chapitre », c'est-à-dire aux articles 425 à 476 du code civil. En conséquence, quels que soient les motifs et le fondement de la saisine initiale du juge (en application des art. 479, 480, 484 ou 493 du code civil) qui l'ont conduit à intervenir dans le déroulement du mandat de protection future, le juge peut, soit à la requête d'un tiers visé par l'article 430, soit d'office ainsi que le permet l'article 442, et conformément aux modalités procédurales figurant aux articles 1259-3 à 1260 du code de procédure civile, prononcer soit une mesure de sauvegarde de justice avec mandat spécial, soit une mesure de curatelle, soit une mesure de tutelle. Le juge rend un jugement en ce sens après avoir rendu un jugement révoquant le mandat de protection future, les deux procédures étant autonomes sur le plan juridique et procédural.

2.2.4. L'extension de la liste des personnes ayant qualité pour saisir le juge d'une demande d'ouverture

Une liste adaptée aux nouvelles configurations familiales

La suppression de la saisine d'office du juge pour l'ouverture d'une mesure est contrebalancée par l'extension de la liste des personnes ayant qualité pour saisir le juge. Ainsi, le nouvel article 430 du code civil autorise non seulement, à l'instar de l'ancien article 493, le conjoint de la personne protégée, ses parents (ascendants, descendants, collatéraux), et le ministère public à saisir le juge, mais également le partenaire avec lequel elle a conclu un pacte civil de solidarité, son concubin – sauf si la vie commune a cessé – un allié, une personne « entretenant avec elle des liens étroits et stables » (définition qu'il appartiendra au juge d'apprécier *in concreto*), et toute personne exerçant une mesure de protection juridique, c'est-à-dire le mandataire spécial désigné dans le cadre de la sauvegarde de justice, le curateur, le tuteur, le mandataire de protection future.

Une liste appliquant le principe de subsidiarité

Cette liste ne comprend pas le mandataire à la protection des majeurs qui exerce une mesure d'accompagnement judiciaire ; il s'agit en effet d'éviter que les services sociaux aient la possibilité de saisir directement le juge, ce qui limiterait les garanties procédurales que la réforme instaure pour assurer un meilleur respect du principe de subsidiarité. Le mandataire exerçant une mesure d'accompagnement judiciaire qui estime que le besoin de protection de la personne a évolué et qui souhaite obtenir la transformation de la MAJ devra donc saisir le procureur de la République, qui vérifiera la pertinence de la requête et appréciera la suite à lui donner.

3. L'instruction du dossier

Les changements apportés à la procédure d'instruction d'une mesure ou d'une requête concernent les éléments médicaux (3.1), l'audition du majeur (3.2), la consultation et la copie du dossier (3.3), et le nouveau délai de réponse aux requêtes (3.4).

3.1. Les éléments médicaux

Ces éléments sont, d'une part, le certificat médical circonstancié prévu par l'article 431 du code civil (3.-1.1), d'autre part, l'avis médical prévu par les articles 426 et 432 du code civil (3.1.2).

3.1.1. Le certificat médical circonstancié

L'irrecevabilité consacrée par la loi d'une requête sans certificat

Sous l'empire de la loi de 1968, ni le code civil ni le code de procédure civile ne prévoyaient expressément l'irrecevabilité d'une requête en ouverture d'une mesure de protection en cas d'absence du certificat médical ; la jurisprudence avait progressivement mais sûrement reconnu un caractère de « formalité substantielle » à la production de ce certificat, sans toutefois l'exiger pour les demandes de protection présentées par le parquet. Désormais, l'article 431 du code civil impose à tout requérant d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection juridique, y compris lorsque la requête est présentée par le procureur de la République, d'accompagner la demande « à peine d'irrecevabilité », d'un certificat médical circonstancié.

Un certificat établi par tout médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 du code civil

Ce certificat doit être rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République. Ainsi qu'il a été indiqué dans le paragraphe 1-1 ci-dessus, tout médecin peut désormais être inscrit sur la liste établie par le procureur de la République, sans qu'il s'agisse obligatoirement d'un « spécialiste » (*cf. supra*).

Un certificat médical décrit par le code de procédure civile

Afin d'unifier le contenu des certificats médicaux, de recentrer la mission du médecin sur les éléments de diagnostic et de pronostic de l'altération strictement nécessaires et indispensables à la prise de décision judiciaire, et dans le but également de faciliter l'établissement de ces certificats lorsqu'ils sont demandés par les proches de la personne à protéger (donc sans décision judiciaire prescrivant le contenu de la mission), l'article 1219 du code de procédure civile encadre avec précision le contenu du certificat médical circonstancié et dispose désormais :

« Le certificat médical circonstancié prévu par l'article 431 du code civil :

1° décrit avec précision l'altération des facultés de la personne à protéger ou protégée ;

2° donne au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération ;

3° précise les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation de la personne dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote.

Ce certificat indique si l'audition de la personne est de nature à porter atteinte à sa santé ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté.

Ce certificat est remis par le médecin au demandeur, sous pli cacheté, à l'attention exclusive du procureur de la République ou du juge des tutelles. »

Un certificat qui comprend de nouvelles rubriques

Les nouveautés que présente ce certificat sont donc :

- la nécessité que figurent des éléments de pronostic car, en raison de l'obligation pour le juge de fixer la durée de la mesure, celui-ci a besoin d'éléments concernant la possible ou l'improbable évolution de l'altération constatée ;
- l'avis du médecin sur les conséquences de l'altération sur l'exercice du droit de vote par la personne protégée, puisqu'en raison de la modification de l'article L. 5 du code électoral, le juge doit, lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, « statuer sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée ». A défaut de décision, la personne protégée est réputée conserver son droit de vote ; la volonté du législateur en réformant ce texte a été, en effet, d'inverser la règle, en posant la liberté de voter comme principe, sa suppression comme exception ;
- l'avis du médecin sur la dispense d'audition de la personne protégée, non seulement si cette audition est de nature à porter atteinte à sa santé (ce qui figurait déjà à l'article 1247 du code de procédure civile dans sa rédaction issue de la loi de 1968), mais également, désormais, si la personne « est hors d'état d'exprimer sa volonté » (art. 432 alinéa 2 du code civil) ;
- la remise du certificat par le médecin au demandeur, sous pli cacheté, en raison des exigences de confidentialité que requiert le contenu même du certificat.

Un certificat circonstancié impératif dans des cas limités

L'obligation de produire le certificat médical circonstancié, prévu à l'article 431 du code civil et décrit à l'article 1219 du code de procédure civile, ne s'impose que dans les cas suivants :

- lors de l'ouverture d'une demande de protection (art. 431 du code civil) ;
- lors d'un réexamen ou du renouvellement à échéance de la mesure de protection, si celle-ci est aggravée, comme par exemple lorsqu'à la suite d'une curatelle le juge prononce une tutelle (art. 442 alinéa 4 *in fine* du code civil) ;
- lors d'un réexamen ou du renouvellement à échéance de la mesure, si le juge fixe une durée supérieure à cinq ans (art. 442 alinéa 2 du code civil).

Les exigences posées par l'article 1219 du code de procédure civile ne s'imposent donc qu'au médecin choisi sur la liste du procureur de la République, dans les hypothèses ci-dessus évoquées. Elles ne s'appliquent pas, en revanche, aux certificats rédigés par d'autres médecins sollicités à l'occasion d'un maintien, d'un allègement ou d'une mainlevée de la mesure de protection. Néanmoins, le contenu ainsi réglementé peut inspirer utilement le médecin saisi ; la décision judiciaire ne s'en trouvera que mieux fondée et adaptée à la situation du majeur.

Un certificat médical qui peut être établi avec l'avis du médecin traitant

Si la réforme de 2007 a diminué le rôle du médecin traitant de la personne à protéger ou protégée en renforçant celui du médecin inscrit sur la liste du procureur, elle permet à ce dernier de solliciter l'avis du médecin traitant dans les situations les plus importantes de la vie du majeur protégé (art. 431-1 du code civil) : lors de l'établissement du certificat médical nécessaire pour l'ouverture et le renouvellement d'une mesure (hypothèses visées par les art. 431 et 442 du code civil) et lorsqu'il est envisagé de disposer des droits relatifs à l'habitation de la personne protégée en raison du départ de celle-ci dans un établissement (hypothèse visée à l'art. 426 dernier alinéa).

Un certificat médical circonstancié tarifé

Dans un souci d'harmonisation des tarifs pratiqués sur l'ensemble du territoire national et de transparence du coût de ceux pris en charge sur frais de justice, qu'ils soient avancés ou définitivement assumés par l'Etat, le législateur a prévu, par l'article 431 alinéa 2 du code civil, la tarification de ce certificat circonstancié par décret en Conseil d'Etat. En conséquence, le décret n° 2008-1485 du 22 décembre 2008 retient une tarification unique de 160 €. A ce montant maximum, le médecin ajoute les frais de déplacement. Le tarif du certificat de carence est en outre fixé à 30 €. Ces tarifs s'imposent aux médecins inscrits sur la liste du procureur de la République lorsqu'ils sont sollicités pour établir le certificat médical circonstancié dans les hypothèses visées aux articles 431 et 442 décrites au paragraphe ci-dessus.

Un certificat dont le coût est pris en charge selon des principes constants

La loi du 5 mars 2007 conserve les mêmes conditions d'avance des frais et de prise en charge définitive du certificat médical que celles qui étaient prévues par la loi de 1968, en les précisant :

- le principe du règlement direct et définitif du coût : la personne à protéger ou protégée assumant par principe l'ensemble des frais afférents à la procédure et à la mesure de protection (art. R. 217 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale), elle règle directement le médecin lorsque celui-ci est sollicité par elle-même ou par ses proches aux fins de l'ouverture ou du renouvellement d'une mesure de protection ;
- l'exception de l'avance des frais : lorsque le médecin est sollicité par le procureur de la République (généralement, lors de l'ouverture d'une mesure) ou par le juge des tutelles (lors du renouvellement de la mesure), le coût du certificat est avancé sur frais de justice (art. 1256 du code de procédure civile et R. 93 du code de procédure pénale) ;

- l'exception de la prise en charge définitive par l'Etat : ces frais avancés seront soit pris en charge définitivement par l'Etat, soit recouverts auprès de la personne protégée selon les procédures et sous les garanties prévues en matière d'amende pénale, selon la décision prise par le juge des tutelles à l'issue de la procédure (art. 1256 du code de procédure civile et R. 217 alinéa 3 du code de procédure pénale), celui-ci pouvant, en considération de l'insolvabilité de la personne, mettre définitivement les frais de la procédure à la charge de l'Etat.

3.1.2. L'avis médical

Un rôle du médecin plus circonscrit, tarifé différemment

Outre les situations décrites ci-dessus où un certificat circonstancié doit être établi par le médecin inscrit sur la liste du procureur de la République, la nouvelle loi prévoit des hypothèses où ce même médecin doit émettre un simple avis :

- lorsque le juge autorise la personne en charge de la mesure de protection à disposer des droits relatifs au logement ou au mobilier de la personne protégée dans le but de permettre son accueil dans un établissement (art. 426 du code civil) ;
- lorsqu'il décide de ne pas entendre la personne protégée si l'audition « est de nature à porter atteinte à sa santé ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté » (art. 432 du code civil), en particulier lors de l'ouverture de la mesure si cet avis sur l'audition ne figure pas dans le certificat circonstancié joint à la requête, ainsi que lorsque le juge est saisi d'une requête relative à la protection de la personne même du majeur protégé (art. 1220-3 du code de procédure civile).

Dans ces cas, le médecin devra appliquer le tarif prévu pour l'avis médical par le décret n° 2008-1485 du 22 décembre 2008, et qui est fixé à 25 €, ce qui correspond au coût d'une consultation de médecine générale. Les modalités de délivrance, d'avance par le Trésor et de prise en charge définitive sont identiques à celles du certificat circonstancié développées ci-dessus.

3.2. Les auditions

Les nouveautés apportées par la réforme concernent les contours de l'audition de la personne à protéger ou protégée (3.2.1), et les conditions dans lesquelles d'autres personnes sont susceptibles de s'exprimer (3.2.2).

3.2.1. L'audition du majeur

Un principe inscrit dans la loi

En posant pour principe l'audition de la personne à protéger, à l'article 432 du code civil, le législateur de 2007 a entendu donner une place centrale au recueil de l'avis de la personne dès l'ouverture de la procédure de mise sous protection et, par renvoi de l'article 442 à l'article 432, lors du renouvellement de la mesure. La consécration de ce principe dans la loi ne modifie néanmoins pas la pratique majoritairement suivie en la matière, puisque, en dehors des dispenses d'audition permises par les textes issus de la loi de 1968, les juges entendaient systématiquement les personnes à protéger avant l'audience de jugement de la mesure de protection. La réforme y ajoute l'audition du majeur lors du réexamen de la mesure en vue de son renouvellement.

Des modalités peu modifiées

Les conditions procédurales de l'audition de la personne à protéger ou protégée sont déclinées aux articles 1220 à 1220-4 du code de procédure civile. L'article 1220 reprend les dispositions de l'ancien article 1235 issu de la loi de 1968, mais supprime le caractère facultatif de l'assistance du greffier, coordonnant ainsi cette disposition avec celle, figurant désormais à l'article 1220-1 du code précité, qui prévoit qu'il est dressé procès-verbal (donc par le greffier présent, en application de l'art. R. 123-13 du code de l'organisation judiciaire) de l'audition de la personne à protéger ou protégée, et ce, quel que soit le lieu où se déroule cette audition ; cette nécessaire coordination des textes ne modifiera pas la pratique d'un grand nombre de juges des tutelles qui, depuis longtemps, procèdent systématiquement à l'audition du majeur avec le greffier, en tout lieu.

Par ailleurs, l'audition du majeur lors de l'audience de jugement est prévue à l'article 1226 du code de procédure civile ; néanmoins, dès lors que celui-ci a pu être « appelé ou entendu » dans le cours de la procédure et qu'il a été convoqué à l'audience, s'il ne souhaite pas s'exprimer une nouvelle fois, sa présence demeure non indispensable à l'audience de jugement.

L'audition obligatoire du majeur en cas de requête touchant à sa personne

Conformément à l'esprit de la réforme qui recentre la protection sur la personne elle-même, et dans la logique des articles 457-1 et suivants du code civil, le code de procédure civile précise en son article 1220-3 que le principe de l'audition du majeur posé à l'article 432 du code civil s'impose lorsque le juge est saisi, au cours de la mesure, d'une requête touchant à la protection de la personne même du majeur. Il en est ainsi, en particulier, lorsque la requête est présentée en application du dernier alinéa de l'article 459 du code civil, c'est-à-dire lorsque la personne en charge de la mesure (mandataire spécial, curateur, tuteur ou mandataire de protection future), doit « prendre une décision ayant pour effet de porter gravement

atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée ». La personne protégée doit donc, préalablement à la décision du juge, être entendue ou appelée, sauf s'il est établi, par les éléments du dossier ou ceux joints à la requête, que son audition est de nature à porter atteinte à sa santé ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté.

Des cas plus étendus de dispense d'audition

Les dispositions issues de la loi de 1968 autorisaient le juge des tutelles à se dispenser de l'audition d'un majeur uniquement lorsque cette audition était « de nature à porter préjudice à sa santé », ce risque devant être constaté par le certificat du médecin spécialiste (art. 1247 ancien du code de procédure civile). Le nouvel article 432 du code civil, dans son dernier alinéa, étend cette dispense aux cas où la personne à protéger ou protégée « est hors d'état d'exprimer sa volonté ». En toute hypothèse, ces situations rendant possible la dispense d'audition de la personne, elles doivent faire l'objet de l'avis d'un médecin choisi sur la liste du procureur. Ce nouveau cas de dispense est susceptible de concerner les personnes qui se trouvent dans l'impossibilité de communiquer, en raison de la nature ou de l'ampleur de l'altération de leurs facultés mentales ou corporelles (par exemple, en cas d'atteinte de la maladie d'Alzheimer à un stade très avancé, ou encore du fait de lésions cérébrales importantes, ou en cas de coma). Néanmoins, même dans ce type de situation, il peut être utile pour le juge de rencontrer la personne, notamment chez elle ou dans l'établissement de résidence, car d'autres éléments que l'audition peuvent participer à la prise de décision (par exemple, l'état de grande solitude affective constatée à travers l'absence de photo de proches et d'objets personnels dans une chambre de maison de retraite est de nature à orienter le choix du tuteur par le juge vers un professionnel qui, en raison de sa disponibilité ou de sa personnalité, pourra constituer un repère et un lien avec la vie et le monde extérieur pour la personne seule).

3.2.2. L'audition d'autres personnes susceptibles d'être concernées par la procédure

Confirmation du pouvoir d'appréciation du juge, à une nouvelle exception près

Le nouvel article 1220-4 du code de procédure civile maintient la liberté du juge d'apprécier l'opportunité d'entendre les personnes de l'entourage de la personne vulnérable, celles visées à l'article 430 du code civil. Néanmoins, le juge est obligé d'entendre toute personne visée à l'article 430 précité qui demande « à exercer la mesure de protection ». Cette obligation vise à limiter les contestations ultérieures du jugement de mise sous protection, notamment au regard du choix de la personne désignée pour exercer la mesure. Cette nouvelle disposition est déjà, en pratique, appliquée par de nombreux juges des tutelles, notamment lorsqu'un conflit familial divise les fratries.

Rappel du possible renvoi au débat contradictoire

L'article 1213 du code de procédure civile, qui figure dans les dispositions générales applicables aux mesures judiciaires, rappelle au juge des tutelles qu'il dispose du pouvoir de soumettre toute décision, sur requête ou d'office, à un débat contradictoire. Cette nouvelle disposition, qui n'a pas vocation à être généralisée, vise à appeler plus particulièrement l'attention des juges sur l'utilité d'un tel débat permettant aux personnes susceptibles d'être affectées ou intéressées par la décision de s'exprimer, et de faire état de tout élément d'explication ou de preuve pertinent et utile à la prise de décision. Un tel débat peut être opportun dans les cas suivants :

- les demandes d'autorisation ou d'habilitation d'un époux (art. 217 et 219 du code civil) ;
- les décisions concernant les empêchements, retraits et remplacements des membres du conseil de famille autres que le tuteur et le subrogé-tuteur (art. 397, alinéa 2, du code civil),
- les injonctions, condamnations à une amende civile, dessaisissement des personnes chargées d'une mesure de protection (art. 417 du code civil) ;
- les autorisations données à la personne chargée d'une mesure de protection, en matière d'atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée (art. 459, alinéa 4, du code civil) ;
- les décisions en matière de résidence et de relations avec les tiers de la personne protégée (art. 459-2 du code civil) ;
- l'autorisation donnée au curateur ou au curatelaire d'agir seul (art. 469, alinéas 2 et 3 du code civil) ;
- la révocation du mandat de protection future (art. 483, 4^o du code civil),
- la contestation de la mise en œuvre du mandat de protection future ou de ses conditions et modalités d'exécution (art. 484 du code civil).

3.3. La consultation et la copie du dossier

Des assouplissements nécessaires mais encadrés

Les modalités d'accès au dossier étaient, sous l'empire de la loi de 1968, réduites à celles figurant à l'article 1250 du code de procédure civile, outre les dispositions limitées en matière de délivrance des décisions de justice. Les modifications apportées au code de procédure civile par le décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 résultent du souci à la fois de répondre aux attentes des familles et des tiers, qui déplorent souvent le défaut d'information, et de protéger l'intimité de la vie privée des personnes protégées, y compris en ce qui concerne la gestion de leur patrimoine ; elles élargissent les conditions d'accès au dossier tout en les encadrant strictement.

3.3.1. La consultation du dossier

Avant le jugement ouvrant une mesure de protection

L'article 1222 du code de procédure civile permet la consultation du dossier :

- par le requérant et son éventuel avocat, sans condition ;
- par toute personne visée par l'article 430 du code civil, et son éventuel avocat, sur autorisation expresse du juge des tutelles, en raison d'un intérêt légitime justifié. La décision du juge autorisant ou refusant cette consultation est une mesure d'administration judiciaire. Par conséquent, aucun formalisme n'est imposé, et elle n'est pas susceptible de recours (art. 1224 du code de procédure civile).

A tout moment de la procédure

Que ce soit avant comme après le jugement ouvrant ou modifiant une mesure de protection, l'article 1222-1 du code de procédure civile permet la consultation du dossier, sous réserve d'une demande écrite au juge et sans aucune autre condition que celles liées au fonctionnement du service du greffe (la demande écrite a pour seul objectif d'organiser des plages horaires de consultation des dossiers au greffe du tribunal) :

- par le majeur à protéger ou protégé, et son éventuel avocat ;
- par la ou les personnes en charge de la mesure de protection.

Les précautions possibles en cas de consultation par le majeur

A l'instar de ce qui est prévu pour le mineur et son entourage en matière d'assistance éducative (art. 1187 du code de procédure civile, alinéa 4), l'article 1222-1 précité prévoit dans son alinéa 2 que, lorsque le majeur à protéger ou protégé demande à consulter le dossier, le juge peut, au préalable, « exclure tout ou partie des pièces de la consultation si celle-ci est susceptible de lui causer un préjudice psychique grave ». Les juges savent depuis longtemps les conséquences graves que peut entraîner sur une personne vulnérable, qui connaît une fragilité psychique ou des troubles psychiatriques importants, la lecture d'un certificat médical qui contient des indications précises sur son état de santé et sur sa personnalité. Les perturbations préjudiciables, que la prise de connaissance directe et brutale de ces éléments est susceptible d'entraîner sur les personnes concernées par la protection, justifient ce devoir de vigilance du juge et son droit de « trier » les éléments consultables par la personne vulnérable. L'ordonnance excluant certaines pièces de la consultation doit être motivée par le juge, et notifiée au majeur à protéger ou protégé, qui peut en interjeter appel. Cette exclusion ne concerne, bien sûr, pas l'avocat éventuel du majeur qui peut consulter l'entier dossier.

Des précautions semblables à l'égard du mineur sous tutelle

Afin de protéger le mineur sous tutelle, ses parents et son tuteur contre « tout danger physique ou moral grave », la consultation de son dossier est soumise aux mêmes strictes conditions que celles posées en matière d'assistance éducative par l'article 1187 du code de procédure civile. Cela résulte du nouvel article 1222-2 du code de procédure civile.

3.3.2. Les copies de pièces

La délivrance sans restriction à l'avocat du majeur, mais réservée exclusivement à son usage

Aux termes de l'article 1223 du code de procédure civile, l'avocat du majeur à protéger ou protégé doit pouvoir obtenir toute copie des pièces du dossier, sans aucune restriction. En revanche, à l'instar de ce qui est déjà prévu en matière d'assistance éducative à l'article 1187 du code précité modifié par le décret n° 2002-361 du 15 mars 2002, l'avocat ne peut communiquer les copies obtenues ou une reproduction de celles-ci à son client ou à un tiers. S'il est de l'intérêt du majeur que des pièces de son dossier de protection puissent être communiquées dans une procédure judiciaire (pénale, par exemple), il appartiendra à l'avocat de solliciter de la juridiction compétente que les pièces soient versées aux débats par le juge des tutelles.

