

UNIVERSITE D'ANGERS
FACULTE DE MEDECINE

Année 2003

THESE

Pour le

DIPLOME D'ETAT DE DOCTEUR EN MEDECINE

Qualification en : **PSYCHIATRIE**

Par

Erwan QUEZEDE

Né le 08 août 1973 à Brest

Présentée et soutenue publiquement le : 24 octobre 2003

**LA PROTECTION DES INCAPABLES MAJEURS.
SON HISTOIRE ET SES PERSPECTIVES
D'EVOLUTION**

Président : Monsieur le Professeur J.B. GARRE

Directeur : Monsieur le Docteur MOUSELER

Résumé

La protection des incapables majeurs a connu des évolutions au cours des siècles. La vision du malade mental par la société s'est modifiée grâce aux aliénistes, promoteurs de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. Celle-ci a régi pendant plus d'un siècle l'hospitalisation des malades mentaux et leur statut juridique.

Durant cette période, la conception de la maladie mentale a changé et une réforme de ce système était demandée depuis longtemps.

Après plusieurs projets avortés, la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs a été adoptée. L'une des révolutions de ce texte, qui ne concerne pas uniquement les malades mentaux, est le principe d'indépendance du régime de protection et du traitement médical.

Si la protection des biens des incapables majeurs est l'objet indiscutable de cette loi, il n'y est guère fait mention de la protection des personnes elles-mêmes, alors que ces deux notions semblent difficilement dissociables.

Cette question cruciale, associée à l'évolution des pratiques dans le domaine de la protection des majeurs, rend nécessaire une réforme de la loi. Le rapport Favard s'y est employé. Sa lecture amène finalement à réfléchir sur une conception de la personne, entre celle du législateur et celle, plus singulière, du psychothérapeute.

Mots clés

- DROIT
- PSYCHIATRIE
- INCAPABLES MAJEURS
- ETHIQUE
- TUTELLE, CURATELLE

PLAN

INTRODUCTION

- I) HISTORIQUE
- II) ASPECTS NOVATEURS DE LA LOI DE 1968
- III) APPORTS ET LIMITES DE LA LOI DE 1968
- IV) SITUATION ACTUELLE
- V) PERSPECTIVES D'UNE REFORME
- VI) LE MAJEUR PROTEGE ACTEUR DE SES SOINS

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

La perspective d'un projet de réforme de la loi du 3 janvier 1968 sur la protection des incapables majeurs conduit à s'interroger sur l'évolution des pratiques dans ce domaine et ainsi à s'intéresser à ce sujet, depuis le Droit Romain jusqu'à aujourd'hui. Cela permettra de mettre en évidence l'évolution du statut du malade mental au fil des siècles.

La protection des incapables majeurs n'est pas uniquement un problème de droit, mais concerne également la prise en charge psychiatrique telle que nous la rencontrons actuellement avec l'essor de la prise en charge ambulatoire et, par là même, une certaine forme d'autonomisation des patients. La place de la personne protégée au sein de la société est aussi importante à prendre en compte que la protection de ses biens. Cette intrication du droit et de la médecine trouve son illustration dans la loi du 3 janvier 1968 qui insiste sur la collaboration nécessaire entre le juge des tutelles et le milieu médical.

Nous verrons au cours de ce travail que cette loi, plus que trentenaire, a dû s'adapter à l'évolution de la psychiatrie d'une part, à des mutations de la société et du noyau familial d'autre part. Ces transformations ne sont pas sans conséquence sur l'application de cette loi au quotidien qui connaît des difficultés.

C'est dans ce contexte qu'un projet de réforme, connu sous le nom de « Rapport Favard », a vu le jour en 2000. L'un des aspects principaux de ce document est la volonté de remettre à l'honneur la personne, au-delà de la seule gestion des biens.

Il est impossible actuellement de préjuger de ce que sera la loi découlant de ce projet. Néanmoins, ce dernier nous a paru suffisamment nourri pour entamer des réflexions sur les interactions entre les applications médico-administratives de ce futur texte et la tentative de mettre en valeur une certaine liberté psychique des patients, démarche qui fonde toute relation thérapeutique.