La délivrance encadrée du compte de gestion

Répondant à une demande des familles en faveur d'une plus grande transparence dans la gestion du patrimoine des personnes protégées, le législateur de 2007 a prévu les conditions de communication d'une copie du compte de gestion et des pièces justificatives à l'article 510 du code civil :

- le tuteur doit les remettre chaque année, sans condition ni restriction, à la personne protégée, mineur de seize ans au moins ou majeur, et au subrogé-tuteur s'il en a été nommé un ;
- le tuteur peut les remettre chaque année, s'il l'estime utile, aux autres personnes chargées de la protection du mineur ou du majeur (par exemple, au tuteur à la personne, aux membres du conseil de famille...);
- le juge des tutelles peut autoriser leur communication, par le tuteur, en tout ou partie, s'ils justifient d'un intérêt légitime, au conjoint, au partenaire du pacte civil de solidarité conclu par la personne protégée, à un parent, à un allié ou un proche de celle-ci, et ce, aux frais du demandeur.

La délivrance sur autorisation des autres pièces du dossier

Aux termes de l'article 1223-1 du code de procédure civile, après le prononcé du jugement de mise sous protection, le juge des tutelles peut autoriser la délivrance de copies de pièces du dossier, sur justification d'un intérêt légitime :

- au majeur protégé ;
- à la personne chargée de la mesure de protection.

La décision du juge autorisant ou refusant cette délivrance de copies est une mesure d'administration judiciaire, et n'est donc pas susceptible d'appel (art. 1224 du code de procédure civile).

3.3.3. Les copies de décisions

Le nouveau rôle du juge des tutelles

L'article 1223-2 du code de procédure civile reprend les mêmes dispositions que celles qui figuraient aux articles 1213 et 1219 anciens, et prévoit que la délivrance de copies de délibérations du conseil de famille et des décisions de justice afférentes à la mesure de protection n'est possible « qu'aux parties et aux personnes investies des charges tutélaires concernées par ces délibérations et décisions ». Néanmoins, le nouvel article confie désormais au juge des tutelles, et non plus au président du tribunal de grande instance, le pouvoir d'autoriser un tiers « justifiant d'un intérêt légitime » à en obtenir des extraits. La décision du juge autorisant ou refusant cette délivrance d'extraits de délibération ou de décision de justice est une mesure d'administration judiciaire. Par conséquent, aucun formalisme n'est imposé et elle n'est pas susceptible d'appel (art. 1224 du code de procédure civile).

3.4. Le nouveau délai de réponse aux requêtes

Un principe participant à une bonne gestion des mesures

Afin de permettre qu'une réponse aux requêtes liées au fonctionnement de la mesure soit apportée dans des délais compatibles avec une bonne gestion de la mesure de protection, le nouvel article 1229 du code de procédure civile prévoit que le juge doit répondre aux requêtes qui lui sont adressées pendant le cours d'une mesure de protection, – donc postérieurement à son ouverture –, dans les trois mois de la réception de celles-ci. Cette disposition n'étant pas assortie de sanctions, elle revêt avant tout un caractère incitatif. Elle s'inspire du principe existant déjà en matière de prorogation de délibéré au dernier alinéa de l'article 450 du code de procédure civile. Sont ainsi visées, notamment, les demandes d'autorisation d'accomplir des actes de disposition (vente d'immeuble, acceptation de succession...), et les actes touchant à la protection de la personne (en particulier ceux mentionnés aux art. 459, dernier alinéa, 459-1 et 459-2 du code civil).

Des exceptions liées aux nécessités et contraintes de la décision judiciaire

Ce délai ne s'applique néanmoins pas si le juge est amené à recueillir des éléments d'information nécessaires à la prise de décision, s'il ordonne la production de pièces complémentaires, recourt à une mesure d'instruction ou à toute autre investigation. Il importe en effet que ce délai posé comme un principe de bonne administration et de bonne gestion des mesures de protection ne nuise pas à la qualité des réponses apportées par les magistrats. Dès lors, si des investigations sont diligentées par le juge, quelle que soit leur nature, le délai de trois mois n'est plus applicable. Le juge doit cependant, avant l'expiration du délai de trois mois, aviser le requérant de ce qu'il ordonne de telles investigations, et il doit lui indiquer la date prévisible, à laquelle il estime pouvoir rendre sa décision. En résumé, que le juge statue sur la requête ou qu'il avise le requérant des investigations diligentées et de la date prévisible de la décision, une réponse doit être apportée à l'auteur de la requête dans les trois mois.

4. Le conseil de famille

La loi du 5 mars 2007 a :

- inversé le principe posé par la loi de 1968 qui faisait de la constitution du conseil de famille la règle en matière d'organisation de la tutelle des majeurs (cf. 4.1) ;
- repris et modernisé les dispositions applicables au conseil de famille (cf. 4.2) ;
- créé un conseil de famille sans juge (cf. 4.3).

4.1. Une modalité d'organisation de la tutelle des majeurs qui devient l'exception

La prise en considération par la loi d'un principe de réalité

La pratique avait largement anticipé l'inversion des principes posés par la loi de 1968 : la lourdeur de la mise en place et du fonctionnement du conseil de famille en faisait, statistiquement, une modalité d'organisation de la tutelle de plus en plus rare (0,3 % des tutelles). Désormais, l'article 456 du code civil subordonne l'institution d'un conseil de famille à deux conditions cumulatives : « si les nécessités de la protection de la personne ou la consistance de son patrimoine le justifient et si la composition de sa famille ou de son entourage le permet ». La loi donne au juge un très large pouvoir d'appréciation de l'opportunité d'organiser ou non un conseil de famille, quelles que soient les demandes ou vellétés de l'entourage de la personne protégée. Cette modalité, si la famille du majeur n'est pas trop dispersée, présente l'avantage de constituer une instance délibérative collégiale, au sein de laquelle le juge joue un rôle d'influence plus que de décision.

4.2. Des dispositions légales et réglementaires à la fois constantes et modernisées

Des principes repris pour l'essentiel

Les dispositions applicables au conseil de famille se retrouvent, comme sous l'empire de l'ancienne loi, réparties entre le code civil (art. 397 à 405 et 456 et 457) et le code de procédure civile (art. 1234 et 1235). Elles sont en grande partie communes aux mineurs et aux majeurs. Elles correspondent largement à celles qui figuraient, sous la loi de 1968, dans le code civil et que le législateur de 2007 a considéré comme relevant de la matière réglementaire. Les dispositions retenues ont été conservées dans leur principe, regroupées pour certaines, et ont fait l'objet d'une simplification rédactionnelle.

Des règles actualisées

Des changements sont néanmoins apportés par la réforme, dans un souci de pragmatisme et de renforcement du contradictoire :

- le conseil de famille, désormais comme le juge des tutelles, peut statuer sur les empêchements, retraits et remplacements qui concernent le tuteur ou le subrogé tuteur (art. 397 du code civil, auquel renvoie l'art. 456) ;
- le retrait d'une charge tutélaire ne peut être effectué sans que son titulaire ait été entendu ou appelé : cela s'applique non seulement au tuteur et au subrogé tuteur, mais désormais aussi aux membres du conseil de famille (art. 397 du code civil) ;
- le juge doit désigner au moins quatre membres (il n'y a plus de maximum) dans le conseil de famille, y compris le subrogé tuteur et désormais le tuteur (mais non le juge), ce qui abaisse le plancher puisque le tuteur n'était pas membre du conseil de famille auparavant (art. 399 du code civil, auquel renvoie l'art. 456) ;
- les critères de choix des membres du conseil de famille d'un majeur vont au-delà des conditions d'aptitude et de proximité prévues pour la constitution du conseil de famille du mineur, puisqu'ils sont alignés sur ceux prévus à l'article 449 du code civil pour la désignation du tuteur choisi parmi les proches : le juge doit tenir compte des sentiments exprimés par le majeur, de ses relations habituelles, de l'intérêt porté à son égard et des recommandations éventuelles de sa famille et de son entourage (art. 456, alinéa 2) ;
- le régime des excuses, considéré comme désuet et inadapté (actuels art. 434 et suivants du code civil), n'est pas repris ;
- la possibilité pour les membres du conseil de famille d'être représentés est supprimée, leur présence étant désormais exigée : en effet, l'évolution des compositions familiales ne permet pas de maintenir la possibilité de représentation, notamment pour les couples, dans des conditions de stabilité et de sécurité juridique satisfaisantes (art. 1234-2 du code de procédure civile) ;
- les amendes sont également supprimées car inadaptées et sans effet ; la sanction pour absence au conseil de famille, sans excuse légitime, est la suppression de la charge tutélaire (art. 1234-2 du code de procédure civile) ;
- la règle de vote au sein du conseil de famille est précisée (art. 1234-5 du code précité).

4.3. Le conseil de famille « sans juge »

Une innovation dans le fonctionnement du conseil de famille

La loi du 5 mars 2007 a prévu qu'à certaines conditions, le conseil de famille du majeur peut se réunir hors la présence du juge (art. 457 nouveau du code civil). Il s'agit d'une modalité particulière et ponctuelle (donc non pérenne, ni a fortiori définitive) du fonctionnement d'un conseil de famille constitué préalablement selon les règles classiques décrites ci-dessus, mais dont le tuteur ou le subrogé tuteur est un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. En effet, aux termes des articles 399, alinéa 3, et 456, alinéa 2, du code civil, le juge des tutelles peut désigner comme membres du conseil de famille, non seulement les parents, alliés, mais également toute personne qui manifeste ou porte un intérêt à l'égard de la personne protégée ; cette disposition permet au juge de considérer plus largement l'entourage de la personne, en tenant compte des professionnels qui ont, soit, à un moment donné, été désignés pour exercer seuls la mesure de protection du majeur concerné, soit ont été sollicités à plusieurs reprises pour avis par les membres de la famille et ont pu nouer des liens informels mais réels et constructifs avec la personne protégée.

Le juge est libre d'autoriser ou de refuser cette modalité de fonctionnement, il peut la suggérer si elle lui paraît adaptée à la situation, notamment lorsque le conseil de famille est composé de proches du majeur entre lesquels existent une réelle capacité de dialogue et une confiance mutuelle, dans un souci commun de veiller au mieux sur la personne et sur les intérêts du majeur protégé ; la présence du juge n'est pas utile lorsqu'un climat de « bienveillance » familiale règne et permet de prendre les décisions nécessaires sans conflit ni contradiction d'intérêts, la présence du mandataire judiciaire à la protection des majeurs pouvant constituer une sorte de garantie de compétence sur certaines questions et l'avantage d'un avis neutre.

Une procédure précise mais simple

La procédure permettant la mise en place et le fonctionnement de ce conseil est précisée par l'article 457 du code civil et par les articles 1237 à 1238 du code de procédure civile. Cette procédure a été voulue simple et claire, dans un souci pédagogique, puisqu'elle a vocation à être mise en œuvre par les familles.

Le juge autorise le conseil de famille à se réunir et à délibérer hors de sa présence, pour des motifs qu'il apprécie librement. Sa décision n'est pas susceptible de recours (art. 1237 du code de procédure civile). Quand le conseil est autorisé à se réunir sans le juge, il désigne en son sein un président et un secrétaire qui ne peuvent être ni le tuteur ni le subrogé tuteur, ce qui exclut donc de la présidence et du secrétariat du conseil le mandataire judiciaire à la protection des majeurs. L'ordre du jour de la réunion doit être préalablement transmis au juge par le président ; aucun délai ni aucune formalité ne sont imposés pour cette transmission, mais il paraît prudent d'inviter le président désigné à transmettre cet ordre du jour dans les huit jours qui précèdent la réunion, et ce par lettre recommandée ou remise au greffe. Le président désigné exerce les mêmes missions que celles dévolues au juge en ce qui concerne la convocation, la réunion et la délibération du conseil de famille : il choisit le lieu (hors du tribunal, au domicile de l'un des membres du conseil de famille, par exemple), la date et l'ordre du jour, qui peut contenir des suggestions des membres du conseil ou de la personne protégée elle-même ; il établit ou fait établir par le secrétaire désigné les convocations des membres du conseil à la réunion.

Le juge peut toujours, et à tout moment, convoquer une réunion du conseil de famille sous sa présidence (art. 457, dernier alinéa, du code civil).

Des décisions susceptibles d'opposition

Les décisions prises par le conseil font l'objet d'une délibération signée par tous les membres présents à la réunion ; cette délibération est remise au greffe ou lui est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception par le président désigné (art. 1237-1 du code de procédure civile). Tout membre du conseil de famille peut s'opposer à la délibération dans les quinze jours de celle-ci, par requête auprès du juge. Le juge peut s'opposer également à la délibération dans le délai de quinze jours de la remise ou de la réception de la lettre recommandée. Qu'il statue à la suite d'une requête en opposition d'un membre du conseil de famille ou qu'il forme lui-même opposition à la délibération, le juge rend une ordonnance, non susceptible de recours, par laquelle il convoque et réunit à nouveau, dans le délai d'un mois, le conseil de famille dont il assure alors la présidence, et ce aux fins de délibérer à nouveau sur le même objet que la délibération critiquée. Pour la suite de cette procédure, les règles du droit commun du fonctionnement du conseil de famille sont alors applicables (art. 1234-1 à 1235, 1239-3 et 1239-4 du code de procédure civile). A défaut d'opposition contre la délibération du conseil de famille autorisé à se réunir et à délibérer hors de la présence du juge, celle-ci prend effet à l'expiration du délai de quinze jours de sa réception par le juge (art. 457, alinéa 3, du code civil et art. 1238, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile).

5. La désignation de la personne chargée de la protection

La réforme confirme la priorité familiale posée par la loi de 1968 dans le choix de la personne chargée de la mesure de protection (5.1). Le législateur de 2007, néanmoins conscient des difficultés limitant ou empêchant le choix familial, a souhaité réorganiser et réglementer l'activité tutélaire non familiale et l'a unifiée en créant les « mandataires judiciaires à la protection des majeurs » (5.2). La loi nouvelle élargit par ailleurs l'éventail des configurations en permettant de confier la même mission de protection à plusieurs personnes ou de répartir les rôles dans l'exercice de la mesure (5.3).

5.1. La priorité aux liens familiaux, d'affection ou de confiance

Le primat de la volonté individuelle anticipée

Alors que pour les mineurs la désignation anticipée d'un éventuel tuteur était déjà possible sous l'empire de la loi de 1968, rien de comparable ne figurait dans la loi pour les majeurs. La réforme comble cette lacune par les dispositions de l'article 448 du code civil. Désormais, toute personne majeure peut procéder à la désignation anticipée d'un éventuel curateur ou tuteur, et ce dans les formes prévues à l'article 1255 du code de procédure civile : par une déclaration devant notaire ou par un acte écrit en entier, de la main de son auteur qu'est le majeur concerné et daté et signé par celui-ci. Cette désignation s'imposera au juge saisi, sauf si celui-ci constate que la personne désignée refuse la mission, ou se trouve dans l'impossibilité de l'exercer, ou qu'il est dans l'intérêt du majeur d'écarter la personne désignée, notamment si les relations entre cette personne et le majeur ou ses proches sont conflictuelles, empruntes de méfiance ou intéressées.

Le juge conserve donc sa pleine liberté d'appréciation et d'évaluation de l'intérêt du majeur, y compris dans l'hypothèse où le majeur a conclu un mandat de protection future mais que celui-ci n'a pas été mis en œuvre. En effet, lorsque le juge saisi d'une demande de protection souhaite savoir si le majeur a passé un mandat de protection future afin de respecter sa volonté ou, à tout le moins, de connaître ses intentions, il doit, quand bien même est avéré qu'un mandat a été conclu, vérifier par l'instruction de la demande de protection les raisons pour lesquelles ce mandat n'a pas été mis en œuvre alors que le mandant est touché par une altération de ses facultés. Si dans le cadre des auditions de la personne vulnérable mais surtout de son entourage, le juge ne rencontre pas le mandataire – soit qu'il ne se fasse pas connaître malgré la dégradation de l'état de santé du mandant, soit que nul ne mentionne son existence parmi les proches du mandant – la question se pose sérieusement de l'intérêt pour le mandant que le mandataire, désigné des années auparavant, puisse se voir confier la protection de sa personne et de ses biens. Le choix fait par le mandant à une époque où il nouait des relations de pleine confiance avec le mandataire peut ne plus être dans son intérêt le jour venu de la nécessité de la protection.

L'importance de la volonté parentale

Cette désignation anticipée est également permise, aux termes de l'article 448, alinéa 2, du code civil, pour les parents d'un enfant mineur ou majeur à charge, dont l'état de santé mentale ou physique pourrait nécessiter une mesure de curatelle ou de tutelle après le décès de ses parents ou en cas d'incapacité de ceux-ci. Les mêmes formes que celles décrites ci-dessus sont requises pour cette désignation, étant précisé que dans ce cas « le majeur concerné », visé par l'article 1255 du code de procédure civile, doit s'entendre de l'auteur de l'acte que sont le ou les parents de la personne à protéger ; cette désignation anticipée s'impose au juge dans les mêmes conditions que celles décrites au paragraphe précédent.

Cette disposition se différencie de la tutelle testamentaire prévue à l'article 403 du code civil ; en effet, la désignation anticipée du tuteur par les parents d'un mineur, telle que prévue à l'article 403, est prise en compte dans le cadre de la tutelle d'un mineur devenu orphelin, tutelle qui prend fin à la majorité de l'enfant.

La désignation anticipée prévue par l'alinéa 2 de l'article 448, si elle peut être effectuée par les parents pendant la minorité de leur enfant, ne peut être prise en compte que dans le cadre de la curatelle ou de la tutelle qui sera prononcée au bénéfice de l'enfant devenu majeur. Cette disposition vise à répondre aux inquiétudes des parents d'enfants gravement handicapés qui, préoccupés de l'avenir et du devenir de ceux-ci, souhaitent pouvoir choisir la personne qui leur paraît la plus à même d'assumer une mesure d'assistance ou de représentation de l'enfant après sa majorité, lorsqu'eux-mêmes ne pourront plus le faire.

Le choix du juge soumis à un ordre de priorité des liens de famille ou d'alliance

Que ce soit en curatelle ou en tutelle, le juge des tutelles choisit, dans la famille et parmi les proches du majeur, la personne la plus à même d'exercer la mesure de protection. L'évolution des compositions familiales, et notamment des couples, justifie que l'article 449 du code civil envisage désormais toutes les situations conjugales.

Ce texte guide le choix du juge en déclinant le principe de subsidiarité, en ordre de priorité comme suit :

- le conjoint du majeur, le partenaire avec lequel il a conclu un pacte civil de solidarité, ou son concubin sauf si la vie commune a cessé entre eux ou si une autre cause empêche de lui confier la mesure ;
- un parent, ascendant, descendant, ou collatéral ;
- un allié ou une personne résidant avec le majeur et entretenant avec lui des liens étroits et stables.

L'exclusion de proches qui ne résident pas avec le majeur ?

Alors que la loi de 1968 donnait au juge la liberté, en matière de curatelle, de désigner, outre le conjoint de la personne protégée, « tous autres curateurs » (ancien art. 509-1 *in fine*), le nouvel article 449 du code civil limite ce choix à la liste susmentionnée et, dans son alinéa 2 *in fine*, exclut la possibilité pour le juge de désigner comme curateur ou tuteur une personne proche du majeur mais qui ne réside pas avec lui (un ami de longue date, un voisin attentionné...).

Dès lors, lorsque les mesures de curatelle, ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi, dans lesquelles le curateur désigné n'entre plus dans la catégorie des personnes pouvant être désignées par le juge, devront être renouvelées, le juge devra changer le curateur, sauf si la personne en curatelle, dans la perspective de ce renouvellement, a procédé à la désignation anticipée de son futur curateur ou tuteur, prévue par l'article 448 du code civil, dans les formes requises par l'article 1255 du code de procédure civile.

Le choix du juge guidé par la volonté du majeur à protéger

En l'absence de désignation anticipée du curateur ou du tuteur, ou si celle-ci doit être écartée pour les motifs visés par la loi, le choix de la personne chargée d'exercer la mesure de protection doit être fait par le juge en considération « des sentiments exprimés » par le majeur, de « ses relations habituelles, de l'intérêt porté à son égard et des recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage » (art. 449 du code civil). Ces éléments sont recueillis lors de l'audition du majeur et de toute autre personne (art. 1220-4 du code de procédure civile).

5.2. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs

L'unification des acteurs tutélaires par la loi

Lorsque le juge ne peut désigner une personne figurant parmi les membres de la famille ou les proches de la personne à protéger ou protégée, il désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs (art. 450 du code civil). Cette dénomination regroupe désormais l'ensemble des personnes qui, aux termes de l'article L. 471-1 du code de l'action sociale et des familles, « exercent à titre habituel les mesures de protection des majeurs que le juge des tutelles leur confie au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire ». Ces mandataires sont inscrits sur une liste unique, dressée et tenue à jour par le préfet du département, après avis conforme du procureur de la République (*cf. supra* sur le rôle du procureur de la République dans l'établissement de la liste). Ils rassemblent l'ensemble des intervenants

tutélaires qui, avant la réforme de 2007, se répartissaient entre différentes catégories, hétérogènes et disparates, et qui ne relevaient ni du même mode de recrutement, ni des mêmes critères de désignation, ni des mêmes modalités d'agrément et de financement. Il s'agissait :

- des gérants de tutelle bénévoles ;
- des gérants de tutelle hospitaliers ;
- des gérants de tutelle privés ;
- des associations, type UDAF.

La volonté de professionnaliser l'activité tutélaire

Le législateur de 2007 vient répondre aux critiques formulées à l'encontre de ces intervenants non familiaux, en termes de compétence, de qualification et de déontologie. La réforme inclut désormais l'ensemble de l'activité tutélaire dans le droit commun de l'action sociale et médico-sociale. En conséquence, l'inscription des mandataires judiciaires à la protection des majeurs sur la liste prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles est soumise à des conditions strictes et identiques de formation ou d'expérience, de compétence, de moralité, d'agrément ou d'autorisation, selon qu'ils exercent à titre individuel ou dans un cadre associatif ou institutionnel, et d'assurance ou de garantie de responsabilité ; ces conditions répondent à un niveau d'exigence correspondant à une véritable professionnalisation. Elles sont vérifiées par les services départementaux des préfetures et soumises également au contrôle du procureur de la République. Les nouveaux mandataires judiciaires à la protection des majeurs inscrits sur la liste obéissent en outre, dans le cadre de l'exercice de leur mission, à des règles communes de contrôle et de sanctions administratives et pénales en cas de défaillance ou de faute.

L'harmonisation de la rémunération des mandataires et du financement de l'activité

Le principe posé par l'article 419 du code civil, et repris par l'article L. 471-5, alinéa 1^{er}, du code de l'action sociale et des familles, est que la personne protégée finance sa protection, totalement ou partiellement, dans la mesure de ses moyens. En l'absence de ressources suffisantes, un financement public subsidiaire assure la rémunération du mandataire désigné. Ce financement public est désormais unifié et défini selon des critères plus équitables, plus précis et plus clairs. En ce qui concerne les personnes morales (associations), il repose désormais sur un principe de dotation globale, ce qui correspond à un budget mensuel par structure, calculé à partir d'indicateurs d'activité annuels. Pour les personnes physiques (gérants privés), ce principe n'est pas retenu et le système de rémunération sur la base d'un tarif mensuel forfaitaire par mesure maintenu. Les décrets au rapport du ministre en charge des affaires sociales précisent l'ensemble des dispositifs de rémunération et de financement.

Maintien du principe de l'indemnité complémentaire fixée par le juge mais dans des conditions restrictives, « à titre exceptionnel »

L'article L. 471-5 précité dispose, en son alinéa 2, que le juge peut allouer au mandataire judiciaire à la protection des majeurs une indemnité complémentaire à la rémunération décrite ci-dessus. Cette indemnité est subordonnée, aux termes de ce texte :

- à l'existence des circonstances exceptionnelles : le mandataire ne peut la solliciter que très ponctuellement et il ne s'agit pas, comme avant la réforme, d'en faire un complément de rémunération afin de compenser les incohérences ou les insuffisances du financement des mesures auxquelles la loi de 2007 a mis un terme ;
- au respect de conditions de forme : l'avis du procureur de la République doit être recueilli ;
- à la preuve de conditions de fond : elle est fondée sur la preuve de la nécessité pour le mandataire d'accomplir des actes « impliquant des diligences particulièrement longues ou complexes », indispensables à l'exercice de la mesure de protection ; il peut s'agir notamment du règlement d'une succession importante et conflictuelle entre des héritiers parmi lesquels se trouve le majeur protégé (qui nécessite des rendez-vous répétés chez le notaire, des réunions familiales difficiles, une étude précise du contenu de la déclaration de succession et de ses incidences fiscales et financières sur le patrimoine du majeur), ou de la gestion de nombreux biens immobiliers ou fonciers, ou bien de celle d'un portefeuille important pour lequel il n'y a pas de contrat de gestion de patrimoine confié à un tiers professionnel en application de l'article 500, alinéa 3, ou encore de la vente d'un patrimoine indivis important hors du territoire national.

L'indemnité complémentaire est fixée selon un barème national établi par un décret d'application au rapport du ministre en charge des affaires sociales.

Le cas particulier des personnes physiques exerçant à titre individuel

En vertu du décret n° 2008-1553 du 31 décembre 2008 relatif à l'exercice individuel de l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, ceux qui sont plus communément appelés les « gérants privés » bénéficient de conditions de fonctionnement qui, en raison du caractère « libéral » de leur activité, sont moins encadrées. Les juges des tutelles ont besoin de disposer d'un panel large d'intervenants qualifiés, afin de choisir la structure ou la personne compétente la plus adaptée à une situation donnée ; le contenu et le niveau d'exigence de la protection d'une personne vulnérable est très variable, notamment en ce qui concerne la protection des biens qui nécessite un niveau de qualification et de disponibilité qui peut être étroitement lié à la composition et à l'importance du patrimoine. Lorsque ce patrimoine est complexe, étendu ou disparate et nécessite un suivi plus important qu'à l'ordinaire, le juge est enclin à en confier la gestion à un gérant privé

qui non seulement a déjà fait preuve de compétence, mais sait aussi se rendre disponible, dans la logique du caractère libéral de son activité. Il est donc très utile, voire indispensable, que les juges puissent continuer de leur confier des mesures méritant leur implication et leurs compétences spécifiques.

Néanmoins, en l'absence de seuil d'activité limitant le nombre de dossiers gérés par une même personne physique, la vigilance des juges des tutelles doit être appelée sur le nombre de dossiers qu'ils confient à chaque gérant privé, afin de garantir que la mesure soit exercée dans de bonnes conditions, notamment au regard des nouvelles exigences posées par le code civil en ce qui concerne la protection de la personne, qui suppose écoute, disponibilité, et vigilance. Le juge peut ainsi être amené à limiter le nombre de dossiers suivis par une seule personne. Pour cela, le décret d'application, relevant du ministre en charge des affaires sociales, relatif à l'exercice à titre individuel de l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs prévoit que les gérants privés communiquent chaque semestre au juge des tutelles le nombre de dossiers qu'ils suivent dans leur cabinet. Cet indicateur d'activité doit permettre au juge de répartir les dossiers de protection selon une configuration équilibrée, permettant à chaque mandataire d'exercer sa mission dans les meilleures conditions, en tenant compte de la responsabilité qui s'y attache.

5.3. De nouvelles configurations tutelaires : des mesures faisant intervenir une ou plusieurs personnes

Alors que, sous l'empire de la loi de 1968, le juge des tutelles ne pouvait opter qu'entre la constitution d'un conseil de famille complet et la désignation d'un tuteur ou curateur unique, le nouvel article 447 du code civil élargit les dispositifs offerts, permettant au juge de désigner une ou plusieurs personnes comme curateurs ou tuteurs et le nouvel article 454 permet la désignation d'un subrogé curateur ou subrogé tuteur, ce qui était jusqu'à présent réservé aux mesures organisées avec un conseil de famille.

Une mission commune ou divisée entre plusieurs personnes

Au regard de la situation de la personne protégée, de la consistance de son patrimoine et des aptitudes des candidats à l'exercice de la mission de protection, le juge peut désigner un seul curateur ou tuteur, ou plusieurs, exerçant en commun la mesure de protection. Dans ce dernier cas, à chaque curateur ou tuteur est confiée la même mission : chacun dispose des mêmes prérogatives dans l'exercice de la mesure et, lorsqu'il agit seul, il est considéré, à l'égard des tiers, avoir reçu du ou des autres curateurs ou tuteurs le pouvoir de faire seul les actes d'administration. Cette double désignation vient, notamment, répondre aux attentes des parents d'enfants majeurs gravement handicapés qui déploreraient de devoir choisir lequel, du père ou de la mère, devait être désigné comme tuteur lorsqu'une mesure de protection était nécessaire ; désormais, les deux parents peuvent être désignés.

Par ailleurs, la réforme reprend le dispositif figurant à l'ancien article 417 du code civil qui permet au juge de diviser la mesure entre une personne en charge de la gestion du patrimoine et une autre en charge de la protection de la personne, tenant compte ainsi des qualifications ou compétences, de la disponibilité au quotidien ou encore de liens privilégiés entre les personnes désignées et la personne protégée. Dans cette optique, le juge peut également confier la gestion de certains biens à un curateur ou tuteur adjoint, répartissant d'une autre façon, en fonction de la configuration patrimoniale et familiale, les tâches et charges afférentes à la gestion patrimoniale. Dans ces hypothèses, les personnes désignées sont indépendantes et ne sont pas responsables l'une envers l'autre, sauf autre décision du juge ; en tout état de cause, elles ont un devoir d'information mutuelle.

Ces différentes possibilités devraient faciliter la prise en charge familiale, soit en associant plusieurs personnes afin de rendre la charge moins lourde, soit en répartissant les tâches entre les membres d'une même famille en fonction des affinités ou de la disponibilité de chacun, soit en divisant la mesure entre un proche du majeur plus à même d'assurer la protection de la personne et un mandataire judiciaire à la protection des majeurs plus qualifié pour gérer le patrimoine.

Une mission de surveillance et de suppléance en amont du juge

Alors que la loi de 1968 ne prévoyait la désignation d'un subrogé tuteur que lorsque la tutelle était organisée avec un conseil de famille, la réforme élargit cette possible désignation à toutes les configurations d'organisation de la protection : curatelle comme tutelle, avec ou sans conseil de famille. Le même double rôle de surveillance générale et de suppléance ponctuelle est dévolu au subrogé curateur ou au subrogé tuteur : au terme de l'article 454, alinéa 4, il surveille les actes passés par le curateur ou le tuteur et doit informer le juge sans délai s'il constate des fautes, et ce sous peine d'engager sa responsabilité à l'égard de la personne protégée. En outre, il assiste ou représente cette dernière lorsque le curateur ou tuteur est en opposition d'intérêts avec elle, ou lorsque les limitations de sa mission ne lui permettent pas de l'assister ou de la représenter. A ces missions classiques déjà prévues dans l'ancien article 420 du code civil, la réforme de 2007 y ajoute l'obligation pour le curateur ou le tuteur d'informer et de consulter son subrogé avant d'accomplir « tout acte grave », ces termes renvoyant à des notions déjà connues, décrites par la jurisprudence ou la doctrine ; en outre, le décret relatif à la liste des actes d'administration et de disposition devrait aider les acteurs de la protection à mieux cerner le contenu d'un « acte grave ».

La désignation d'un subrogé curateur ou subrogé tuteur dans une mesure de protection confiée à un membre de la famille peut permettre au juge, en particulier lorsque des tensions existent, d'instituer un système de contrôle interne à la famille, participant à diminuer les éventuelles suspensions, et ce sans la lourdeur de l'organisation d'un conseil de famille.

6. Les nouveaux cas de fin des mesures de curatelle et de tutelle

L'article 443 du code civil dispose que la mesure prend fin non seulement dans le cas d'un jugement de mainlevée et dans celui du décès du majeur protégé, mais désormais aussi « en l'absence de renouvellement, à l'expiration du délai fixé » (cf. 6.1) et si l'éloignement de la personne protégée résidant hors du territoire national « empêche le suivi et le contrôle de la mesure » (cf. 6.2).

6.1. L'expiration du délai

Des effets juridiques sans la nécessité d'un jugement

Corollaire de la durée déterminée de la mesure de protection imposée par l'article 441 du code civil, la sanction de son non-renouvellement dans le délai fixé par le jugement prononçant la mesure est posée dès le début de l'article 443 du même code : c'est la fin de plein droit de la mesure, donc le retour à la pleine capacité pour le majeur. La mesure prend fin par l'effet même de la loi, sans qu'il soit juridiquement nécessaire qu'un jugement soit pris, de la même façon que lors du décès de la personne protégée.

L'expiration de la durée maximum de la mesure est, en effet, à l'instar du décès de la personne protégée ou encore de l'accomplissement des actes pour lesquels une sauvegarde de justice a été ordonnée (art. 439 du code civil) un événement ayant, par lui-même, des effets juridiques sans qu'un jugement doive le constater. Afin, néanmoins, de permettre une publicité de ce retour à la pleine capacité du majeur, alors qu'aucune décision judiciaire n'est prononcée et donc aucune mention au répertoire civil effectuée, le nouvel article 1233 du code de procédure civile prévoit que, lorsqu'une mesure de protection a pris fin par l'expiration du délai fixé, avis en est donné par tout moyen par le greffe du tribunal d'instance, saisi par tout intéressé, au greffe du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est née la personne protégée aux fins de conservation au répertoire civil et de publicité par mention en marge de l'acte de naissance. Le retour à la pleine capacité du majeur sera ainsi opposable aux tiers.

6.2. L'éloignement hors du territoire national

Un principe de réalité

Qu'il s'agisse d'un majeur de nationalité française ou étrangère, le départ d'une personne protégée hors du territoire national, de façon durable, peut être source de difficultés importantes. En effet, l'éloignement géographique du majeur rend quasiment impossible le suivi et le contrôle des actes touchant à sa personne, et ce alors que les exigences posées par les nouvelles dispositions des articles 457-1 à 462 du code civil nécessitent que la personne en charge de sa protection informe le juge et recueille son consentement ; en outre, pour les actes les plus importants, le juge doit également entendre la personne protégée avant de les autoriser. Par ailleurs, lorsque le patrimoine est complexe ou conséquent et a été transféré, ou progressivement constitué, dans le pays étranger de résidence du majeur protégé, le contrôle de sa gestion peut soulever des difficultés liées à la compréhension de documents en langue étrangère ou à l'impossibilité d'entendre le majeur sur certains choix essentiels (ventes immobilières, donations...). Ces difficultés ou obstacles à l'exercice effectif du suivi et du contrôle des mesures peuvent être source d'abus, générer la détérioration de la situation personnelle ou patrimoniale du majeur et être à l'origine de préjudices graves pour celui-ci ; la responsabilité du service public de la justice, voire celle du juge lui-même, sont susceptibles d'être engagées.

C'est pourquoi le juge peut désormais mettre fin à une mesure de protection en prenant un jugement de mainlevée motivé par les circonstances et les conditions de l'éloignement géographique qui empêchent l'effectivité du suivi et du contrôle de la mesure.

Cette disposition de l'article 443 du code civil s'inscrit dans le cadre des principes posés par la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, qui privilégie la compétence du juge de la résidence habituelle de l'adulte (cf. *supra*).

7. Les voies de recours

Elles ne font pas l'objet d'une réforme importante mais d'une simplification (cf. 7.1), à laquelle s'ajoutent quelques nouveautés qui répondent à un souci d'efficacité (cf. 7.2).

7.1. Des dispositions à droit constant mais simplifiées ou actualisées

Ouverture du recours à davantage de personnes

Le recours demeure ouvert, dans les mêmes conditions que sous l'ancien texte, au requérant lorsque le juge refuse d'ouvrir une mesure de protection (art. 1239-2 du code de procédure civile), aux membres du conseil de famille et au juge des tutelles s'agissant des délibérations du conseil de famille (art. 1239-3 du code précité) ainsi qu'au procureur de la République et aux personnes auxquelles la décision est notifiée (art. 1240 et 1241 du code de procédure civile).

Néanmoins, la liste des personnes pouvant former un recours, prévue à l'article 1239, alinéa 2, du code précité, est élargie, puisqu'elle vise les personnes mentionnées à l'article 430 du code civil, plus nombreuses que celles qui étaient visées par l'ancien article 493.

Suite à la réforme du partage issue de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités et à celle du 5 mars 2007, une nouvelle disposition mentionne les personnes qui peuvent former un recours contre la décision du juge des tutelles ou du conseil de famille autorisant le partage amiable (art. 1239-1 du code de procédure civile).

En outre, l'article 1250 du code de procédure civile confirme la possibilité d'un recours, ouvert aux personnes mentionnées aux articles 1230 et 1230-1 (requérant, personne en charge de la protection, majeur protégé, procureur de la République, personnes désignées par le juge), contre la désignation du mandataire spécial désigné dans le cadre d'une sauvegarde de justice ou contre le contenu de ses pouvoirs.

Précision du point de départ du délai

Le point de départ du délai de recours à l'encontre des ordonnances du juge et à l'encontre des délibérations du conseil de famille est précisé à l'égard de chaque type de recours (art. 1241 à 1241-2 du code de procédure civile).

Suppression de l'enregistrement

Les modalités d'enregistrement des recours sur un répertoire tenu par le greffe ne sont pas reprises car les dispositions de droit commun des articles 726 et suivants du code de procédure civile s'appliquent (art. 1239 du code de procédure civile).

7.2. Des dispositions nouvelles et pragmatiques

Un recours désormais formé au greffe du tribunal de grande instance

L'article 1242 du code de procédure civile précise que l'ensemble des recours, tant sur le principe de la mesure que sur la personne désignée pour l'exercer, est désormais formé par requête remise ou adressée au greffe du tribunal de grande instance. Ce greffe est désormais compétent pour délivrer les certificats de non-recours, conformément à l'article 505 du même code.

Principe de réalité et de continuité de la mesure

Une nouvelle disposition donne au juge des tutelles le pouvoir de prendre toute décision nécessaire à la préservation des droits et intérêts de la personne protégée pendant le délai d'examen du recours, mettant ainsi en œuvre le principe de continuité des mesures et tenant compte de la réalité des mesures de protection, susceptibles d'évolution à tout moment (art. 1246, alinéa 3, du code de procédure civile).

Etendue du recours

L'article 1243 du code de procédure civile impose à l'auteur d'un recours qui en restreint l'étendue de le préciser. En effet, en pratique, il peut être important pour le juge de savoir si la mesure contestée est susceptible d'être remise en cause dans son principe même ou seulement en ce qui concerne le choix du régime ou encore le choix de la personne à laquelle est confiée l'exercice de la mesure de protection.

Suspension de l'exécution provisoire

Afin de combler un vide juridique, l'article 1232 prévoit les modalités de suspension de l'exécution provisoire en cas de recours. Elles s'inspirent directement des dispositions de l'article 524 du code de procédure civile, dont la jurisprudence faisait jusqu'à présent application, à défaut de règle particulière aux mesures de protection.

B. – LES CHANGEMENTS APPORTÉS AU CONTENU DES MESURES DE PROTECTION

Les changements concernent la sauvegarde de justice (*cf.* 1), la curatelle (*cf.* 2), la curatelle renforcée (*cf.* 3), la tutelle (*cf.* 4), la protection de la personne (*cf.* 5) et la gestion du patrimoine (*cf.* 6).

1. La sauvegarde de justice

Les nouveautés portent sur quelques aspects de la sauvegarde de justice médicale et de celle prise pour la durée de l'instance (*cf.* 1.1), ainsi que sur l'instauration d'un troisième dispositif de sauvegarde de justice (*cf.* 1.2) et sur la mention dans le code de procédure civile de l'accès au répertoire civil (*cf.* 1.3).

1.1. Quelques nouveautés dans les dispositifs de sauvegarde médicale et de sauvegarde prise pendant la durée de l'instance

La sauvegarde dite « médicale » : maintien du principe et nouveautés dans la durée et les modalités de renouvellement

La réforme maintient le dispositif prévu à l'article 434 du code civil, en conservant les mêmes conditions d'ouverture : il s'agit d'une déclaration médicale faite au procureur de la République dans les conditions prévues à l'article L. 3211-6 du code de la santé publique. Les deux hypothèses de déclaration de sauvegarde de justice sont maintenues. D'une part, celle,

facultative, du médecin traitant qui constate que la personne a besoin d'être protégée et qui accompagne sa déclaration au procureur de la République de l'avis conforme d'un médecin psychiatre. D'autre part, celle obligatoire du médecin de l'établissement de soins (psychiatrique ou non) qui constate le besoin de protection d'une personne hospitalisée.

Cette mesure peut être désormais prise pour une durée n'excédant pas un an renouvelable une fois, mais ce renouvellement ne peut intervenir que par voie judiciaire (art. 439, alinéa 1^{er}, du code civil qui renvoie à l'art. 442, alinéa 4, du code civil). Le juge des tutelles, soit d'office soit sur requête du parquet ou d'une des autres personnes visées à l'article 430 du code civil, au vu d'un certificat médical, et après audition du majeur (sauf dérogation permise, en cas d'urgence, par l'art. 433, alinéa 3, du code civil), peut prononcer le renouvellement de la sauvegarde de justice pour une durée totale qui ne peut dépasser deux ans (ce qui suppose de tenir compte de la durée de la sauvegarde de justice initiale).

Cette mesure de sauvegarde de justice peut prendre fin soit par une nouvelle déclaration du médecin au procureur attestant que la situation qui avait justifié la déclaration de sauvegarde a cessé, soit par la radiation de la déclaration médicale sur décision du procureur (art. 439, alinéa 3, du code civil). En toute hypothèse, elle cesse à l'expiration du délai d'un an, éventuellement renouvelé, ou par l'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle à partir du jour où celle-ci prend effet.

La sauvegarde pour « la durée de l'instance » : maintien du principe et nouveautés dans la durée, l'audition obligatoire de la personne, le contenu du mandat spécial et l'obligation de rendre compte du mandataire

Le juge saisi d'une demande d'ouverture de curatelle ou de tutelle peut toujours prononcer une mesure de sauvegarde de justice pendant la procédure, jusqu'au prononcé définitif de la mesure elle-même.

Cette mesure ne peut désormais être prononcée qu'après l'audition de la personne à protéger, sauf urgence justifiant que l'audition soit différée (art. 433, alinéa 3.), et sauf si les conditions de dispense de l'audition décrites par l'article 432 du code civil sont établies par un avis médical.

Elle ne peut excéder un an, non renouvelable puisqu'elle est soumise à la caducité de la requête en ouverture d'une mesure de protection juridique, prévue à l'article 1227 du code de procédure civile, qui demeure encourue un an après la saisine du juge. En toute hypothèse, cette mesure de sauvegarde prend fin en cas de mainlevée prononcée par le juge, ainsi qu'à l'issue du jugement prononçant soit l'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle, soit le rejet d'une telle mesure.

Pendant cette mesure de sauvegarde, le juge peut désormais confier au mandataire spécial, éventuellement désigné, des actes déterminés (art. 433 du code civil), y compris touchant à la protection de la personne (art. 438 du code civil). En outre, le mandataire désigné doit systématiquement (et non plus seulement si le juge le demande) rendre compte de l'exécution de son mandat dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que celles prévues en matière de tutelle (art. 437, dernier alinéa, du code civil).

1.2. L'instauration d'une troisième sauvegarde

La nouvelle sauvegarde de justice dite renouvelée

La sauvegarde de justice peut désormais être prononcée comme une mesure à part entière, lorsque le juge constate que la personne « a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés » (art. 433 du code civil) ; elle peut donc ne plus s'inscrire dans le cadre exclusif de l'instruction d'une curatelle ou d'une tutelle. Comme la précédente, elle est décidée par le juge en raison de l'altération des facultés de la personne à protéger, prévue à l'article 425 du code civil, et constatée par le certificat médical joint à la requête initiale en ouverture d'une mesure de protection juridique. A l'instar de la sauvegarde prise pour la durée de l'instance, elle ne peut être prononcée qu'après l'audition de la personne concernée, sauf urgence ou conditions de dispense de l'audition établies conformément à l'article 432 du code civil.

Le juge peut désigner un mandataire spécial auquel il confie l'accomplissement d'actes déterminés, d'administration ou de disposition du patrimoine, ainsi que des actes importants touchant à la protection de la personne.