I) HISTORIQUE

A) Rappel historique

1) La question des incapables majeurs à travers les siècles

Le besoin de protéger les biens est très ancien et, de tout temps, le problème des incapables majeurs fut posé au Législateur et à la Justice. Ainsi, le Droit Romain cherchait avant tout à protéger les biens de l'aliéné mais livrait celui-ci à sa famille. Il n'existait aucune protection de la personne, de la liberté du malade. La Loi des XII tables, base du droit privé romain, considérait surtout le problème des troubles mentaux selon leur degré. Elle permettait de s'orienter vers deux types de mesures : la « curatelle légitime » pour les malades, « l'interdiction » pour les prodigues. Petit à petit, chez les Romains, c'est l'interdiction qui a prévalu et s'est répandue (assez peu d'ailleurs) en Occident pendant le Moyen Age et jusqu'au XVIII^{ème} siècle.

Au Moyen Age, seule la protection de la Société était envisagée. L'aliéné était confié à la garde de ses parents et son patrimoine géré par eux. Alors que, dans certains pays, le « fou » était l'objet de vénération, en France il était en revanche souvent victime des superstitions et considéré comme coupable. Alors que certains d'entre eux étaient brûlés comme sorciers ou possédés du démon, les plus inoffensifs erraient souvent sans protection¹.

A partir du 12^{ème} siècle, on commence à utiliser l'interdiction pour les prodigues, les débiles et les malades mentaux. Elle était prévue pour protéger le patrimoine des malades, mais surtout pour que celui-ci n'échappe pas à la famille.

Ce n'est qu'au 15^{ème} siècle que des congrégations religieuses ouvrent des établissements destinés à recueillir les aliénés.

A la fin de l'Ancien Régime, les prodigues étaient internés par lettre de cachet, afin de protéger les biens des familles. Ces lettres de cachet devaient être motivées. Elles étaient prises à la demande de la famille, après enquête de la police, mais sans aucune intervention médicale. Les lieux d'enfermement étaient les Charités ou les Bastilles. Si la sortie pouvait se faire sur décision judiciaire, l'aliéné était en fait sans protection, totalement livré à la décision de sa famille.

¹ ESQUIROL J.E.D. *Aliénation mentale. Des illusions chez les aliénés. Question médico-légale sur l'isolement des aliénés*. Paris, Crochard, 1832.

La Révolution détruit la Bastille et supprime les lettres de cachet. Le respect de la liberté individuelle devient primordial. Les malades sont regroupés dans des asiles, à l'initiative de PINEL. Cependant, aucune disposition législative ne fixait le mode de placement des aliénés. L'administration municipale se voit confier « le soin d'obvier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par les insensés et les fous laissés en liberté. ».² La gestion des biens était indépendante de la mesure de placement ; elle résultait de diverses décisions déclarant l'interdiction. En fait, ni la personne ni les biens du malades n'étaient protégés.

2) Interdiction et conseil judiciaire

En France, le Code Civil rédigé en 1804 traite dans son titre onzième de l'incapacité du fait de l'altération des facultés intellectuelles. Deux régimes de protection de l'aliéné sont instaurés : l'interdiction d'une part, la dation d'un conseil judiciaire d'autre part.

- L'interdiction visait les personnes qui se trouvaient dans un état habituel « d'imbécillité, de démence ou de fureur » (article 489 de l'ancien Code Civil). Prononcée par le tribunal de première instance, l'interdiction entraînait l'ouverture de la tutelle, l'interdit étant assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens. Le tuteur était chargé de gérer les biens, de protéger la personne de l'interdit et d'agir en ses lieux et place. Le contrôle de la gestion était assuré par le subrogé tuteur. Quant au conseil de famille, il était appelé à donner au tuteur l'autorisation d'accomplir certains actes plus lourds. En cas d'amélioration ou de guérison, un jugement de mainlevée pouvait faire cesser l'interdiction.
- La dation d'un conseil judiciaire, envisagée spécialement à l'égard des prodigues (article 513 de l'ancien Code Civil), déclenchait un simple régime d'assistance, qui pouvait également être mis en place lorsque le tribunal rejetait la demande en interdiction (article 499). Le sujet était ainsi protégé dans ses biens, mais libre de sa personne.