Un dispositif pour faciliter les transitions à certains âges de la vie

Cette mesure présente des avantages qui devraient favoriser son prononcé, en particulier dans les périodes de transition dans la vie des personnes vulnérables, notamment lorsque l'environnement familial de la personne s'avère présent et bienveillant. En effet, cette sauvegarde permet, lorsqu'une famille s'entend bien, s'est organisée et réparti la prise en charge du majeur (âgé ou souffrant d'un handicap ancien) à travers un système de procurations, de ne pas l'obliger à recourir à la mesure lourde et longue de la tutelle, uniquement en raison d'un acte ou d'une série d'actes personnels importants (changement de résidence avec éloignement géographique ou modification importante de l'environnement social et relationnel...) ou d'actes de disposition ponctuels (vente du domicile ou de la maison de campagne, déblocage d'un placement, acceptation d'une succession) à accomplir et qui ne peuvent l'être en raison de l'inaptitude de fait du majeur à apposer sa signature ou à en discerner pleinement le contenu et les enjeux. Avec cette nouvelle disposition, ces actes pourront être effectués pendant le temps nécessaire et suffisant (d'un an ou deux maximum) de la mesure de sauvegarde de justice, avec toute la sécurité juridique requise, tant au regard de la protection des intérêts patrimoniaux qu'à l'égard

de la vérification, autant que possible, de la volonté de la personne protégée. Le mandataire en rendra compte dans les conditions évoquées dans le paragraphe ci-dessus. Le juge pourra constater ensuite, au vu des actes accomplis, que la mesure n'est plus nécessaire, qu'éventuellement la protection de la personne est assurée par d'autres moyens (procuration, règles des régimes matrimoniaux, mandat de protection future) et il ordonnera la mainlevée de la mesure de sauvegarde. En toute hypothèse, cette mesure prend fin soit à l'expiration du délai maximum, soit, si le juge l'a indiqué dans le jugement prononçant la mesure, à l'issue de l'accomplissement des actes déterminés pour laquelle elle a été ordonnée.

1.3. *La publicité restreinte de la mention au répertoire spécial*

Mention sur le répertoire spécial du parquet et conditions du droit d'accès

Le principe de la mention de toute sauvegarde sur ce répertoire est repris à l'article 1251 du code de procédure civile. Le droit d'accès à ce répertoire, qui figurait à l'article 10 de la loi du 3 janvier 1968, est désormais codifié à l'article 1251-1 du même code : le procureur de la République peut délivrer copie de toute déclaration de sauvegarde mentionnée sur le répertoire :

- aux autorités judiciaires ;
- aux personnes énumérées à l'article 430 du code civil, qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une mesure de protection juridique ;
- aux avocats, avoués, notaires et huissiers de justice, dès lors que ceux-ci justifient en avoir l'utilité dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions.

Ainsi, l'absence de publicité de la sauvegarde de justice, qui ne peut faire l'objet d'une inscription au répertoire civil, est compensée, notamment dans l'intérêt des professionnels et pour assurer la sécurité juridique des actes notariés, par cette publicité restreinte au répertoire spécial.

2. **La curatelle**

La mesure de curatelle, tout comme la tutelle présentée plus loin, ne fait pas l'objet de nombreux changements, mais de quelques améliorations de son fonctionnement. En outre, la curatelle « pour prodigalité, oisiveté et intempérance » est supprimée.

Maintien des grands principes et nouveautés dans son fonctionnement

La loi nouvelle rappelle que la curatelle demeure un régime d'assistance et non de représentation, mais le texte précise désormais que cette assistance se manifeste, dans un acte écrit, par l'apposition de la signature du curateur.

Si le principe selon lequel le curateur ne peut agir seul est réaffirmé, l'article 469 du code civil innove en permettant au curateur de solliciter du juge l'autorisation d'accomplir un acte déterminé au nom du majeur protégé si celui-ci compromet gravement ses intérêts, permettant ainsi une sorte de parenthèse de « représentation » dans le cours de la curatelle. Cette autorisation ne peut être qu'exceptionnelle. Si ce comportement persiste, le curateur peut saisir le juge d'une demande d'ouverture d'une mesure de tutelle.

Le principe de l'assistance du curateur pour l'emploi des capitaux est rappelé à l'article 468, alinéa 2, mais, conformément au principe de l'individualisation des comptes posé par l'article 427 du code civil, la perception des capitaux est soustraite du champ de l'assistance : ils doivent être versés directement sur un compte ouvert au seul nom de la personne protégée, mentionnant néanmoins son régime de protection.

L'aménagement de la curatelle : à tout moment, dans le respect des dispositions de l'article 442

La réforme reprend le principe posé à l'ancien article 511, permettant au juge d'étendre ou de réduire la capacité de la personne sous curatelle (art. 471 du code civil). Mais, désormais, le juge peut procéder à cet aménagement à tout moment, soit à l'ouverture de la mesure, soit ultérieurement d'office ou sur requête. En outre, il n'est plus contraint, pour décider un aménagement de la curatelle, de solliciter l'avis du médecin traitant, mais il est tenu d'appliquer le principe posé à l'article 442 du code civil, qui fixe la procédure de modification d'une mesure, prévoyant notamment un certificat du médecin inscrit sur la liste du procureur en cas d'aggravation de la mesure.

Disparition de la curatelle « pour prodigalité, intempérance, oisiveté »

Lors de l'examen par le Parlement du projet de loi de réforme, les rapporteurs des commissions des lois ont souligné que la curatelle « pour prodigalité, intempérance et oisiveté » présentait le risque d'entraîner les personnes qui rencontrent des difficultés économiques, sociales ou financières vers un régime de protection juridique emportant une privation de leurs droits disproportionnée et constituant un frein à leur autonomie. Ils ont estimé qu'avec l'instauration de la mesure d'accompagnement social personnalisé et de la mesure d'accompagnement judiciaire « la curatelle doit retrouver sa véritable place ». A partir du 1^{er} janvier 2009, lors du réexamen par le juge de la mesure, sa mainlevée devra être ordonnée au visa de la loi nouvelle, le juge conservant néanmoins la possibilité, au vu d'un certificat médical, de « convertir » cette mesure en une autre mesure de protection juridique adaptée. Si les difficultés de la personne ne sont pas liées à une altération avérée de ses facultés, et si elle perçoit des prestations sociales, le juge pourra l'inviter à contacter les services sociaux aux fins de mettre en place une mesure d'accompagnement social personnalisé.

3. La curatelle renforcée

Cette mesure, très souvent ordonnée dans la pratique, est désormais prévue à l'article 472 du code civil, qui apporte une innovation en permettant au juge de la prononcer « à tout moment » et non plus seulement dans le cadre de l'ouverture d'une mesure, ou à échéance de celle-ci.

La curatelle renforcée est reprise dans ses principes par la loi nouvelle, pour ce qui est de son contenu et de son fonctionnement, et connaît deux types de changement : ceux qui concernent les comptes et la gestion des revenus et capitaux (*cf.* 3.1), ceux touchant au pouvoir de représentation du curateur (*cf.* 3.2) ; en outre, sont précisées les modalités de contrôle de la gestion du curateur (*cf.* 3.3).

3.1. Les comptes et la gestion des revenus et capitaux

L'autorisation systématique d'ouverture d'un compte géré par le curateur

L'article 472 précité prévoit que « le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière ». Il convient en conséquence, en raison du nouvel article 427 du même code qui ne permet l'ouverture d'un autre compte de la personne protégée qu'avec l'autorisation du juge, dans l'intérêt de celle-ci, de prévoir systématiquement, dans le jugement prononçant la curatelle renforcée, l'autorisation donnée au curateur d'ouvrir un nouveau compte, au nom de la personne protégée mais exclusivement géré par le curateur. Les trames de décision mises à disposition ont intégré cet impératif afin d'éviter au curateur non muni de cette autorisation de revenir vers le juge ultérieurement, retardant ainsi la mise en place de la mesure.

Le sort de l'excédent au terme de l'article 472

L'article 472 précité dispose que le curateur « assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains ». L'ancien article 512 du code civil se limitait à préciser que l'excédent était déposé « sur un compte ouvert chez un dépositaire agréé », laissant les juges et les curateurs libres d'affecter ces sommes sur un compte d'épargne ou sur un compte laissé à la disposition de la personne protégée.

Dans le rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat lors de l'examen de la réforme au Parlement, par le sénateur Henri de Richemont, il est indiqué que « la curatelle renforcée est une mesure lourde. Le majeur n'a plus accès directement à ses revenus : le curateur gère, paye les factures, place les économies, devient l'interlocuteur de la banque et des divers créanciers... » (page 180 du rapport). La notion même de « dépenses » visée par le législateur dans le nouvel article 472 peut impliquer la constitution « d'économies » donc d'épargne, dès lors que ces économies ne sont que le provisionnement de dépenses courantes fixes (logement, énergie, impôts, assurances, etc.) ou prévisibles (déménagement, voyages, procès, santé, équipement médical de la personne ou du lieu de résidence, etc.). L'excédent, qui doit être mis à la disposition de la personne protégée, peut dès lors, être considéré comme la somme restant après que toutes ces dépenses nécessaires à ses besoins ont été provisionnées. Ce provisionnement des dépenses ne peut nuire au train de vie de la personne protégée, ni permettre que le curateur constitue une épargne au nom de la personne protégée, dans un but autre que celui de participer à son bien-être présent et à venir. Comme la tutelle, la curatelle ne peut viser la préservation des intérêts successoraux.

L'encadrement possible de la libre disposition des fonds

Si la situation tant patrimoniale, financière que personnelle du majeur sous curatelle le justifie, le juge peut encadrer la libre disposition des comptes. En effet, en application de l'article 471 décrit ci-dessus qui lui permet d'aménager la curatelle en augmentant ou en diminuant la capacité du majeur protégé, le juge peut imposer l'assistance du curateur pour certains actes, et en particulier pour la gestion des comptes laissés à la disposition du majeur, diminuant ainsi le risque, notamment lorsque les sommes disponibles sont importantes, que la liberté de gestion laissée au majeur favorise la dilapidation de ses revenus, soit par des affectations disproportionnées mettant en péril sa capacité à subvenir à ses besoins, soit par l'immixtion de tiers mal intentionnés ou incompétents parvenant à le dépouiller de ses ressources.

3.2. Le pouvoir de représentation du curateur

Pour conclure un bail

Outre ce qui a été exposé ci-dessus à propos de l'article 469 alinéa 2 qui permet à tout curateur (dans une curatelle simple, aménagée ou renforcée) de solliciter l'autorisation du juge de représenter le majeur pour l'accomplissement d'un acte lorsque celui-ci compromet gravement ses intérêts, l'article 472 alinéa 2 permet au juge, dans le cas d'une curatelle renforcée, d'autoriser le curateur à conclure un bail d'habitation ou une convention d'hébergement assurant le logement de la personne protégée, au nom de celle-ci. Cette disposition s'inscrit dans la volonté de répondre aux situations d'urgence et de précarité, où la première des protections est celle de loger sans délai les personnes vulnérables. Néanmoins, ce pouvoir du curateur doit être appliqué de telle sorte qu'il ne porte pas atteinte au droit, posé à l'article 459-2 du code civil, de la personne protégée de choisir librement son logement.

3.3. Les modalités de contrôle de la gestion du curateur

Les mêmes exigences qu'en tutelle

Si l'ancien article 509-2 du code civil rendait applicables à la charge de curateur les dispositions relatives aux charges tutélaires, le nouvel article 472 dernier alinéa pose clairement l'application à la personne en charge d'une mesure de curatelle renforcée des dispositions concernant l'inventaire, l'établissement et le contrôle des comptes prévues aux articles 503, et 510 à 515 du code civil. Ses comptes seront donc établis et contrôlés comme ceux d'un tuteur.

4. La tutelle

La réforme n'a que très peu modifié le contenu de cette mesure, réaffirmant les grands principes et les modalités de fonctionnement qui figuraient dans la loi de 1968. Quelques apports sont à souligner.

L'allègement de la tutelle : à tout moment, sans avis du médecin traitant

A l'instar de ce qui est prévu pour l'aménagement de la curatelle, l'allègement de la mesure de tutelle peut être effectué par le juge à tout moment (lors de l'ouverture ou ultérieurement) et l'avis du médecin traitant n'est plus obligatoire (art. 473 alinéa 2 du code civil).

Acquiescement au jugement

Si l'ensemble des dispositions concernant les actions en justice menées ou défendues par le tuteur ne sont pas modifiées, la réforme a supprimé l'interdiction qui était faite au tuteur, par l'ancien article 464 du code civil, d'acquiescer au jugement sans autorisation du juge ou du conseil de famille.

Donations

La personne en tutelle peut désormais faire des donations à toute personne de son choix, sur autorisation du juge ou du conseil de famille ; les donations ne sont plus limitées aux descendants, au conjoint et aux frères et sœurs, et ne sont plus restreintes à des avances sur héritage. Néanmoins, l'article 909 du code civil prohibe toute donation d'une personne protégée au profit d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Saisi d'une requête aux fins d'autoriser une donation, le juge (ou le conseil de famille) appréciera (après avoir ordonné un examen médical ou une expertise, s'il l'estime nécessaire et proportionné à l'importance de la donation) dans quelle mesure le discernement de la personne en tutelle justifie qu'elle soit seulement assistée ou bien qu'elle soit représentée à l'acte de donation (art. 476, alinéa 1^{er}, du code civil).

Testament

La réforme a supprimé la nullité des testaments établis après l'ouverture d'une mesure de tutelle par la personne protégée : celle-ci peut désormais tester après ouverture de la mesure sur autorisation du juge (ou du conseil de famille) ; son tuteur ne peut, à cette occasion, ni l'assister ni la représenter.

La personne en tutelle peut révoquer seule son testament, sans autorisation, ni assistance, ni représentation, la loi du 5 mars 2007 ayant sur ce point confirmé le principe posé par la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

Comme pour les donations, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ne peuvent profiter de dispositions testamentaires d'une personne dont ils ont assuré la protection.

5. La protection de la personne

La loi du 5 mars 2007 donne valeur législative aux principes dégagés par l'arrêt du 18 avril 1989 de la Cour de cassation, selon lequel la protection juridique a pour finalité aussi bien la protection de la personne même du majeur que celle de ses biens (art. 415 et 425 du code civil). A défaut de précision du juge des tutelles dans son jugement d'ouverture, la protection couvre donc la personne et les biens (alinéa 2 de l'art. 425), mais le juge peut la limiter à l'une ou à l'autre.

Le principe posé par la réforme en matière de protection de la personne est celui de l'autonomie du majeur (art. 459, alinéa 1^{er}). Il s'agit d'une protection de la personne qui produit des effets indépendamment du régime de représentation ; il n'y a pas de tutelle à la personne comme il y a une tutelle aux biens, et l'autonomie du majeur prime, sauf décision spéciale du juge des tutelles.

Ce principe figure en tête des dispositions générales applicables aux mesures de protection juridique. Il se décline à travers l'importance donnée à l'information de la personne protégée (*cf.* 5.1), à son consentement (*cf.* 5.2), au contrôle des actes personnels par le juge (*cf.* 5.3) et aux conflits d'intérêts (*cf.* 5.4).

5.1. L'information de la personne protégée

Une information complète et adaptée

Parce qu'il ne peut y avoir de consentement éclairé sans une information complète et précise, l'article 457-1 du code civil pose en tête des principes gouvernant la protection de la personne, le droit à l'information de la personne protégée « sur

sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part ». L'information doit être délivrée par la personne chargée d'exercer la mesure de protection. Cette dernière doit adapter l'information à la personnalité et à la capacité de discernement du majeur protégé.

Une information qui n'exonère pas les tiers de leurs obligations propres

Mais le devoir d'informer le majeur protégé qui pèse sur la personne exerçant la mesure de protection ne dispense pas les tiers de leurs propres obligations d'information dans leurs relations avec le majeur protégé, sur les sujets ou dans les matières qui les concernent. Ainsi, par exemple, un médecin prodiguant des soins à une personne sous tutelle ne saurait se prévaloir du rôle et du devoir du tuteur pour s'exonérer de son obligation d'information à l'égard de son patient.

5.2. *Le consentement de la personne protégée*

Les actes strictement personnels

La loi écarte la notion d'assistance ou de représentation de la personne pour les actes « strictement personnels » dont l'article 458 du code civil donne une liste non exhaustive : la déclaration de naissance et la reconnaissance d'un enfant, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant, la déclaration du choix ou du changement de nom d'un enfant, le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. Le consentement de la personne protégée est un élément constitutif de l'acte. Conformément à la jurisprudence antérieure, si l'état de la personne ne lui permet pas de consentir, ces actes ne peuvent pas être accomplis, sauf ceux pouvant faire l'objet d'une décision judiciaire, comme la déclaration de naissance (art. 55 du code civil). Ces dispositions sont donc dérogatoires aux principes d'assistance ou de représentation du majeur prévus respectivement aux articles 467 et 473 du code civil.

Un principe applicable quel que soit le régime de protection

Quelle que soit la mesure de protection (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, mandat de protection future), et si la décision de placement sous ce régime ne limite pas expressément la protection à celle des biens, l'article 459, alinéa 1^{er} du code civil pose le principe d'autonomie de la personne, selon lequel le majeur protégé prend lui-même les décisions touchant à sa personne ;. La loi pose ainsi l'obligation de laisser le majeur protégé prendre seul les décisions touchant à sa personne et, à tout le moins, impose le recueil *a priori* du consentement de la personne protégée par la personne en charge de la protection.

Une prise en compte graduée des limites du discernement et de l'aptitude à consentir

Néanmoins, l'article 459 alinéa 2 du code civil permet au juge d'adapter l'exigence du consentement à la réalité de la personne et de le prendre en compte « dans la mesure » permise par son état. Si la personne protégée ne peut prendre une décision éclairée, le juge pourra prévoir, dès l'ouverture de la mesure ou ultérieurement en fonction de l'évolution de son état de santé, que le curateur ou le tuteur devra l'assister, ou que le tuteur devra la représenter dans les actes touchant à sa personne ; ainsi même dans le cadre d'une mesure de tutelle, le juge peut limiter le rôle du tuteur à une assistance pour ce qui concerne la protection de la personne.

Le juge peut prévoir que cette assistance ou cette représentation sera nécessaire pour l'ensemble des actes touchant à la personne ou pour certains d'entre eux seulement, ou pour une série d'actes. Il statuera au vu des éléments médicaux du dossier, figurant dans le certificat médical circonstancié, ou recueillis ultérieurement par l'intermédiaire de la personne protégée elle-même ou par son curateur ou tuteur.

En conséquence, si le juge n'a pas pris de décision encadrant spécifiquement la protection de la personne (par une assistance ou une représentation) comme décrit ci-dessus, le principe d'autonomie de la personne s'applique et il n'y a ni assistance ni représentation possible du majeur.

5.3. *L'encadrement de certains actes*

Des textes spécifiques prévoient un encadrement systématique de certains actes.

L'application du code de la santé publique

Selon l'article 459-1 du code civil, les dispositions particulières prévues par le code de la santé publique, ainsi que par le code de l'action sociale et des familles, qui prévoient l'intervention d'un représentant légal, demeurent intégralement applicables.

L'autorisation du juge pour les actes les plus graves

Aux termes du dernier alinéa de l'article 459 du code civil, la personne en charge d'une mesure de protection ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille, « prendre une décision qui aurait pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée ». Cette disposition couvre de nombreux actes touchant à la santé de la personne, comme les interventions chirurgicales, ainsi que ceux impliquant une immixtion du curateur ou du tuteur dans la vie affective de la personne protégée ou concernant le droit à l'image de la personne protégée.

Il convient de préciser que cette autorisation du juge ne sera requise que si la personne ne peut elle-même consentir à l'acte ; en conséquence, si le juge n'a pas indiqué, dans le jugement d'ouverture ou dans une décision ultérieure, que la personne, conformément aux dispositions prévues à l'article 459 alinéa 2, devait être assistée, voire représentée, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou pour certains d'entre eux, le curateur ou le tuteur n'aura pas à solliciter l'autorisation du juge, la personne prenant seule les décisions la concernant, en application de l'alinéa 1^{er} de l'article 459 du code civil.

Un régime d'autorisation et des conditions d'assistance précises pour le mariage et le PACS

Les articles 460 à 462 du code civil définissent de manière précise le régime des autorisations nécessaires et les conditions d'assistance des personnes protégées lors de leur mariage ou de la conclusion d'un pacte civil de solidarité. Ces règles sont les suivantes :

Mariage

Curatelle : autorisation du curateur ou à défaut du juge.

Tutelle : audition des futurs conjoints par le juge + autorisation du juge ou du conseil de famille + recueil, le cas échéant, de l'avis des père et mère et de l'entourage (fratrie, proches), étant souligné qu'il ne s'agit plus d'un accord des parents mais d'un simple avis et que l'avis du médecin traitant n'a plus à être recueilli.

L'audition du futur époux protégé par l'officier de l'état civil, conformément aux dispositions de l'article 63 du code civil, se fait hors la présence du tuteur ou du curateur.

PACS

Curatelle :

Assistance du curateur pour :

- signer la convention par laquelle la personne protégée conclut un pacte civil de solidarité ou lui apporte des modifications ;
- faire procéder à la signification de la rupture unilatérale du pacte ;
- procéder aux opérations de liquidation des droits et obligations du pacte ;
- aucune assistance par le curateur lors de l'enregistrement de la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance, ni lors de la rupture du pacte par déclaration conjointe ou unilatérale ;

Tutelle :

- audition des futurs partenaires par le juge + autorisation du juge ou du conseil de famille + recueil, le cas échéant, de l'avis des père et mère et de l'entourage (fratrie, proches), et de l'entourage pour la conclusion du pacte ;
- assistance du tuteur pour la signature et la modification de la convention ;
- aucune assistance ni représentation lors de la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance, ni lors de la rupture du pacs par déclaration conjointe ou unilatérale ;
- représentation par le tuteur pour procéder à la signification de la rupture unilatérale du PACS et pour recevoir cette signification lorsque la rupture est à l'initiative de l'autre partenaire, et pour procéder aux opérations de liquidation des droits et obligations du PACS ;
- initiative possible du tuteur (et donc représentation), autorisé par le juge ou le conseil de famille, pour procéder à la rupture unilatérale du PACS, après audition par le juge de la personne protégée et, le cas échéant, de ses père et mère et de l'entourage (fratrie, proches).

Qu'il s'agisse d'une curatelle ou d'une tutelle, lorsque le conjoint ou le partenaire du pacte civil de solidarité est le curateur ou le tuteur, il est réputé être en opposition d'intérêts avec la personne protégée : le juge devra nommer un curateur ou tuteur *ad hoc* pour les actes ou diligences nécessitant son assistance ou qui doivent lui être notifiés.

5.4. Liberté totale de la personne mais arbitrage du juge

Résidence et relations avec les tiers

Ces droits font partie de ceux soumis au consentement de la personne protégée, prévu par l'article 459 alinéa 1^{er} du code civil, et évoqué ci-dessus. Mais, afin de mettre en valeur les droits de la personne protégée dans le choix du lieu de sa résidence et dans ses relations avec les tiers, notamment au sein de la famille, et de clarifier le rôle du juge dans les conflits pouvant naître sur ces questions, l'article 459-2 du code civil prévoit spécialement que la personne protégée choisit le lieu de sa résidence, est libre d'entretenir des relations avec tout tiers, dans sa famille ou à l'extérieur, et qu'elle peut recevoir leur visite ou être hébergée chez ceux-ci.

En cas de conflit, le juge (ou le conseil de famille) peut être saisi par le majeur protégé ou la personne en charge de sa protection. Aux termes du nouvel article 1213 du code de procédure civile, il peut alors, soit à la demande de tout intéressé ayant un intérêt à agir (par exemple, un membre de la famille exclu par d'autres de toute relations avec le majeur, ou un des enfants du majeur qui s'oppose à ce que celui-ci vive au domicile d'un autre de ses enfants...) ou d'office,

provoquer un débat contradictoire, c'est-à-dire une audience (non publique) à laquelle sont convoquées les personnes concernées par le litige, afin d'exprimer leurs demandes et arguments. Le juge statue ensuite, et sa décision, notifiée selon les modalités prévues par l'article 1230 du code de procédure civile, est susceptible de recours dans les conditions prévues aux articles 1239 et 1239-3 et suivants du même code.

Mais ce renvoi à un débat contradictoire est une simple faculté offerte au juge, qui peut se contenter d'arbitrer le litige qui lui est soumis en répondant à la requête dans les trois mois de sa saisine (art. 1229 du code précité, *cf. supra* 3-4 de la section A).

5.5. *Le contrôle du conflit d'intérêts par le juge*

Une vigilance justifiée par la nature des actes et la position du préposé

Si l'article 459-1 du code civil rappelle que les dispositions relatives à la protection de la personne ne peuvent déroger à celles figurant dans le code de la santé publique prévoyant l'intervention d'un représentant légal (*cf. supra*), il ajoute que les diligences et actes graves prévus par ce code ne peuvent être accomplis par un préposé chargé d'une mesure de protection qu'avec l'autorisation spéciale du juge des tutelles. Le juge, lorsqu'il est saisi d'une requête tendant à obtenir une telle autorisation, doit vérifier que le préposé concerné agit en toute indépendance vis-à-vis de son employeur et qu'il n'existe pas de conflit entre les intérêts du majeur que le préposé a mission de protéger, et ceux de l'employeur auquel le préposé est subordonné.

Cette vérification par le juge de l'existence d'un conflit d'intérêts existe déjà dans la pratique, les magistrats veillant à ce que la nécessité invoquée par un tuteur d'accomplir un acte médical soit exclusivement justifiée par l'état de santé du majeur protégé et ne vise pas à répondre aux besoins de rentabilité de l'établissement où réside le majeur et pour lequel travaille le préposé.

6. La gestion du patrimoine

La réforme distingue certains actes et les encadre particulièrement, s'agissant de ceux touchant au logement, aux comptes et aux contrats d'assurance-vie (*cf.* 6.1). Elle crée une liste des actes d'administration et de disposition (*cf.* 6.2). Elle modifie les règles concernant l'inventaire, le partage, le mandat de recherche d'héritiers, les actes pouvant être confiés à un tiers et revalorise le montant de la valeur des biens pour lesquels l'autorisation du conseil de famille peut être suppléée par celle du juge (*cf.* 6.3).

6.1. *Les actes particulièrement encadrés*

6.1.1. Les actes touchant le logement

Le logement a toujours été considéré comme un point d'ancrage du majeur protégé dans la société, et à ce titre, comme justifiant une protection renforcée. La loi nouvelle consacre cette protection.

Liberté de choix et urgence d'un toit

Le principe posé à l'article 459-2 du code civil (*cf. supra*) est que le majeur choisit librement le lieu de sa résidence ; toute opposition d'un tiers, fût-il un membre de sa famille ou un proche, est inopérante. Si un conflit sur cette question divise la famille du majeur et perturbe ce dernier, le juge peut être saisi, soit par la personne protégée soit par la personne en charge de la protection ; le juge statue, arbitrant dans l'intérêt exclusif de la personne protégée.

Néanmoins, tenant compte des situations où, malgré le prononcé d'une mesure de curatelle renforcée, le majeur protégé refuse d'effectuer toute diligence aux fins de se loger, ce qui est susceptible d'aggraver sa situation sanitaire et sociale, le législateur a prévu que le juge peut autoriser le curateur à conclure seul un bail d'habitation ou une convention d'hébergement (par exemple, dans un foyer) assurant le logement de la personne protégée (art. 472 du code civil)

Préservation de la résidence : office du juge et avis médical

L'article 426 du code civil consacre la préservation de la résidence principale comme de la résidence secondaire de la personne protégée, ainsi que des meubles les garnissant : les organes chargés de la protection doivent agir de telle sorte que la personne protégée puisse les conserver le plus longtemps possible, que ce soit au regard de son état de santé, de ses besoins et de ses possibilités matérielles. Ces résidences et meubles ne peuvent faire l'objet que de conventions de jouissance précaire devant cesser dès le retour de la personne chez elle. Lorsqu'il est nécessaire de résilier un bail ou de vendre le bien immobilier, qu'il s'agisse de la résidence principale ou secondaire, l'autorisation du juge demeure nécessaire, mais sans l'avis du médecin traitant, contrairement à ce que prévoyait l'ancien article 490-2.

Cependant, lorsque l'acte en question a pour finalité l'accueil du majeur protégé dans un établissement, l'autorisation du juge doit être précédée d'un avis en ce sens d'un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République prévue à l'article 431 du code civil.

En tout hypothèse, l'article 426 ajoute désormais l'obligation de garder à la disposition de la personne protégée, non seulement ses souvenirs, ses objets personnels, mais également « ceux indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades », cette obligation pesant expressément sur l'établissement hébergeant le majeur.

6.1.2. Les actes concernant les comptes

Fermeté du principe de protection

Afin de mettre un terme définitif à la pratique dénoncée des comptes-pivots, le législateur de 2007 institue le principe de la protection du compte bancaire à l'article 427 du code civil. Celui-ci prévoit que, désormais, la personne chargée de la mesure de protection ne peut procéder ni à la modification des comptes ou livrets ouverts au nom de la personne protégée, ni à l'ouverture d'un autre compte ou livret auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds publics. Il s'agit plus particulièrement, pour les personnes chargées d'exercer les mesures dans le cadre de structures (associations, établissements), d'individualiser les comptes des majeurs protégés et de maintenir les banques choisies par eux.

Appréciation par le juge de l'intérêt du majeur

L'article 427 permet, cependant, un aménagement possible : si l'intérêt de la personne protégée le commande, le juge peut autoriser la personne en charge de la protection à déroger à ces principes.

L'intérêt de la personne protégée doit être apprécié par le juge au regard de la personnalité du majeur : le principe vise à ne pas perturber les personnes, notamment âgées ou souffrant d'un handicap, en les obligeant, à la suite du prononcé de la mesure, à changer d'interlocuteur ou de guichet bancaire ; les habitudes prises par les personnes vulnérables constituent des repères importants qu'il ne faut envisager de modifier qu'avec précaution et pour de justes motifs.

Cet intérêt peut aussi être évalué dans ses aspects économiques : la multiplication ou la dispersion des comptes entre plusieurs établissements peut être source de coûts (frais de virements, frais de gestion...) et de perte de temps et d'efficacité, qui peuvent nuire économiquement aux intérêts du majeur, et peuvent justifier que le juge autorise une certaine rationalisation de la situation bancaire.

6.1.3. Les actes relatifs au contrat d'assurance-vie

Des placements fréquents

L'un des placements à long terme les plus répandus dans notre pays est l'assurance vie, en raison de sa double vocation : celle de faire fructifier des capitaux, et celle de permettre la transmission du capital aux héritiers, grâce à la désignation d'un bénéficiaire qui, au décès du souscripteur, sera destinataire des fonds, pour une très grande partie hors droits de succession. Mais ce placement présente une caractéristique qui le rendait extrêmement dangereux pour les personnes vulnérables : le bénéficiaire désigné par le souscripteur pouvait « accepter » cette désignation, et par cet acte formel, bloquer toute possibilité pour le souscripteur, non seulement, de changer de bénéficiaire mais aussi de décider de récupérer ses fonds. Des abus ont été dénoncés par les familles découvrant, souvent au décès du majeur, la souscription d'un contrat d'assurance vie au profit d'un tiers.

Désormais placés sous surveillance

La loi du 5 mars 2007, complétée par la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007, qui a réformé le régime de l'assurance vie de manière générale, a considérablement atténué ces risques.

Il en résulte un nouvel article L. 132-4-1 du code des assurances aux termes duquel :

- la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie sont désormais possibles, pour un majeur en tutelle avec l'autorisation du juge (ou du conseil de famille), pour un majeur en curatelle avec l'assistance du curateur ;
- la désignation ou la substitution du bénéficiaire ne peuvent être accomplies pour un majeur en tutelle qu'avec l'autorisation du juge des tutelles (ou du conseil de famille), et pour un majeur en curatelle, qu'avec l'assistance du curateur ; néanmoins, aux termes de l'article L. 132-9 du code précité, il est prévu que pour un majeur en tutelle comme pour un majeur en curatelle, la révocation du bénéficiaire ne peut intervenir qu'avec l'autorisation du juge des tutelles (ou du conseil de famille). Cette dernière disposition, qui peut sembler entrer en contradiction avec l'article L. 132-4-1, devrait être prochainement modifiée pour être mise en cohérence.

Dans les deux hypothèses, l'article L. 132-4-1 (?) précité dispose que lorsque le bénéficiaire du contrat d'assurance sur la vie est le curateur ou le tuteur, il est réputé être en opposition d'intérêts avec la personne protégée ; dès lors, le juge désignera un tuteur ad hoc lorsqu'il sera saisi d'une requête, et le curateur sollicitera du juge la désignation d'un curateur ad hoc pour assister la personne protégée à sa place.

En outre, il est prévu que l'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance sur la vie conclu moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la curatelle ou de la tutelle du stipulant peut être annulée sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés.

Enfin, en tout état de cause, toute personne, protégée ou non, ayant souscrit un contrat d'assurance vie et désigné un bénéficiaire devra donner son accord à l'acceptation du bénéfice du contrat par son bénéficiaire et pourra, même en cas d'acceptation de ce dernier, « racheter le contrat » c'est-à-dire récupérer les fonds, sous réserve de l'accord du bénéficiaire (art. L. 132-9, I, alinéa 1^{er} *in fine*).

6.2. *La liste des actes d'administration et de disposition*

Un décret pour clarifier et classer

Le fonctionnement des régimes de protection repose sur la distinction essentielle entre ces deux types d'actes, les actes d'administration pouvant être accomplis par le seul tuteur ou par la personne en curatelle, les actes de disposition, par le tuteur autorisé par le juge ou par la personne en curatelle assistée du curateur. Or cette distinction essentielle reposait jusqu'à la réforme sur des critères fluctuants ou flous, tantôt précisés par la jurisprudence ou la doctrine, tantôt relevant d'une appréciation fondée sur le caractère important ou courant de l'acte. Pour mettre fin à l'insécurité juridique qui en résultait, une liste est désormais dressée par le décret n° 2008-1484 en date du 22 décembre 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.

Le décret pose les critères de la définition de chacun de ces deux types d'actes et comporte deux listes :

- une première liste où figurent les actes qui sont impérativement classés soit dans la catégorie des actes d'administration, soit dans celle des actes de disposition ;
- une seconde liste où figurent des actes classés dans l'une ou l'autre des deux catégories, mais que le tuteur peut, en raison des circonstances de l'espèce, classer dans l'autre catégorie ; par exemple, le paiement des dettes est classé dans la liste des actes d'administration puisqu'il s'agit d'une obligation légale que le tuteur doit exécuter au nom de la personne protégée sans que le juge ait à l'autoriser, mais si ce paiement nécessite une amputation importante du patrimoine de la personne, il devient un acte de disposition pour lequel le tuteur sollicitera l'autorisation du juge. Cette seconde liste prend en compte la nécessité d'une certaine souplesse des critères, afin de tenir compte de la multiplicité des situations concrètes qui peuvent se présenter ; cette liste n'est donc ni impérative ni exhaustive.

6.3. *Modifications relatives à divers actes concernant la gestion du patrimoine*

Le budget de la tutelle

L'ancien article 454 du code civil prévoyait le principe d'un budget de la tutelle établi par le conseil de famille, tant pour la tutelle d'un mineur que pour celle d'un majeur. Le nouvel article 500 reprend ce principe mais le rend applicable aux mesures où la tutelle du majeur s'exerce sans conseil de famille, c'est-à-dire dans la majorité des situations. Aux termes de cet article 500, le juge des tutelles « arrête le budget de la tutelle » sur proposition du tuteur. Le juge, au vu de la requête du tuteur et des pièces justificatives utiles, prévoit ainsi dans le jugement d'ouverture, ou le jugement renouvelant la tutelle, ou par une ordonnance ultérieure en cas de changement (en raison de l'évolution de la situation de la personne protégée), les sommes qui sont nécessaires pour une année, à l'entretien de la personne protégée, et au remboursement des frais d'administration de ses biens.

Cette disposition doit permettre tant au juge qu'au tuteur de mesurer, dès le début de la protection, la répartition des revenus entre d'une part le règlement des charges fixes, incompressibles, mais aussi prévisibles du majeur, et d'autre part, celles laissées sur un compte indisponible ou au contraire à la libre disposition du majeur. Ce budget permettra au juge saisi par le majeur de courriers réitérés sollicitant l'augmentation de « son argent de poche » de vérifier leur pertinence.

L'inventaire

L'inventaire prévu à l'article 503 du code civil pour les tutelles est désormais réglementé par l'article 1253 du code de procédure civile, tant dans son déroulement contradictoire que dans son contenu minimal. Cet inventaire peut être réalisé par le tuteur, en présence de deux témoins majeurs qui ne sont pas au service de la personne protégée (donc ni un employé, ni un soignant de celle-ci, mais tout parent, allié, ami, ou voisin). Il peut aussi être réalisé par un officier public ou ministériel, la présence de deux témoins n'étant alors pas nécessaire. L'inventaire est également obligatoire, et soumis aux mêmes modalités, en matière de curatelle renforcée (art. 472, alinéa 3), ainsi que lors de la mise en œuvre du mandat de protection future (*cf. infra*). Il n'est pas obligatoire en matière de curatelle simple.

Le partage

L'article 507 reprend l'ancien article 466 modifié par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, en le rendant expressément applicable aux majeurs protégés. La loi précitée de 2006 a simplifié la procédure de partage en la déjudiciarisant partiellement. Ainsi, la nécessité d'une autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles subsiste, mais l'homologation judiciaire du partage est, en revanche, supprimée. Cette formalité est remplacée par une approbation de l'état liquidatif par le conseil de famille ou le juge des tutelles ; faute de remplir ces conditions, le partage amiable ne vaut que comme partage provisionnel. L'article 1239-1 du code de procédure

civile prévoit que le recours à l'encontre d'une délibération du conseil de famille ou d'une décision du juge des tutelles rendue en matière de partage amiable est ouvert à l'administrateur légal ou au tuteur – selon que le partage concerne un mineur ou un majeur protégé –, aux membres du conseil de famille et aux autres parties intéressées au partage.

Enfin, l'article 507 du code civil confirme que le partage judiciaire est maintenu à titre subsidiaire.

Le mandat de recherche d'héritiers

L'article 420 dernier alinéa du code civil donne au mandataire judiciaire à la protection des majeurs la possibilité de délivrer un mandat de recherche des héritiers de la personne protégée, avec l'autorisation préalable du juge. L'article 1215 du code de procédure civile en régit les modalités. Ainsi, lors du décès de la personne protégée, si celle-ci n'a pas d'héritier connu, le mandataire saisit d'abord le notaire du défunt en vue du règlement de la succession, ou le président de la chambre départementale des notaires afin que celui-ci désigne un notaire. Si le notaire chargé du règlement de la succession ne parvient pas à identifier les héritiers du défunt, un mandat de recherche des héritiers peut être alors délivré, soit par le notaire lui-même, soit par le mandataire judiciaire à la protection des majeurs autorisé par le juge des tutelles. Cette disposition vise à contrôler les relations entre les généalogistes et les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, notamment afin d'éviter des conventions présuccessorales contraires aux dispositions prévues par l'article 36 de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 (cf. cet article sous l'article 892 du code civil).

Le contrat de gestion de patrimoine

L'article 500 alinéa 3 du code civil permet désormais expressément au juge d'autoriser un tuteur à conclure un contrat pour la gestion du patrimoine financier de la personne protégée. Cette disposition répond au besoin de pouvoir confier à des professionnels particulièrement qualifiés la gestion des portefeuilles importants de certains majeurs protégés. En effet, un tuteur, qu'il soit familial ou mandataire judiciaire à la protection de majeurs, n'a pas vocation à être un gestionnaire de patrimoine ; ses compétences en la matière, et sa rémunération, ne sont pas les mêmes que celles d'un professionnel travaillant dans un établissement financier et rémunéré par ses clients.

Les actes pouvant être confiés à un tiers

L'article 452 permet au curateur ou au tuteur de s'adjoindre le concours de tiers pour accomplir certains actes, qui, aux termes de l'article 4 du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil, sont des actes d'administration qui n'emportent ni paiement ni encaissement de sommes d'argent par ou pour la personne protégée ; la liste des actes d'administration figure dans les annexes I et II du décret précité, et il appartient donc au curateur ou au tuteur de ne s'adjoindre un tiers que pour ceux qui n'ont pas d'incidence financière sur le patrimoine de la personne protégée, outre les actes conservatoires que toute personne peut diligenter. Les tiers agissent sous la responsabilité du curateur ou du tuteur.

Les actes autorisés par le juge en suppléance du conseil de famille

Pris en application de l'article 502 du code civil, le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 précité revalorise à hauteur de 50 000 € le montant maximum de la valeur d'un bien sur lequel le juge peut autoriser un acte en lieu et place du conseil de famille. Cette valeur était fixée par l'article 8 du décret n° 65-961 du 5 novembre 1965 à 15 300 €. Son augmentation vise à faciliter le déroulement des mesures et à en accélérer le fonctionnement, en n'imposant la réunion d'un conseil de famille que lorsque les enjeux financiers le nécessitent.

C. – LES CHANGEMENTS APPORTÉS DANS LE CONTRÔLE DES MESURES DE PROTECTION

Les changements concernent la révision périodique des mesures (1), le rapport des actes touchant à la personne (2), et le contrôle des comptes de gestion (3).

1. Le nouveau principe de la révision périodique des mesures de protection

L'une des innovations majeures de la réforme du 5 mars 2007 est celle de la fin des mesures à durée indéterminée (cf. 1.1), qui laisse place au principe de leur révision périodique (cf. 1.2), dans des conditions précises (cf. 1.3).

1.1. La durée déterminée des mesures

Une durée de cinq années ou plus

L'article 441 du code civil impose au juge de fixer la durée de la mesure. Celle-ci ne peut être supérieure à cinq ans lorsqu'il s'agit de l'ouverture de la mesure.

Aux termes de l'article 442, alinéa 1^{er}, la mesure ainsi prononcée peut être renouvelée pour une même durée de cinq ans. Néanmoins, si l'altération des facultés de la personne « n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science », ce qui doit être constaté par le médecin inscrit sur la liste du procureur de la République, le juge peut, « par décision spécialement motivée », renouveler la mesure pour une durée supérieure, qu'il est libre de fixer, aucun maximum n'étant prévu par la loi.

1.2. *L'obligation de réviser la mesure*

Une obligation sanctionnée par la caducité de la mesure

Quelle que soit sa durée, la mesure doit être révisée par le juge. Si le juge n'a pas prononcé son renouvellement au terme de la durée fixée, la mesure est caduque : la personne retrouve sa pleine capacité par l'effet même de la loi, sans qu'il soit nécessaire qu'un jugement le constate (*cf. supra* I, A, 6-1).

1.3. *Conditions de la révision*

En vertu de l'article 442 du code civil, les conditions de révision varient selon que la mesure prononcée aggrave la précédente ou pas.

En cas d'aggravation de la mesure de protection

Si la mesure est aggravée, le juge doit avoir été saisi par l'une des personnes énumérées à l'article 430, et le certificat médical prévu par l'article 431 du code civil doit avoir été joint à la requête aux fins d'aggravation de la mesure (alinéa 4 *in fine* de l'art. 442 précité). Lorsque cette aggravation n'est apparue nécessaire qu'après que le juge a d'office convoqué la personne protégée aux fins de procéder à son audition, ou que seul un certificat médical rédigé par un médecin non inscrit sur la liste prévue à l'article 431 précité figure au dossier, le juge doit surseoir à statuer et renvoyer le dossier à une audience ultérieure en sollicitant soit du parquet, soit de la personne en charge de la mesure de protection, d'établir une requête aux fins d'aggravation de la mesure ou de faire examiner la personne protégée par le médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 du code civil.

Dans les autres cas de révision de la mesure

Si la mesure est levée, allégée, ou modifiée dans son contenu (sans pour autant que cela renforce le régime de protection en diminuant ou restreignant les droits de la personne protégée), ou si la mesure est simplement renouvelée en étant maintenue telle quelle, le juge statue soit d'office, soit sur saisine de l'une des personnes énumérées à l'article 430 du code civil, et au vu d'un certificat médical rédigé par tout médecin.

Modalités procédurales

Dans toutes les hypothèses de révision des mesures décrites ci-dessus, la procédure applicable est identique à celle prévue pour l'ouverture décrite aux articles 1220 à 1221, 1225 et 1226 du code de procédure civile (auditions, mesures d'instructions, communication du dossier au ministère public, audience de jugement). Néanmoins, l'audition du requérant prévue par l'article 1226 s'entend du requérant au renouvellement de la mesure, et n'a donc pas d'objet lorsque la procédure de révision est mise en œuvre d'office par le juge. En outre, lors de cette procédure, l'audition de la personne en charge de la mesure de protection doit être effectuée par le juge, conformément à l'article 442 alinéa 3 du code civil.

Inscription au répertoire civil

Les modalités de publicité prévues pour les jugements d'ouverture d'une mesure sont applicables aux jugements pris à l'issue d'une procédure de révision (art. 444 du code civil et 1233 du code de procédure civile).

2. **Le rapport des actes à la personne**

Périmètre et périodicité décidés par le juge

La protection de la personne fait l'objet d'un dispositif nouveau et impératif prévu aux articles 457-1 à 462 du code civil. Il est caractérisé par la place centrale de la volonté de la personne protégée, la recherche systématique de son consentement, la restriction très graduée de ses droits, l'encadrement des actes graves accomplis par le tuteur, les autorisations obligatoires et l'arbitrage du juge.

L'ensemble des démarches, diligences, et actes touchant à cette protection, doivent faire l'objet d'un compte rendu dans des conditions et selon des modalités librement déterminées par le juge, ou le conseil de famille s'il a été constitué, qu'il s'agisse de la périodicité, du contenu ou de la précision du rapport (art. 463 du code civil).