A travers ces textes, on voit que le Code Civil de 1804 s'est soucié bien plus de la protection du patrimoine que de celle des personnes. Aucun texte ne réglementait l'internement des aliénés.

² Article 3 de la Loi du 24 août 1790

A cette même époque , l'idée selon laquelle l'aliéné est un malade commence à prendre son essor, grâce à PINEL puis à ESQUIROL. Le besoin de mesures de protection et d'assistance se fait sentir.

3) Loi du 30 juin 1838

La loi du 30 juin 1838³ sur les aliénés, qui a régi pendant 130 ans à la fois l'hospitalisation des malades mentaux et leur statut juridique, a défini le régime particulier et provisoire des « aliénés non interdits » placés dans un établissement psychiatrique. Il s'agissait à la fois d'une loi de police et d'assistance. Elle concernait aussi bien la dangerosité sociale des patients que la protection du malade contre lui-même et l'assistance.

Cette loi tendait à regrouper, sous trois rubriques principales, l'ensemble des règles applicables aux aliénés, dont elle constituait en quelque sorte le statut. Elle apparaissait , en effet, à la fois comme :

- une loi d'organisation hospitalière

Elle fixait les règles de droit public applicables aux établissements appelés à recevoir des aliénés. Chaque département était désormais tenu d'avoir un établissement d'aliénés ou de traiter avec un autre établissement public ou privé (article 1). L'autorité publique exerçait la direction des établissements publics et la surveillance des établissements privés (articles 2 et 3), lesquels étaient soumis à autorisation (articles 5 et 6). Le préfet, ses délégués, ceux du ministre de l'Intérieur (il n'y avait pas de ministre de la Santé à cette époque), le président du tribunal, le procureur du roi, le juge de Paix, et le maire de la commune, étaient chargés de visiter les établissements d'aliénés (article 4).

- une loi sur l'internement des malades mentaux

L'objectif était de fixer les modalités de placement et de sortie, de façon à éviter tout arbitraire, tout en protégeant efficacement la société ; c'est par cet aspect qu'elle touchait à la liberté individuelle et avait pu être considérée comme un texte de défense sociale. Deux modes de placement étaient prévus : les placements volontaires et les placements ordonnés par l'autorité publique (bientôt appelés « d'office »)

- une loi relative à la capacité des aliénés internés et à la gestion de leurs biens

³Loi sur les aliénés n°7443 du 30 juin 1838

Elle liait en particulier la protection des intérêts civils à l'internement du sujet. Ainsi, seuls les malades pris en charge dans des hôpitaux psychiatriques publics bénéficiaient d'un régime de protection et de gestion de leurs biens, par le biais de l'administration provisoire des biens⁴ La loi prévoyait en effet que, dès son internement dans un établissement public, l'aliéné était pourvu d'un administrateur provisoire légal désigné par les commissions administratives ou de surveillance. Cet administrateur, dont la fonction était gratuite, assurait la gestion des biens de tous les malades, mais ne pouvait prendre que des mesures de conservation et d'entretien ; il procédait au recouvrement des sommes dues au patient, à l'acquittement de ses dettes ; il pouvait passer des baux n'excédant pas trois ans et pouvait même, en vertu d'une autorisation spéciale accordée par le Président du tribunal civil, faire vendre le mobilier. Ses fonctions cessaient dès la sortie du malade de l'établissement. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point.

Les règles d'administration provisoire semblent avoir été le résultat d'un compromis entre deux tendances contradictoires :

- d'une part, l'idée (surtout mise en avant par les juristes) que seule une mesure d'interdiction était souhaitable, dès lors que l'internement devenait un état durable ;
- d'autre part, l'idée (défendue principalement par les médecins) que la demande d'interdiction ne devait pas être imposée aux familles, tant en raison du caractère humiliant attaché à une telle mesure, que des chances d'amélioration de l'état de santé du malade.

B) Critiques de l'ancien système sur les incapables majeurs

Une réforme profonde des règles applicables aux malades mentaux était demandée depuis longtemps, à la fois par les juristes et par les médecins. Chacun s'accordait en effet à reconnaître que les textes du Code Civil et ceux de la loi de 1838 étaient devenus vieillis et périmés. Ce sont les « séquestrations arbitraires » qui ont servi en premier lieu de prétexte pour attaquer cette loi. Si l'unanimité ne s'est pas faite contre cette dernière en ce qui concerne la protection des personnes et la liberté individuelle, tous les auteurs s'accordaient sur le fait que le régime de protection des biens était insuffisant.