3. **Le contrôle des comptes**

De nouvelles dispositions, prévues aux articles 510 et 511 du code de procédure civile, portent sur l'accès aux comptes du majeur (*cf.* 3.1), les modalités de vérification et d'approbation (*cf.* 3.2), la possible dispense de les établir (*cf.* 3.3), et les conditions de leur conservation et de leur archivage (*cf.* 3.4).

3.1. *L'accès aux comptes*

La transmission systématique au majeur et au subrogé tuteur

Le premier nouveau principe à souligner est celui prévu à l'article 510, alinéa 3, qui impose la transmission chaque année à toute personne protégée âgée de seize ans au moins, par la personne en charge de la protection, d'une copie du compte de gestion, accompagné de toutes les pièces justificatives.

Cette transmission est également faite au subrogé tuteur s'il a été nommé.

La transmission encadrée aux autres personnes chargées de la protection et aux proches du majeur

Le tuteur peut par ailleurs transmettre une même copie du compte et des pièces justificatives aux autres personnes chargées de la protection s'il l'estime utile (par exemple, les membres du conseil de famille, s'il est constitué).

Le juge des tutelles peut autoriser, s'ils justifient d'un intérêt légitime, certains membres de la famille (conjoint, partenaire du pacs, parent, allié ou proche) à en obtenir communication, et ce, après avoir entendu la personne protégée et recueilli son accord, si celle-ci est âgée de seize ans au moins et si son état le permet (art. 510 alinéa 4 du code civil).

Les personnes autorisées peuvent avoir communication, par le tuteur, de l'entière copie du compte et de ses pièces justificatives, ou d'une partie seulement de ces documents, et ce, à leurs frais.

3.2. Les modalités de vérification et d'approbation

La non-opposabilité du secret professionnel ou bancaire

Qu'il s'agisse du tuteur pour l'établissement des comptes ou du greffier en chef pour leur vérification, les établissements auprès desquels sont ouverts le ou les comptes de la personne protégée doivent leur transmettre un relevé annuel de ceux-ci, sans pouvoir leur opposer le secret. Si certains établissements ont déjà une telle pratique, cette nouvelle disposition des articles 510 alinéa 2 et 511 alinéa 3 du code civil va permettre de la généraliser et de faciliter ainsi le travail d'établissement du compte de gestion, qui sera plus lisible.

Un éventail plus large de possibilités

Les nouveaux principes relatifs à la vérification et à l'approbation des comptes se déclinent comme suit :

- maintien par principe des compétences du greffier en chef, mais celui-ci pourra, le cas échéant, être assisté dans sa mission de contrôle dans des conditions qui seront prévues par le code de procédure civile (art. 511 alinéa 3) ;
- vérification du compte par le subrogé tuteur quand il existe, avant que celui-ci ne le transmette, avec ses observations, au greffier en chef, (art. 511 alinéa 2) ;
- possibilité pour le juge de confier entièrement la vérification et l'approbation du compte au subrogé tuteur (art. 511 alinéa 5) ;
- possibilité pour le juge de confier entièrement la vérification et l'approbation du compte au conseil de famille lorsque celui-ci est autorisé à se réunir sans le juge conformément à l'article 457 du code civil (art. 511 alinéa 6) ;
- possibilité pour le juge de confier entièrement la vérification et l'approbation du compte à un technicien (expert comptable, notamment) aux frais de la personne protégée, si les ressources de celle-ci le permettent et si l'importance de son patrimoine le justifie ; le juge fixe les modalités de la mission du technicien (art. 513 du code civil).

Le juge, recours en cas de contestation

Dans tous les cas précités, quelles que soient la personne et les modalités de vérification et d'approbation des comptes, le juge demeure le recours pour toute contestation. Il peut donc être saisi par toute personne chargée d'une mission de vérification et d'approbation qui refuse d'approuver le compte de gestion ; cette saisine du juge est faite au moyen de la transmission d'un rapport des difficultés rencontrées (art. 511 alinéa 4).

Un nouveau principe de dispense

Aux termes de l'article 512 du code civil, lorsque la mesure a été confiée à un tuteur familial, le juge peut le dispenser d'établir le compte de gestion et de le soumettre à l'approbation du greffier en chef, en raison de la « modicité des revenus et du patrimoine de la personne protégée ». Cette disposition doit permettre au juge de prendre plus particulièrement en compte la situation des majeurs lourdement atteints d'un handicap de naissance et qui demeurent au quotidien à la charge affective, morale et matérielle de leurs parents ; ces derniers pourvoient, souvent bien au-delà du montant de l'allocation adulte handicapé allouée au majeur, aux besoins de celui-ci, et il paraît alors inadapté de devoir leur demander des comptes sur la gestion des faibles ressources de l'enfant qu'ils assument presque totalement.

3.3. Reddition de comptes, remise et archivage

Reddition des comptes

A la différence de ce qui était prévu par la loi de 1968, la loi de 2007 impose au tuteur, non plus de faire un « récapitulatif des comptes » lorsque sa mission prend fin, mais d'établir le compte de sa gestion depuis l'établissement du dernier compte annuel (art. 514 alinéa 1^{er} du code civil).

Remise des comptes

Dans les trois mois suivant la fin de sa mission, le tuteur (ou ses héritiers) remet une copie des cinq derniers comptes annuels de gestion et du dernier compte, soit au majeur qui a retrouvé sa pleine capacité, soit au nouveau tuteur ou curateur, soit aux héritiers de la personne protégée ; il joint à ces copies de comptes, les pièces nécessaires à la continuation de la gestion ou à la liquidation de la succession, outre l'inventaire et ses actualisations (art. 514 alinéa 2).

Archivage et responsabilité du service public de la justice

Parce que les comptes de gestion sont toujours susceptibles, par principe aux termes de l'article 511 du code civil, de voir leur conformité soumise à la décision du juge, comme indiqué ci-dessus, toute personne chargée de les vérifier et de les approuver doit en conséquence en transmettre chaque année un exemplaire au tribunal. Cette disposition, prévue à l'article 1254 du code de procédure civile, permet de s'assurer qu'en cas de mise en cause du fonctionnement du service public de la justice concernant le contrôle des comptes, il puisse être fait état de documents complets et non falsifiés. Il s'agit d'une forme d'archivage nécessaire compte tenu de la délégation, permise par la loi, du pouvoir de contrôle des comptes, alors que la responsabilité de l'État pourra toujours être recherchée.

II. – LES DEUX MESURES INNOVANTES DE LA LOI DU 5 MARS 2007

La réforme a créé deux dispositifs innovants, l'un organisant l'accompagnement des personnes en difficultés socio-économiques, en maintenant, dans des conditions restrictives, leur accompagnement judiciaire (A), l'autre constituant une mesure conventionnelle de protection, le mandat de protection future (B).

A. – LA MESURE D'ACCOMPAGNEMENT JUDICIAIRE

Cette mesure est précédée d'un dispositif administratif confié au département, dont il est nécessaire de présenter les grandes lignes (*cf.* 1), avant de décrire le dispositif judiciaire contrôlé par le juge des tutelles (*cf.* 2).

1. Le dispositif administratif

Un dispositif en réponse à des problématiques qui ne relèvent pas de l'institution judiciaire

La loi a créé dans le code de l'action sociale et des familles un dispositif administratif d'accompagnement social dont l'objectif est d'éviter le placement sous protection judiciaire de personnes qui n'en relèvent pas. En effet, en l'absence d'altération de ses facultés mentales ou corporelles médicalement constatées, une personne ne peut être soumise à une restriction de ses droits et libertés individuelles mais peut néanmoins avoir besoin d'une aide adaptée afin de gérer et de préserver au mieux ses intérêts. Dans cette optique, le nouveau dispositif doit permettre de limiter le recours aux mesures judiciaires tout en répondant de façon plus efficace aux besoins des personnes en difficultés. C'est donc dans cette perspective et en se référant au savoir-faire des départements que la mise en œuvre de ces mesures d'accompagnement social est confiée aux services du conseil général. Cependant, le département peut, par convention, déléguer la mise en œuvre de ces mesures d'accompagnement social à une autre collectivité territoriale ou à un organisme privé ou public.

1.1. La mesure d'accompagnement social personnalisé

Un dispositif contractuel nouveau

La principale mesure du nouveau dispositif social départemental est la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP). L'article L. 271-1 du code de l'action sociale et des familles dispose : « Toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources peut bénéficier [de cette mesure] qui comporte une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé. » Pour la mise en œuvre de la MASP, un contrat est conclu, pour une durée de six mois, renouvelable sur quatre ans maximum, entre la personne, bénéficiaire de prestations sociales, et le département. Ce contrat repose sur des engagements réciproques. Il comporte des actions en faveur de l'insertion sociale et permettant l'autonomie financière de l'intéressé, coordonnées avec les autres actions sociales dont il bénéficie déjà ou dont il pourrait bénéficier. L'intéressé peut autoriser le département à percevoir et à gérer pour son compte tout ou partie des prestations sociales devant lui revenir, en les affectant en priorité au paiement du loyer et des charges locatives en cours. Une contribution établie dans les conditions prévues par le règlement départemental d'aide sociale dans la limite d'un plafond fixé par voie réglementaire peut être demandée au bénéficiaire de la MASP.

1.2. La mesure sociale complémentaire de versement direct des prestations sociales au bailleur

Une mesure contraignante mais circonscrite

Dans le cas où l'intéressé refuse de signer le contrat précité ou s'il n'en respecte pas les clauses, le président du conseil général peut, notamment afin de prévenir une expulsion locative, solliciter du juge d'instance l'autorisation de verser, chaque mois, le montant du loyer et des charges locatives en cours, directement au bailleur par prélèvement sur les prestations sociales dues à l'intéressé. Cette procédure est une parenthèse contraignante dans le déroulement de la MASP, et ne peut être mise en œuvre que si l'intéressé est resté au moins deux mois sans s'acquitter de ses obligations locatives. Le juge d'instance, saisi par le président du conseil général, fixe la durée de la mesure dans la limite de deux ans. Il peut la renouveler, sans que la durée totale puisse dépasser quatre ans. Il est néanmoins expressément prévu que cette procédure ne peut avoir pour effet de priver la personne des ressources nécessaires à sa subsistance et à celle des personnes dont elle assume la charge effective et permanente. Le président du conseil général peut à tout moment saisir le juge pour mettre

fin à la mesure. La procédure est prévue aux articles R. 271-6 et suivants du code de l'action sociale et des familles, à la suite du décret, relevant du ministre en charge des affaires sociales, fixant les règles relatives à la procédure de versement direct du bailleur des prestations sociales prévues par l'article L. 271-5 du code de l'action sociale et des familles et au contrat prévu à l'article L. 271-1 du même code ; il s'agit d'une procédure simplifiée, rapide mais contradictoire à l'égard du bénéficiaire des prestations.

1.3. L'hypothèse d'un échec du dispositif

Le rapport d'évaluation et la saisine du procureur de la République

Lorsque la MASP n'a pas permis à son bénéficiaire d'assurer seul la gestion de ses prestations sociales et que sa santé ou sa sécurité sont compromises, le président du conseil général apprécie l'opportunité de transmettre au procureur de la République le rapport circonstancié d'évaluation, aux fins d'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) ou d'une autre mesure de protection judiciaire des majeurs. Cette disposition résulte de l'article L. 271-6 du code de l'action sociale et des familles.

Le rapport doit comporter une évaluation de la situation sociale de l'intéressé, une information sur sa situation pécuniaire, un bilan des actions d'accompagnement social dont il a pu bénéficier, en particulier de la MASP, ainsi qu'une proposition sur l'orientation du majeur vers une mesure de protection judiciaire. Le rapport peut aussi comporter des informations médicales concernant le bénéficiaire des prestations, ces informations étant alors transmises au procureur sous pli cacheté.

Au vu de ces éléments, et d'un éventuel complément d'enquête, le procureur de la République apprécie l'opportunité de saisir le juge des tutelles, soit d'une mesure de protection civile (sauvegarde de justice, tutelle, curatelle) soit d'une mesure judiciaire mais à caractère social, la « mesure d'accompagnement judiciaire ».

2. La mesure d'accompagnement judiciaire

Une « TPSA » renouvelée

Cette mesure se substitue à l'actuelle tutelle aux prestations sociales créée en 1966, inscrite dans le code de la sécurité sociale. Elle devrait néanmoins connaître une application plus limitée compte tenu de l'existence du préalable obligatoire de la mesure d'accompagnement social personnalisé. Elle est par ailleurs prise pour une durée limitée de deux ans maximum, renouvelable une seule fois pour une durée totale qui ne peut excéder quatre ans.

La mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) est un dispositif de gestion budgétaire et d'accompagnement social contraignant, puisque ordonné par le juge des tutelles (art. 495 à 495-9 du code civil). C'est une mesure de gestion limitée aux prestations sociales, sans aucune des incapacités attachées à la curatelle ou à la tutelle (art. 495 dernier alinéa du code civil). Elle est donc très semblable, tant dans son contenu que dans son déroulement, à la tutelle aux prestations sociales abrogée par la réforme. Cette mesure prive seulement la personne du droit de gérer elle-même ses prestations sociales.

Cette limitation de droits est ordonnée par le juge. Sa mise en œuvre donne lieu à un contrôle des comptes de gestion du mandataire à la protection, selon les modalités prévues pour les mesures de protection juridique ; elle peut susciter la mise en jeu des mêmes responsabilités et est financée selon les mêmes règles (art. 495-9 du code civil).

Mais d'application restreinte par des conditions strictes et une durée limitée

Afin de maîtriser le flux des mesures judiciaires limitatives de droit, il est prévu qu'une mesure d'accompagnement judiciaire ne puisse être ordonnée que si la mesure administrative d'accompagnement (la MASP) a été au préalable proposée à la personne en difficulté sociale. Et ce n'est qu'en cas d'échec de cette mesure administrative qu'une mesure judiciaire pourra être prononcée (art. 495 alinéa 1^{er} du code civil).

Par ailleurs, cette mesure d'accompagnement judiciaire est subsidiaire par rapport à l'application des règles du régime matrimonial, puisque l'alinéa 2 de l'article 495 du code civil dispose : « il n'y a pas lieu de prononcer cette mesure à l'égard d'une personne mariée lorsque l'application des règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux permet une gestion satisfaisante des prestations sociales de l'intéressé par son conjoint ».

La mesure d'accompagnement judiciaire porte sur les prestations sociales désignées par le juge (art. 495-4). Elle est prononcée pour un temps déterminé qui ne peut excéder deux ans et peut être renouvelée de telle sorte que sa durée ne puisse au total dépasser quatre ans (art. 495-8).

Confiée à un professionnel qualifié

Dans le cadre de la MAJ, le juge désigne un mandataire à la protection des majeurs. Celui-ci doit percevoir les prestations versées à la personne concernée et les gérer pour son compte : il doit donc être autorisé, et ce, dès sa désignation par le juge, à ouvrir un nouveau compte au nom de la personne protégée, comme en matière de curatelle renforcée. Le mandataire assure dans le même temps une action éducative auprès de la personne afin de l'aider à rétablir son autonomie dans la gestion de ses prestations sociales (art. 495-6 et 495-7).

Il doit établir un compte annuel de sa gestion, qui est soumis à la vérification du greffier en chef (art. 495-9).

Compte tenu de la nature sociale et du caractère éducatif et pédagogique de ces fonctions, elles ne peuvent être confiées à un membre de la famille ou à un proche du bénéficiaire des prestations, mais exclusivement à une personne qualifiée, un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Inscrit sur la liste dressée par le préfet sur avis conforme du procureur, celui-ci répond aux critères de compétence nécessités par ce type particulier d'activité à la fois sociale et contraignante pour la personne.

Un juge aux pouvoirs circonscrits

Cette mesure d'accompagnement judiciaire ne pourra plus se superposer à une mesure de curatelle ou de tutelle, comme c'était le cas avant la réforme ; le prononcé d'une mesure de protection juridique par le juge met fin de plein droit à la mesure d'accompagnement judiciaire antérieurement prise et celle-ci ne peut être prononcée si une mesure civile est déjà ouverte (art. 495-1 du code civil). En outre, si le juge dispose ainsi d'un éventail gradué de mesures de protection, qu'il applique en fonction des difficultés de la personne et de ses besoins de protection, il ne peut plus passer de l'une à l'autre d'office : ainsi, lorsque dans le cadre d'une mesure d'accompagnement judiciaire, il constate, ou est alerté par le mandataire désigné, que la personne protégée aurait davantage besoin d'une protection juridique de type curatelle ou tutelle, il ne peut ouvrir d'office une telle mesure. Il doit en effet renvoyer le mandataire soit vers le procureur de la République, soit vers la famille ou les proches du majeur, afin que ceux-ci saisisse le juge des tutelles d'une requête complète aux fins d'ouverture d'une mesure juridique.

Selon une procédure figurant désormais dans le code de procédure civile

La mesure d'accompagnement judiciaire, parce qu'elle n'entraîne pas d'incapacité pour la personne mais se limite à une contrainte dans la gestion des prestations sociales, fait l'objet d'une procédure simplifiée, tout en permettant à la personne de faire valoir ses droits. La procédure prévue correspond en grande partie à celle actuellement en vigueur en matière de tutelle aux prestations sociales. Cette procédure figure aux articles 1262-1 à 1263 du code de procédure civile.

Le juge des tutelles compétent est, à l'instar du droit commun de la protection, celui dans le ressort duquel se trouve la résidence habituelle de la personne qui perçoit les prestations sociales. Saisi par une simple requête du procureur de la République, à laquelle est joint le rapport circonstancié d'évaluation mentionné ci-dessus, prévu à l'article L. 271-6 du code de l'action sociale et des familles, le juge est libre de recueillir toutes les informations complémentaires qu'il estime utiles à sa prise de décision. Il use alors de son pouvoir d'instruction, visé à l'article 1221 du code de procédure civile.

Cette liberté se retrouve aussi dans le pouvoir pour le juge de faire convoquer à l'audience toute personne dont il estime l'audition utile, comme le conjoint ou un proche de la personne concernée. Quant au majeur, il doit être obligatoirement convoqué à l'audience par le greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Jusqu'à la décision du juge, il peut consulter le dossier au greffe, sur demande écrite et dans le cadre des restrictions imposées par les nécessités et contraintes de fonctionnement du service du tribunal. Le juge n'a plus à solliciter l'avis du procureur comme c'était le cas dans les tutelles aux prestations sociales.

L'audience n'est pas publique. Elle doit être fixée dans le mois qui suit le dépôt de la requête. La décision du juge n'est pas susceptible d'opposition. Elle est notifiée à la personne qui perçoit les prestations sociales et, lorsqu'il a été désigné, au mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Ces modalités procédurales prévues aux articles 1262-3 à 1262-5 du code de procédure civile sont également applicables lorsque le juge statue sur les difficultés survenant lors de l'exécution de la mesure, conformément à l'article 1262-6 du même code.

La personne qui perçoit les prestations sociales et le procureur peuvent interjeter appel de la décision ; le délai d'appel est de quinze jours et l'appel relève de la procédure sans représentation obligatoire. L'arrêt de la cour est notifié dans les mêmes conditions que la décision du juge des tutelles.

B. – LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE

Un instrument juridique nouveau

Si la loi de 1968 contenait déjà des exigences importantes quant à la prise en compte de la volonté de la personne vulnérable dans le processus de sa protection, aucun dispositif ne permettait d'anticiper l'organisation d'une protection éventuelle, ni même de désigner à l'avance la personne en charge de celle-ci, contrairement à ce qui était prévu pour les mineurs (art. 397 et 398 anciens du code civils). Le droit commun des procurations ou mandats ne permettait pas de répondre à toutes les nécessités et exigences de la protection d'une personne vulnérable.

Une protection conventionnelle

Le législateur de 2007 rénove le dispositif de protection juridique en franchissant le pas d'une protection conventionnelle. S'inspirant plus particulièrement du mandat d'inaptitude québécois, la réforme introduit dans le code civil des dispositions organisant une protection juridique « sans juge », et instaure le « mandat de protection future ». Ce mandat permet à une personne d'organiser à l'avance sa propre protection juridique pour le jour où elle ne pourra plus pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés personnelles, ce dispositif évitant l'ouverture d'une mesure judiciaire. Si,

techniquement, le droit commun du mandat est adapté, ce nouvel outil fait l'objet de dispositions spécifiques, de fond et de forme, marquées particulièrement par la volonté du législateur de ne pas « judiciariser » ce nouveau dispositif de protection (art 477 à 494 du code civil).

Ce mandat, qui peut être passé sous des formes différentes, soit sous seing-privé (cf. 2), soit par acte notarié (cf. 3), est soumis à des dispositions communes qui s'imposent, quelle que soit sa forme (cf. 1).

1. Dispositions communes

Elles concernent les parties au mandat (cf. 1.1), le contenu de celui-ci (cf. 1.2), sa mise en œuvre (cf. 1.3), les obligations du mandataire (cf. 1.4), la modification et la fin du mandat (cf. 1.5) et les conditions et modalités de l'intervention judiciaire dans cette protection conventionnelle (cf. 1.6).

Les parties au mandat

Il s'agit du mandant (a) et du mandataire (b).

a) Le mandant

Il varie selon qu'il s'agit d'un mandat fait pour soi-même ou d'un mandat fait pour son enfant lorsqu'il sera majeur.

Le mandat pour soi-même

Tout majeur capable ou mineur émancipé

La seule condition pour qu'un majeur puisse établir un mandat est de ne pas être en tutelle. Il peut alors conclure un mandat de protection future pour lui-même, et charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de le représenter pour le cas où il ne pourrait plus, en raison de l'une des causes médicales prévues par l'article 425 du code civil, pourvoir seul à ses intérêts (article 477 du code civil).

Le cas de la curatelle

Une personne sous curatelle peut conclure un mandat avec l'assistance de son curateur (art. 477 al. 2). Cette assistance se matérialise par la cosignature du curateur. Cette disposition est susceptible de concerner une personne dont l'état de santé a nécessité la saisine du juge mais dont la gravité relative a permis de limiter la protection à une mesure d'assistance. Cette personne conserve ainsi la possibilité d'anticiper sur l'éventuelle dégradation de son état et d'organiser les conditions et les modalités d'une protection qui pourrait devoir s'intensifier, en devenant plus contraignante et restrictive de droits.

Le mandat pour autrui

Le ou les parents d'un enfant

L'article 477 alinéa 3 du code civil prévoit un dispositif original de stipulation pour autrui. Ainsi, est-il prévu : « Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une de causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé ».

Outre l'ensemble des conditions de fond décrites ci-dessous, ce mandat pour autrui est soumis à une condition impérative de forme : il doit être conclu par acte notarié (art. 477 al. 4).

Le mandant n'est pas le bénéficiaire

Ce mandat a la particularité d'être conclu par un mandant qui n'en sera pas le bénéficiaire, et dans un contexte familial très précis. Ainsi, le mandant ne peut être que les deux parents (ensemble), ou le dernier vivant de ceux-ci, d'une personne souffrant d'un handicap répondant aux conditions de l'altération des facultés visée par l'article 425 du code civil. Cette personne est le bénéficiaire du mandat passé par ses parents, et si son information voire son adhésion au contenu du mandat, ou à tout le moins au choix du mandataire désigné, ne sont pas des conditions de validité du mandat, elles doivent être recherchées par les auteurs du mandat, conformément aux dispositions communes aux majeurs protégés figurant à l'article 415 du code civil, relatives au respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne.

Le mandat ne peut être mis en œuvre avant la majorité du bénéficiaire

Ce mandat peut être établi par le mandant lorsque son enfant est majeur, ainsi que durant la minorité de celui-ci, mais sa mise en œuvre ne sera possible qu'après la majorité de l'enfant. En effet, le mandat de protection future pour autrui n'est nullement un dispositif dérogatoire aux règles du droit commun de la minorité ; si, durant la minorité de l'enfant bénéficiaire d'un mandat conclu par ses parents, ceux-ci décèdent ou se trouvent dans l'incapacité de s'occuper de lui, les

dispositions sur la minorité prévues au chapitre 1^{er} du titre X du livre 1^{er} du code civil s'appliquent. Le mandat conclu par les parents ne pourra être mis en œuvre qu'à la majorité de l'enfant bénéficiaire, dans les conditions et selon les modalités décrites ci-après.

Un dispositif attendu par les familles touchées par le handicap

Ce dispositif vise à répondre concrètement aux situations des parents d'enfants atteints de handicaps graves, qui demeurent à leur charge tant matérielle que morale et affective au quotidien, après leur majorité. Ces parents qui gèrent et administrent les biens de leur enfant handicapé mineur dans le cadre des pouvoirs conférés par l'exercice de l'autorité parentale, se retrouvent juridiquement dans une situation difficile à la majorité de cet enfant puisque, dépourvus de toute autorité et de tout pouvoir légal sur l'enfant devenu majeur, ils ne peuvent qu'accomplir des actes courants au titre de la gestion d'affaires pour le compte de celui-ci. Et, lorsque des décisions importantes dans la gestion du patrimoine de l'enfant majeur s'imposent (qui nécessitent des actes de disposition, comme par exemple à l'occasion de la vente d'un bien indivis), la saisine du juge des tutelles est incontournable ; une mesure de tutelle est alors prononcée. Ces parents redoutent généralement ce qui pourra survenir à leur enfant handicapé après leur propre décès.

Le mandant de protection future pour autrui permet à ces parents d'organiser à l'avance la protection de leur enfant majeur, en choisissant la personne (éventuellement l'autre parent) chargée de sa représentation et en organisant les modalités de cette protection, tant au niveau de la personne même de l'enfant majeur, de son lieu de vie, de ses relations familiales, que de son patrimoine. Le recours au juge et à la mise sous tutelle peut désormais être évité.

b) Le ou les mandataires

Toute personne physique

Ainsi que le prévoit l'article 480 du code civil, le mandataire peut être toute personne physique librement choisie par le mandant, membre de sa famille, ami, proche, relation professionnelle..., sans qu'aucune hiérarchie ne s'impose au mandant, contrairement à celle qui s'impose lors de la désignation de la personne en charge d'une mesure judiciaire (sauvegarde de justice avec mandat spécial, curatelle et tutelle), où le choix du juge est encadré par les articles 445 et 448 à 451 du code civil, ainsi que cela a été évoqué précédemment (*cf. supra page...*).

Des personnes morales figurant sur une liste

Le mandataire peut également être toute personne morale inscrite sur la liste des « mandataires judiciaires à la protection des majeurs » prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles.

Cette exigence concernant les personnes morales permet d'assurer un certain professionnalisme, tant au niveau des compétences nécessaires, des conditions de moralité que des garanties financières (assurance-responsabilité) de la part de mandataires choisis en dehors de l'entourage.

Pluralité possible de mandataires

Un ou plusieurs mandataires peuvent être désignés par le mandant (art. 477 al. 1^{er} du code civil), qu'il s'agisse d'un mandat pour soi-même ou pour autrui. Il peut en effet être adapté à la situation familiale et personnelle du mandant ou du bénéficiaire du mandat, et il peut être opportun en raison des qualifications et disponibilités diverses des personnes susceptibles d'être mandataires, que la protection soit, par exemple, répartie entre deux mandataires différents, l'un en charge de la personne et l'autre du patrimoine.

1.2. Le contenu du mandat

Il porte sur la nature de la protection et son étendue (*a*), les modalités de son contrôle (*b*) et de son éventuelle rémunération (*c*), la liberté de le remettre en question étant réciproque pour les parties (*d*).

a) Nature et étendue de la protection

Une protection à géométrie variable

La protection juridique confiée au mandataire désigné par le mandant peut porter à la fois sur la protection patrimoniale et la protection personnelle, ou sur l'une seulement de ces protections, à l'instar des mesures judiciaires de protection (art. 415 et 425 alinéa 2 du code civil).

Le mandat peut être général ou spécial et, en ce cas, ne porter que sur un aspect de la protection, comme par exemple ne prévoir que la gestion d'un seul bien déterminé (actuel art. 1987 du code civil applicable en vertu de l'article 478 alinéa 1^{er}).

Dépendant de la forme choisie s'agissant du patrimoine

Selon la forme du mandat, le champ de protection patrimoniale diffère :

- dans le cadre d'un mandat notarié, le champ d'application de la protection juridique est très étendu puisqu'il peut comprendre les actes de disposition du patrimoine, sauf à titre gratuit (art. 490 du code civil) ;

- le champ d’application du mandat sous seing privé est limité aux seuls actes conservatoires ou de gestion courante (art. 493 du code civil), c’est-à-dire à l’ensemble des actes d’administration.

Strictement prescrite et encadrée s’agissant de la personne

Dans les deux types de mandat, les dispositions relatives à la protection de la personne ne peuvent jamais déroger aux règles prescrites pour la protection judiciaire de la personne dans le cadre des articles 457-1 à 459-2 du code civil. Ce principe est en effet strictement posé par l’article 479 du code civil.

Ainsi, le mandant continuera de prendre lui-même, dans la mesure où son état le permet, les décisions personnelles le concernant, et ce, après avoir reçu toute information utile, adaptée à sa capacité de compréhension, de la part du mandataire (art. 457-1). Les actes impliquant un consentement strictement personnel ne pourront jamais être accomplis avec l’assistance du mandataire, ni par celui-ci au nom du mandant (art. 458).

Ce n’est qu’en cas d’impossibilité pour le mandant de prendre une décision éclairée que le juge pourra prévoir l’assistance voire autoriser la représentation par le mandataire de la personne protégée (art. 459-1).

Toute stipulation contraire aux dispositions du code civil énoncées ci-dessus est réputée non-écrite : les parties au mandat n’ont aucune possibilité de déroger aux principes qui s’imposent à la mission du mandataire en matière de protection de la personne. En revanche, peuvent être prévus spécifiquement par le mandat les choix du mandant sur tel ou tel aspect de sa vie personnelle (lieu de résidence, départ en maison de retraite, relations privilégiées, etc.).

Le juge peut donc être amené à intervenir dans le fonctionnement de ce dispositif non judiciaire ; le législateur a en effet estimé que les exigences et les impératifs de la protection de la personne justifiaient, voire imposaient, le contrôle du juge.

Soumise au droit commun du mandat compatible avec les règles spéciales – Le mandat de protection future est soumis aux dispositions applicables au mandat prévues par le code civil à ses articles 1984 à 2010, sous réserves des règles spéciales figurant aux articles 477 à 494.

b) Modalités du contrôle du mandat

Le principe incontournable du contrôle du mandat

Le mandat doit contenir les modalités de contrôle de son exécution (art. 479 alinéa 3 du code civil). Ces modalités peuvent varier selon que le mandat est conclu sous seing privé ou par acte notarié. Toute latitude est offerte en ce qui concerne les modalités de contrôle du mandat notarié et de celui sous seing-privé avec avocat ; les professionnels que sont les membres du notariat et du barreau ont toute liberté pour imaginer et élaborer des dispositifs assurant que le mandataire rende compte à une personne, physique ou morale, de l’ensemble de sa mission.

Néanmoins, dans le cadre du mandat notarié, l’article 491 du code civil prévoit que le notaire ayant établi le mandat doit être systématiquement destinataire des comptes de gestion annuels et de leurs pièces justificatives utiles, qu’il en assure la conservation, ainsi que celle de l’inventaire et de ses actualisations, et qu’il doit saisir le juge des tutelles de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou n’apparaissant pas conforme aux stipulations du mandat. Cette modalité de contrôle imposée par la loi n’exclut pas que d’autres dispositifs complémentaires soient prévus par le mandat.

Concernant le mandat sous seing-privé « établi selon un modèle défini par décret en Conseil d’Etat » (art. 492 du code civil), le décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 pris en application de ce texte impose la désignation d’une ou plusieurs personnes, physique (s) ou morale (s), en charge de contrôler le mandataire.

c) Principe de gratuité mais liberté de rémunération

Le principe relatif de la gratuité du mandat

C’est dans les dispositions communes aux majeurs protégés que se trouve posé, au dernier alinéa de l’article 419 du code civil, le principe de l’exercice à titre gratuit du mandat de protection future. Mais cet article autorise les stipulations contraires, et les parties sont libres de prévoir une rémunération ou une indemnisation du mandataire ou de la personne chargée du contrôle de l’exécution du mandat. Le décret précité du 30 novembre 2007 relatif au mandat de protection future sous seing privé prévoit plusieurs possibilités, décrites avec précision et offrant certaines options, dans le formulaire d’établissement du mandat.

d) Remise en cause des volontés

La liberté réciproque des parties de revenir sur leur volonté

Tant que le mandat n’a pas été mis en œuvre, le mandant peut modifier ou révoquer le mandat, en en avisant le mandataire, et ce dernier peut également renoncer à sa mission. Les parties se notifient mutuellement toute décision en ce sens, et font de même, le cas échéant, à l’égard du notaire.

Mais après la mise en œuvre du mandat, la modification ou la révocation du mandat ne peut intervenir que sur décision du juge saisi par les parties ou par tout intéressé (*cf. infra*).

1.3. La mise en œuvre du mandat

En cas d'altération avérée des facultés du mandant

Quelle que soit la forme du mandat – sous seing privé ou notarié – « le mandat prend effet lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts » conformément à l'article 481 du code civil : c'est donc une cause médicale prouvée qui entraîne sa mise en œuvre. Le mandataire qui constate que l'état de santé du mandant ne lui permet plus de pourvoir à la gestion de ses intérêts, se rend avec lui chez un médecin choisi sur la liste établie par le procureur de la République et prévue à l'article 431 du code civil. Ce médecin établit alors, s'il y a lieu, un certificat constatant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues par l'article 425 du code civil.

Ce certificat doit être établi par un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République, mais son contenu n'est pas soumis aux prescriptions de l'article 1219 du code de procédure civile, et son coût n'est pas tarifé, contrairement au certificat circonstancié visé par l'article 431 précité et nécessaire à l'ouverture ou à l'aggravation d'une mesure de protection.

Le mandataire se présente au greffe du tribunal d'instance

Le mandataire se rend devant le greffier du tribunal d'instance dans le ressort duquel réside le mandant, accompagné de ce dernier, sauf si l'état de santé de celui-ci ne lui permet pas d'être présent, ce qui doit être attesté par le certificat médical. Aux termes de l'article 1258 du code de procédure civile, le mandataire doit présenter au greffier les pièces suivantes :

- l'original du mandat ou sa copie authentique, signé du mandant et du mandataire ;
- le certificat médical datant de deux mois au plus, émanant d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 du code civil et établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425 du code précité ;
- une pièce d'identité du mandataire et une du mandant ;
- un justificatif de la résidence habituelle du mandant.

Les particularités du mandat de protection future pour autrui

Dans le cas du mandat de protection future pour autrui, décrit à l'alinéa 3 de l'article 477 du code civil, le mandataire ne peut mettre en œuvre le mandat que si plusieurs conditions touchant à la fois au mandant et au mandataire sont remplies. Ainsi, le mandataire doit constater que le mandant se trouve :

- soit atteint d'une altération de ses facultés, et il sollicite, d'un médecin inscrit sur la liste du procureur, le certificat médical l'établissant ;
- soit décédé, et il doit obtenir un certificat de décès auprès de la mairie compétente.

Le mandataire se rend devant le greffier du tribunal d'instance avec le bénéficiaire, majeur, du mandat (sauf si son état de santé ne lui permet pas d'être présent) ; il doit, préalablement faire examiner le bénéficiaire du mandat par un médecin inscrit sur la liste du procureur afin d'obtenir le certificat établissant l'altération de ses facultés. Il convient de rappeler que, si le mandant est décédé avant la majorité de l'enfant pour le compte duquel il avait établi un mandat de protection future, ce mandat ne pourra être mis en œuvre qu'à la majorité de cet enfant, et que, dans l'intervalle, les règles du droit commun de la minorité s'appliquent. Par ailleurs, le tribunal d'instance compétent est celui dans le ressort duquel se trouve la résidence du bénéficiaire du mandat.

En conséquence de ces conditions particulières, et aux termes de l'article 1258-1 du code de procédure civile, les pièces présentées par le mandataire au greffier sont les suivantes :

- la copie authentique du mandat (car ce mandat ne peut être valablement établi que par acte notarié), signé du mandant et du mandataire ;
- un certificat de décès du mandant ou un certificat médical datant de deux mois au plus, émanant d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 du code civil et établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425 du code précité ;
- un certificat médical datant de deux mois au plus, émanant d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 du code civil et établissant que l'enfant majeur du mandant désigné comme le bénéficiaire du mandat se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425 du code précité ;
- une pièce d'identité du mandataire et une du bénéficiaire du mandat ;
- un justificatif de la résidence habituelle du bénéficiaire du mandat.

Les vérifications faites par le greffier

Le rôle dévolu au greffier du tribunal d'instance a quelques similitudes avec celui qui lui a été confié pour le pacs. Il ne s'agit pas pour celui-ci d'instruire le dossier. En effet, aux termes de l'article 1258-2 du code de procédure civile, à la lecture de l'ensemble des pièces produites (mandat, certificat médical, pièces d'identité), le greffier vérifie que :

- le mandant et le mandataire étaient majeurs ou mineurs émancipés lors de la signature du mandat ;

- les modalités de contrôle, quelles qu’elles soient (confiées à une personne physique, à un organisme privé, un professionnel qualifié...) sont expressément indiquées dans le mandat, sans toutefois contrôler le contenu de ces modalités ;
- si le mandant a indiqué dans le mandat être sous curatelle, la signature du curateur y figure ;
- s’il s’agit d’un mandat sous seing-privé établi avec un avocat, la signature de celui-ci apparaît ;
- s’il s’agit d’un mandat de protection future pour autrui, il est établi par acte notarié et non sous seing privé ;
- si le mandataire est une personne morale, il justifie qu’il est inscrit sur la liste tenue par le préfet du département, et prévue à l’article L. 471-2 du code de l’action sociale et des familles.

Le visa du greffier du tribunal d’instance

Si l’ensemble de ces conditions sont remplies, le greffier paraphe chaque page du mandat, mentionne à la fin de l’acte que celui-ci prend effet à compter de la date du jour de sa présentation, et il appose son visa. Il le restitue au mandataire avec les pièces produites, et celui-ci peut alors le mettre en œuvre. Aucun enregistrement du mandat ou des données y figurant, autre qu’à des fins statistiques, n’est effectué par le greffier. Il ne reste donc au tribunal aucune trace du mandat permettant de l’identifier ou de le retrouver ultérieurement.

Le refus du greffier de viser le mandant

Si les conditions précitées ne lui paraissent pas remplies, le greffier peut refuser de viser le mandat (art. 1258-3 alinéas 2 et 3 du code de procédure civile) ; il le restitue au mandataire, sans le viser, avec les pièces jointes. Ce dernier peut adresser alors une requête au juge des tutelles, afin de contester le refus du greffier. Il s’agit d’une requête sans forme particulière. Le juge peut se prononcer sans débat et sa décision n’est pas susceptible d’appel. Si le juge estime que le mandat est régulier et que les conditions requises pour sa mise en œuvre sont remplies, il rend une ordonnance le constatant. Cette décision est alors présentée par le mandataire au greffier qui doit procéder à la mise en œuvre du mandat, conformément au paragraphe ci-dessus. Si le juge, à l’instar du greffier, estime que les conditions de la mise en œuvre du mandat ne sont pas remplies, il rend une ordonnance de rejet de la requête.

Un fonctionnement semblable à celui d’une procuration

Une fois le mandat visé par le greffier, il peut être mis en œuvre. Au préalable, si le mandant ou le bénéficiaire du mandat n’a pas comparu devant le greffier, il doit être informé par le mandataire de la prise d’effet du mandat de protection future par lettre recommandée avec demande d’avis de réception (art. 1258-4 du code de procédure civile). Le mandataire représente alors le mandant ou le bénéficiaire du mandat dans tous les actes prévus dans le mandat : ce dernier fonctionne comme une procuration générale, présentée par le mandataire au tiers à chaque fois que cela est nécessaire pour la gestion des intérêts du mandant ou du bénéficiaire du mandat.

L’absence de publicité du mandat

Il n’existe aucun enregistrement nominatif du mandat, ni au greffe du tribunal ni ailleurs. En effet, le mandat de protection future ne constitue pas un régime d’incapacité : même après la mise en œuvre du mandat, le mandant ne perd pas sa capacité (sauf pour révoquer le mandat, ce qu’il ne peut plus faire lui-même). Il peut continuer à agir dans tous les actes de la vie civile, et notamment continuer à passer des actes graves sur son patrimoine. Le mandat de protection future, comme toute procuration, met en présence deux personnes en mesure et en capacité d’agir sur le même périmètre patrimonial.

1.4. *Les obligations du mandataire*

Elles recouvrent l’acceptation du mandat, les conditions de capacité et celles exigées par les charges tutélaires, ainsi que certaines modalités impératives d’exécution de la mission et de compte rendu des actes. Il en découle une responsabilité pour faute dans les conditions du droit commun du mandat.

L’acceptation, condition de validité du mandat

Le (ou les) mandataire (s) désigné (s) doit accepter expressément le mandat (art. 489 et 492 troisième alinéa du code civil). Il doit en effet avoir pleinement connaissance de ce à quoi il s’engage. Cette obligation d’acceptation du mandataire constitue une condition de validité du mandat.

Capacité et exigences prévues pour les charges tutélaires

Le mandataire doit, pendant toute l’exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires par le code civil (art. 395 et 445 dernier alinéa du code civil) :

- ne pas être mineur non émancipé ;
- ne pas bénéficier d’une mesure de protection juridique ;
- ne pas avoir fait l’objet d’un retrait de l’autorité parentale ;
- ne pas avoir été condamné à une interdiction d’exercice des charges tutélaires en application de l’article 131-26 du code pénal ;
- ne pas être le médecin, le pharmacien ni l’auxiliaire médical du mandant.

Principe de l'exécution personnelle du mandat

Le mandataire doit exécuter personnellement sa mission ; il lui est néanmoins possible de se substituer un tiers pour des actes de gestion du patrimoine (un acte ou une série d'actes de même nature) et seulement à titre spécial. Néanmoins, le mandataire répondra de la personne à laquelle il s'est substitué dans les conditions de l'article 1994 du code civil (art. 492 du code civil).

Inventaire et comptes à rendre

Le mandataire a une obligation d'inventaire lors de la mise en œuvre du mandat. Il peut recourir à un tiers ou à un professionnel, et doit assurer l'actualisation de cet inventaire afin de maintenir à jour l'état du patrimoine (art. 486 alinéa 1^{er} du code civil).

Il doit rendre périodiquement compte de sa gestion selon les modalités fixées par le mandat ; le juge peut toujours lui demander de produire ses comptes de gestion afin qu'ils soient vérifiés par le greffier en chef (art. 486 alinéa 2 et 511 du code civil).

Une responsabilité soumise au régime du droit commun du mandat

Le mandataire est responsable de ses fautes de gestion, volontaires ou non, dans le cadre des dispositions applicables au mandat conventionnel de l'article 1992 du code civil (art. 424 du code civil).

1.5. La modification et la fin du mandat

Avant sa mise en œuvre

Qu'il s'agisse du mandat de protection future pour soi-même ou de celui établi pour autrui, tant qu'il n'a pas été mis en œuvre, le mandant peut le modifier ou le révoquer à tout moment, et ce, en respectant un parallélisme des formes (art. 489 alinéa 3 et 492 alinéa 3 du code civil, *cf. infra*, formes du mandat). Après sa mise en œuvre, le mandant ne peut plus modifier ou révoquer son mandat. Son seul recours est la saisine du juge. Quant au mandataire, il peut renoncer au mandat non mis en œuvre en informant le mandant ; après la prise d'effet du mandat, seul le juge peut le décharger de ses fonctions (art. 480 alinéa 3 du code civil).

Après sa prise d'effet

Les cas dans lesquels il peut être mis fin au mandat de protection future sont strictement prévus par l'article 483 du code civil qui dispose que le mandat mis en œuvre peut prendre fin par :

- le rétablissement des facultés personnelles de la personne constaté au moyen d'un certificat médical remis au greffier du tribunal d'instance ;
- le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure ;
- le décès du mandataire, son placement sous protection juridique ou sa déconfiture ;
- la révocation du mandat sur décision du juge des tutelles.

Le rétablissement des facultés personnelles de la personne protégée

L'altération des facultés étant la cause essentielle de la protection juridique, il est logique que la disparition de cette cause entraîne la fin de la protection. Ainsi, pour le mandat de protection future, tout comme l'altération des facultés est constatée par un certificat médical de deux mois au plus, établi par un médecin choisi sur la liste mentionnée à l'article 431 du code civil, la fin de cette altération est constatée selon le même processus (art. 1259 du code de procédure civile). Néanmoins, le médecin qui certifie ainsi le rétablissement des facultés de la personne protégée peut être saisi non plus seulement par le mandataire, mais aussi par le mandant ou le bénéficiaire du mandat qui, de fait, se trouve en état de diligenter la procédure mettant un terme au mandat.

Le mandant, le bénéficiaire du mandat ou le mandataire se présente au greffe du tribunal d'instance pour faire constater la fin du mandat au vu de ce certificat. Si le certificat médical établit que la personne protégée ne se trouve plus dans l'une des situations prévues à l'article 425 du même code, le greffier mentionne sur le mandat que celui-ci prend fin à compter de la date de sa présentation au greffe, y appose son visa et le restitue au comparant avec le certificat produit.

En revanche, si le greffier estime que le certificat médical ne remplit pas les conditions requises (il n'émane pas d'un médecin inscrit sur la liste du procureur, ou il n'indique pas que l'altération des facultés personnelles telle que décrites par l'article 425 du code civil a disparu, ou il est produit par un tiers), il restitue, sans le viser, le mandat, ainsi que le certificat produit, au comparant. Dans ce cas, ce dernier peut saisir le juge par requête, lequel peut se prononcer sans débat, par une décision non susceptible d'appel. Si le juge estime que le rétablissement des facultés personnelles de la personne protégée est régulièrement établi, il rend une ordonnance le constatant et, au vu de cette décision qui lui est présentée par le comparant, le greffier procède conformément au paragraphe ci-dessus.

Au terme de l'article 1259-1 du code de procédure civile, le comparant doit aviser la personne protégée ou le mandataire, qui n'a pas comparu devant le greffier, de la fin de l'exécution du mandat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Le décès de la personne protégée

Comme dans le cadre d'une mesure de protection judiciaire, le décès de la personne protégée met fin au mandat de protection future, et donc à toutes les missions confiées au mandataire. Celui-ci ne peut se voir confier par le mandat de protection future une mission qui tendrait à participer d'une façon ou d'une autre à la gestion de la succession de la personne protégée ; une telle mission ne peut être prévue que dans le strict cadre du mandat posthume issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, ayant réformé les successions et les libéralités, et tel que prévu aux articles 812 et suivants du code civil.

Le décès du mandataire

En raison du caractère « *intuitu personae* » du mandat, le décès d'un mandataire qui est une personne physique entraîne la fin du mandat. Néanmoins, ce principe trouve exception si le mandat, en prévision de cette hypothèse, stipule le remplacement du mandataire défunt par un autre, désigné expressément et ayant accepté sa mission éventuelle. En outre, lorsque le mandataire désigné est une personne morale, société ou association par exemple, la liquidation ou la dissolution de l'entité juridique met fin au mandat.

L'intervention du juge des tutelles

Comme indiqué ci-dessus, le juge des tutelles peut mettre fin au mandat en le révoquant, et ce, dans le cadre de diverses hypothèses ; mais il peut aussi le compléter ou lui substituer une mesure de protection judiciaire.

1.6. *Les conditions et modalités de l'intervention judiciaire*

Les cas de saisine du juge des tutelles

La loi prévoit plusieurs hypothèses où le juge des tutelles peut ou doit être saisi, toujours après la mise en œuvre du mandat :

- en matière de protection de la personne elle-même, lorsque le mandataire doit « prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée », ou lorsque des difficultés surgissent sur le choix du lieu de résidence de la personne protégée ou dans ses relations avec les tiers, le mandataire doit, en application des articles 459 dernier alinéa, 459-2 et 479 du code civil, solliciter l'autorisation ou l'arbitrage du juge ;
- lorsque le mandataire souhaite être déchargé de ses fonctions alors que le mandat a été mis en œuvre, il doit saisir le juge des tutelles pour y être autorisé, conformément à l'article 480 dernier alinéa du code civil ;
- lorsqu'une personne conteste la mise en œuvre du mandat ou les conditions et modalités de son exécution, elle saisit le juge qui statue, en application de l'article 484 du code civil ;
- lorsque le mandataire estime nécessaire d'accomplir, dans l'intérêt du mandant, un acte soumis à autorisation ou non prévu par le mandat, il doit saisir le juge pour le voir ordonné (art. 493 du code civil).

Une procédure simplifiée

Cette procédure est prévue aux articles 1259-3 à 1259-5 du code de procédure civile. La compétence territoriale du juge est déterminée par la résidence habituelle de la personne protégée. La saisine du juge s'effectue par une simple requête remise ou adressée au greffe, qui indique les nom, prénom et adresse de la personne protégée et du mandataire.

Dans les quinze jours de la requête, le greffe adresse une convocation à l'audience à la personne protégée et au mandataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à laquelle est jointe une copie de la requête. Mais s'il apparaît à la lecture de la requête que seule la dernière adresse de la personne protégée ou du mandataire est connue, le greffe invite le requérant à procéder par voie de signification. Par ailleurs, le requérant est convoqué par le greffe, par lettre simple ou verbalement, contre élargement.

La procédure est orale. A l'audience, les parties se défendent elles-mêmes, ou peuvent être assistées ou représentées par un avocat. La décision est notifiée par le greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, sauf décision du juge qui ordonne qu'elle le soit par acte d'huissier. L'exécution provisoire de la décision peut être ordonnée ou interrompue selon les mêmes modalités que celle des décisions prises dans le cadre des mesures de protection judiciaire (art. 1232 du code de procédure civile). La décision est susceptible de recours devant le tribunal de grande instance dans les quinze jours de sa notification. Le recours est ouvert aux parties ainsi qu'aux personnes visées à l'article 430 du code civil, même non intervenues à l'instance (art. 1239 du code de procédure civile). Néanmoins, lorsque le juge autorise, en application des articles 485 et 493 du code civil, le mandataire de protection future ou un mandataire ad hoc à accomplir des actes non couverts par le mandat, le recours à l'encontre de cette décision n'est ouvert qu'au mandant, au mandataire, à la personne chargée du contrôle de l'exécution du mandat et à ceux dont elle modifie les droits ou les charges (art. 1259-5 du code précité).

Les décisions que peut prendre le juge

Quelle que soit la raison à l'origine de la saisine du juge et le fondement juridique de la requête (contestation de la mise en œuvre du mandat, autorisation d'accomplir un acte touchant à la protection de la personne, demande du mandataire à être déchargé de ses fonctions...), le juge qui statue peut être amené à prendre des décisions diverses :

- il peut se limiter à répondre à la requête : il autorise ou rejette la demande d'autorisation, et son intervention peut alors être qualifiée de « ponctuelle » (c'est d'ailleurs le terme retenu par l'application informatique du logiciel utilisé par les greffes des services de tutelles) ;
- il peut compléter le mandat s'il estime qu'il ne couvre pas suffisamment les besoins de protection du mandant ou du bénéficiaire du mandat, ou qu'il ne pourvoit pas assez aux intérêts personnels ou patrimoniaux du majeur ;
- il peut le suspendre pendant une mesure de sauvegarde de justice, soit dès le prononcé de celle-ci, soit ultérieurement lorsque l'existence du mandat est portée à sa connaissance ;
- il peut le révoquer s'il estime que les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas remplies (par exemple que le mandant n'est pas atteint d'altération de ses facultés) ;
- il peut le révoquer et ouvrir, d'office, une mesure de protection judiciaire. Cela peut plus particulièrement être le cas s'il fait droit à la demande d'un mandataire qui sollicite d'être déchargé de ses fonctions après la mise en œuvre du mandat.

Dans les deux dernières hypothèses évoquées, lorsque le juge met fin au mandat de protection future, sa décision doit être notifiée au mandataire et au mandant ou au bénéficiaire du mandat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. 1259-4 du code de procédure civile).

2. Le mandat sous seing-privé

Les particularités du mandat sous seing privé tiennent à ses conditions de forme et à certains aspects de son contenu.

a) Conditions de forme

Deux types de mandats sous seing privé

Ce mandat, daté et signé de la main du mandant, peut être :

- soit établi selon un modèle obligatoire défini par décret (art. 492 du code civil). Ce modèle est l'objet du décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 qui consiste en un formulaire à remplir ; il est complété par un arrêté du même jour, qui correspond à la notice explicative, contenant à la fois des informations sous forme de réponse à des questions, et des instructions précises pour établir le mandat ; s'y trouve joint également un glossaire juridique à destination du public. Il peut être rempli par le mandant et le mandataire seuls ou avec l'aide d'un avocat. Le mandataire l'accepte en y apposant sa signature ;
- soit établi avec l'aide d'un avocat, ce qui permet d'offrir aux parties un conseil complet sur les formalités, le contenu et les effets du mandat dans une matière encore peu familière du grand public, et portant sur un outil juridique très novateur.

En outre, l'avocat permet aux parties d'élaborer un mandat qui s'exonère des contraintes posées par le modèle réglementaire afin d'être le plus adapté possible à la situation du mandant et le plus conforme à sa volonté. Le rôle de l'avocat trouve son sens dans l'élaboration d'un outil pertinent, qui concilie principes du code civil et liberté contractuelle.

Enfin, l'intervention de l'avocat implique l'engagement de sa responsabilité professionnelle.

Ce mandat, ainsi que cela a été évoqué précédemment (*cf. supra*), peut, tant qu'il n'a pas reçu exécution, être modifié ou révoqué par le mandant dans les mêmes formes que celles qui ont prévalu à son établissement, et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant.

En tout hypothèse, il n'acquiert date certaine que par son enregistrement par l'administration fiscale, ainsi que par tous les autres modes prévus par l'article 1328 du code civil.

b) Contenu spécifique

Limite du champ d'application et principes impératifs

Les pouvoirs donnés par ce mandat au mandataire sont limités, en ce qui concerne la protection du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation, c'est-à-dire aux actes d'administration. Néanmoins, dans ce cadre, s'il s'avère nécessaire, dans l'intérêt du mandant, d'accomplir un acte soumis à autorisation (acte de disposition) ou non prévu par le mandat, le mandataire saisit le juge des tutelles afin qu'il soit ordonné.

En sus des exigences décrites dans les dispositions communes, le décret du 30 novembre 2007 instaurant le modèle du mandat prévoit la désignation dans le mandat d'un tiers chargé de contrôler l'exécution de la mission du mandataire, et y figure également une rubrique concernant la rémunération du mandataire et du tiers contrôleur. Lorsque le mandat est établi avec l'aide d'un avocat, la déclinaison du principe de l'indication des modalités de contrôle du mandat, comme celui de la rémunération du mandataire ou des tiers chargés de contrôler l'exécution du mandat, relèvent de la liberté contractuelle.

Les obligations du mandataire

En sus des obligations communes à toute forme de mandat, le mandataire doit conserver l'inventaire des biens et ses actualisations, les cinq derniers comptes de gestion, les pièces justificatives ainsi que celles nécessaires à la continuation de

la gestion. Il est tenu de les présenter au juge des tutelles ou au procureur de la République lorsque, dans l'exercice de leur mission de surveillance générale des mesures de protection de leur ressort, ils lui en réclament la communication, dans les conditions prévues à l'article 416 du code civil.

3. Le mandat notarié

a) Conditions de forme

Un acte authentique

Il s'agit de l'établissement d'un acte authentique, reçu par un notaire choisi par le mandant. Le mandataire l'accepte dans les mêmes formes.

b) Contenu spécifique

Un large champ d'application sur le patrimoine

Le mandataire peut se voir confier l'accomplissement de tout acte relatif à la gestion du patrimoine, actes d'administration, mais également actes de disposition (art. 490 du code civil), à l'exception cependant des actes de disposition à titre gratuit, qui devront être autorisés par le juge.

Par dérogation à l'article 1988 du code civil, le mandat, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation. L'importance des pouvoirs consentis au mandataire peut néanmoins être réduite expressément dans le mandat, notamment par l'exclusion d'actes déterminés ou de biens précis.

Le rôle de surveillance du notaire

Le notaire sera destinataire des comptes de la part du mandataire, en assurera la conservation, ainsi que celle de l'inventaire, et informera le juge des tutelles, par simple courrier, de tout mouvement de fonds et de tout acte n'apparaissant pas conformes à l'intérêt du majeur. Le mandataire a ainsi l'obligation de lui adresser chaque année ses comptes accompagnés des pièces justificatives. Ainsi, si le notaire est chargé d'une mission de conservation des pièces transmises et d'information du juge des tutelles en cas d'actes injustifiés ou anormaux, à la différence du greffier en chef du tribunal d'instance pour une tutelle (art. 511), il n'a pas à contrôler les comptes.

Il appartient en effet au juge des tutelles, le cas échéant après avoir été informé d'une irrégularité par le notaire, de faire vérifier les comptes comme s'il s'agissait d'une tutelle : il adresse alors au mandataire une injonction de communiquer ses comptes et pièces justificatives (art. 416, 417 et 486 du code civil).

La responsabilité du notaire dans ce devoir de vigilance est importante. Elle l'est autant que son rôle d'information et de conseil dans le contenu et les effets du mandat qui peut, comme indiqué ci-dessus, couvrir tous les actes graves de la gestion patrimoniale. C'est en raison de l'importance du rôle du notaire et de la sécurité juridique offerte par la forme notariée que le mandat de protection future pour autrui, décrit précédemment (*cf. supra*) doit être conclu par acte authentique.

III. – LES DISPOSITIONS TRANSITOIRES DE LA LOI DU 5 MARS 2007

La loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

Ses dispositions transitoires sont prévues par son article 45. Elles appellent les précisions suivantes.

A. – LA RÉVISION DES MESURES OUVERTES AVANT L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI

L'article 45 dispose en son II :

« Au 1^{er} janvier 2009, elle [la loi] s'applique aux mesures de protection ouvertes antérieurement sous les conditions suivantes :

1^o Les articles 441 et 442 du code civil sont applicables aux mesures ouvertes avant l'entrée en vigueur de la présente loi à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la date de publication de celle-ci, sans préjudice des demandes de mainlevée qui pourront être présentées avant ce délai et de la révision des mesures faites à l'occasion d'une saisine du juge dans ces dossiers.

A défaut de renouvellement dans le délai précité, les mesures prennent fin de plein droit ; »

Il en résulte les conséquences suivantes.

1. L'application des articles 441 et 442 aux mesures ouvertes avant le 1^{er} janvier 2009

Les rapports parlementaires indiquent expressément que la durée désormais limitée des mesures a pour but d'obliger le juge à revoir la mesure (*cf.* rapport A.N. n° 3557 du 10 janvier 2007, et rapport SENAT n° 212 [2006-2007] du 7 février 2007).

L'objectif est double, fondé sur une préoccupation à la fois humaine et juridique : que la personne protégée rencontre le juge plus d'une seule fois au cours de la protection, et que le juge vérifie périodiquement la nécessité et la pertinence de la mesure prise.

Lorsque le juge revoit une mesure ouverte avant le 1^{er} janvier 2009, s'il décide de la renouveler, c'est-à-dire de la maintenir (qu'il modifie ou non son régime), non seulement il en fixe la durée, conformément à l'article 441, mais il peut fixer une durée supérieure à cinq ans en application de l'article 442 (s'il dispose du certificat médical circonstancié qui le permet) ; il se trouve, en effet, dans une situation de révision de la mesure initiale, et non dans le cas de son ouverture.

2. Les mesures prises avant le 1^{er} janvier 2009 doivent être revues par le juge dans les cinq ans sous peine de caducité

L'article 45 impose que ces mesures soient revues dans un délai de cinq ans sous peine de prendre fin de plein droit. Cet article fait partir le point de départ du délai de caducité de cinq ans à compter du jour de la publication de la loi, c'est-à-dire le 7 mars 2007. Il convient cependant de signaler que, dans le cadre de la proposition de loi n° 1085 et 1145 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, adoptée à l'Assemblée Nationale en première lecture en octobre 2008, un amendement repoussant ce point de départ au jour de l'entrée en vigueur de la réforme a été voté ; si ce texte est définitivement adopté par le Parlement, la caducité des mesures ouvertes avant le 1^{er} janvier 2009 sera donc encourue à compter du 1^{er} janvier 2014 seulement.

3. Les mesures prises avant le 1^{er} janvier 2009 ne doivent être mises en conformité avec les nouvelles exigences de la loi que lors de leur révision par le juge

Ce n'est que lors de la révision de ces mesures que le juge devra leur appliquer les nouvelles exigences de la loi du 5 mars 2007 ; il pourra également leur appliquer les nouvelles possibilités offertes par celle-ci.

Il y a lieu de souligner que les mesures de curatelle ouvertes en application de l'ancien article 488, « pour prodigalité, intempérance ou oisiveté », devront être levées par le juge lors de leur révision, à moins qu'elles ne soient transformées en d'autres mesures judiciaires de protection juridique, conformément aux dispositions de l'article 442.

A défaut d'avoir été revues par le juge, ces curatelles prendront automatiquement fin à l'expiration du délai de caducité évoqué ci-dessus.

B. – LE SORT DES TUTELLES AUX PRESTATIONS SOCIALES ET LE PRONONCÉ DES MESURES D'ACCOMPAGNEMENT JUDICIAIRES

L'article 32 de loi du 5 mars 2007 abroge le chapitre VII du titre VI du livre 1^{er} du code de la sécurité sociale consacré aux mesures de tutelles aux prestations sociales.

L'article 45 dispose en son II :

« Au 1^{er} janvier 2009, elle [la loi] s'applique aux mesures de protection ouvertes antérieurement sous les conditions suivantes :

[...]

2° Les mesures de tutelle aux prestations sociales ne sont caduques de plein droit qu'au terme de la troisième année qui suit la date d'entrée en vigueur de la présente loi, à moins que le juge en prononce la caducité avant cette date lors d'un réexamen de la mesure, d'office ou sur demande de la personne protégée.

Lors de ce réexamen, le juge peut ordonner une mesure d'accompagnement judiciaire alors même que les conditions du premier alinéa de l'article 495 du code civil ne seraient pas réunies ; »

1. La caducité des mesures de tutelle aux prestations sociales prononcées avant le 1^{er} janvier 2009

Les mesures de tutelles aux prestations sociales prononcées avant le 1^{er} janvier 2009 prennent automatiquement fin le 1^{er} janvier 2012.

Avant cette date, elles peuvent être réexaminées par le juge (les dispositions procédurales les concernant, prévues aux art. R. 167-1 et suivants du code de la sécurité sociale, n'étant abrogées qu'à compter du 1^{er} janvier 2012) ; le juge peut alors soit en modifier le contenu (étendue des prestations, tuteur désigné) soit les lever.

2. Le prononcé d'une mesure d'accompagnement judiciaire à la place d'une mesure de tutelle aux prestations sociales ouverte avant le 1^{er} janvier 2009

Avant le 1^{er} janvier 2012, si le juge revoit une mesure de tutelle aux prestations sociales, il peut ordonner une mesure d'accompagnement judiciaire : il n'est pas obligé de renvoyer la personne bénéficiaire des prestations à contacter les services sociaux du département pour essayer de mettre en place une mesure administrative d'accompagnement social personnalisé

(cf. supra, la « MASP »). Le juge doit cependant respecter la procédure prévue désormais par les articles 1262-2 alinéa 2 et 3 à 1263 du code de procédure civile. Il doit donc convoquer le majeur avant l'échéance de la TPSA s'il souhaite prononcer une MAJ ; il n'y a pas de « reconduction tacite » de la TPSA qui disparaît, ni de « conversion automatique » de la TPSA en MAJ.

A partir du 1^{er} janvier 2012, cette forme de « transformation » de la tutelle aux prestations sociales en mesure d'accompagnement judiciaire, sans passage par la MASP, ne sera plus possible : les tutelles aux prestations sociales prendront fin de plein droit à cette date, et le juge ne pourra désormais prononcer de mesure d'accompagnement judiciaire qu'à la suite d'une mesure d'accompagnement social personnalisé, sur saisine exclusive du procureur de la République (cf. art. 495 et suivants du code civil et 1262 à 1263 du code de procédure civile).

3. Le prononcé d'une mesure juridique (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle) n'est plus possible si une mesure de tutelle aux prestations sociales est en cours

Si les « doubles » mesures (TPSA-curatelle) pouvaient être prononcées sous l'empire de l'ancienne loi, ce cumul est expressément prohibé par le nouvel article 495-1 du code civil concernant la mesure d'accompagnement judiciaire, la MAJ, qui vient remplacer la TPSA. Il apparaît donc contraire à l'esprit même de la réforme de continuer à cumuler les mesures et de prononcer une mesure juridique lorsqu'une TPSA est en cours. En outre, un tel cumul est susceptible de générer des difficultés de financement de ces mesures « en doublon ».

IV. – LES APPLICATIONS INFORMATIQUES ET LES TRAMES

L'ensemble des textes relevant du ministère de la Justice relatifs à la réforme est disponible sur le site du bureau du droit des personnes et de la famille de la direction des affaires civiles et du sceau à la rubrique « incapacité et protection des majeurs », à l'adresse suivante : <http://intranet.justice.gouv.fr/site/dacs/index.php?rubrique=1729&ssrubrique=2187>

A. – TRIBUNAUX D'INSTANCE

Un jeu complet de trames, intégrant les nouveautés de la loi du 5 mars 2007, est livré en même temps que la diffusion de la version 7 de TUTI.

S'agissant des trames créées localement, si la juridiction souhaite les conserver, il conviendra que chaque administrateur procède à son niveau tant aux modifications des trames dans Corel, afin de les rendre conformes aux nouvelles dispositions législatives et réglementaires, qu'éventuellement à sa déclaration dans TUTIREF.

Enfin, un manuel, intégralement refondu et présenté sous forme de fiches relatif à TUTI et TUTIREF, sera accessible sur le site de l'informatique DSJ, à l'adresse suivante : http://intranet.dsj.intranet.justice.gouv.fr/intranet/index.hp?id=dsj&got=info_basdoc&modalin=oui

« Les applications en juridictions », TUTIMAJ, Manuel.

B. – PARQUETS

Un jeu de trames spécifique au Parquet civil et un mode opératoire incluant un condensé d'enregistrement des procédures et de paramétrage du logiciel ACP (application d'initiative locale) est diffusé auprès des sites qui en sont dotés par la Société Esabora qui est propriétaire de ce logiciel.

Les documents sont également en ligne sur l'intranet DSJ pour les juridictions qui ne disposent pas de cet outil mais qui souhaitent utiliser les modèles qui ont été conçus, à l'adresse suivante : http://intranet.dsj.intranet.justice.gouv.fr/intranet/index.php?id=dsj&goto=info_basdoc&modalin=oui

Vous voudrez bien informer la chancellerie, sous le double timbre de la direction des affaires civiles et du sceau et de la direction des services judiciaires, des difficultés que vous pourriez rencontrer dans la mise en œuvre de la présente circulaire.

Pour la garde des sceaux, ministre de la justice,
et par délégation :

La directrice des affaires civiles et du sceau,
P. FOMBEUR

Correspondants chancellerie

– Pour des questions d'ordre juridique : direction des affaires civiles et du sceau, sous-direction du droit civil, bureau du droit des personnes et de la famille, téléphone : 01.44.77.60.45 / 61.76, télécopie : 01.44.77.22.76.

– Pour des questions concernant les instructions organisationnelles et informatiques des greffes : direction des services judiciaires, sous-direction des greffes, bureau des greffes : téléphone : 01.44.77.64.64, télécopie : 01.44.77.64.63, mél : DSJ-B3@justice.gouv.fr

Direction des services judiciaires, sous-direction de l'organisation judiciaire et de la programmation, bureau de l'informatisation des juridictions : numéro vert : 0800.550.180.