⁴ articles 31 à 39 de la loi du 30 juin 1838

Il est à peine besoin de souligner le déclin des régimes de protection prévus par le Code Civil. Il y avait en effet très peu d'interdictions (300 à 400 par an en moyenne) et de datations de conseil judiciaire (150 à 200 par an), alors que, dans le même temps, le nombre de malades mentaux ne cessait d'augmenter. De multiples raisons expliquaient cette désaffection. D'une part, l'interdiction a été souvent considérée comme ayant un caractère humiliant voire infamant pour le malade et sa famille, comme une sorte de déchéance légale. On retrouve ici, inconsciemment peut-être, la vieille idée qui assimile le fou au criminel. Les autres explications de ce déclin sont les suivantes : l'impossibilité pour le Ministère public d'agir rapidement (sauf le « cas de fureur ») ; la lourdeur de la procédure devant le tribunal de grande instance, sa durée et son coût élevé ; la rigidité des régimes de protection, qui ne permettait pas de tenir compte de la situation de famille du malade, de l'importance de son patrimoine ou de l'évolution de son état de santé.

En ce qui concerne la loi de 1838, tout le monde s'accordait pour souligner les difficultés considérables que soulevait son application sur le plan juridique.

Tout d'abord, cette loi se limitait aux seuls « aliénés internés », laissant hors de son champ d'application les malades soignés à domicile ou hospitalisés dans des cliniques, hôpitaux privés et dans les services libres des hôpitaux psychiatriques. Ainsi, seuls les malades soignés dans des établissements psychiatriques publics se trouvaient placés d'office sous le régime de l'administration provisoire⁵ et voyaient la gestion de leur patrimoine confiée à un administrateur provisoire légal. Or, dans de très nombreux départements, ce sont des établissements privés, ayant passé des conventions avec le département, qui faisaient fonction d'hôpital psychiatrique départemental. Les malades qui y étaient soignés n'étaient soumis au régime de l'administration provisoire que si un administrateur provisoire leur avait été désigné par le tribunal⁶. Cette désignation était rarement opérée, de telle sorte que le malade mental interné, rendu incapable du fait de son internement, était dépourvu de représentant légal ; personne n'avait qualité pour agir en son nom.

De plus, le fonctionnement même de l'administration provisoire laissait apparaître de graves imperfections : ce régime, conçu pour une courte durée, devait, dans l'esprit des auteurs de la loi de 1838, être le préalable de l'interdiction. Or, l'expérience a montré qu'il se perpétuait sans que l'on fasse procéder à une interdiction ou à la dation d'un conseil judiciaire. A titre d'exemple, l'hôpital psychiatrique de CLERMONT (Oise) ne comptait en 1967 que cinq

⁵ article 31 de la loi du 30 juin 1838

⁶ article 32 de la loi du 30 juin 1838

interdits sur les quatre mille internés⁷. En conséquence, le patrimoine du malade mental se trouvait figé.

A ces raisons d'ordre strictement juridique que nous venons de décrire s'ajoutaient des considérations d'ordre médical en faveur d'une réforme de la législation concernant les malades mentaux.

En 1838, à la suite des travaux de PINEL et ESQUIROL, la psychiatrie a fait des progrès considérables, mais reposait sur des bases médicales encore fragiles. On avait tendance à situer la « folie » comme une entité, comme la conséquence d'une maladie spécifique : « l'aliénation mentale ». Celle-ci était caractérisée par la perte de la raison, le caractère asocial voire dangereux du malade, son refus de reconnaître sa maladie et, en conséquence, à se soumettre à un traitement, quel qu'il soit. Elle était considérée comme une maladie de longue durée et la thérapeutique essentielle consistait en l'isolement qui supposait l'intervention d'une mesure de contrainte, puisque le malade n'était pas conscient de son état. Il devait être avant tout retiré du milieu social où il vivait. ESQUIROL écrivait par exemple : « Il s'agit de soustraire l'aliéné à toutes ses habitudes en l'éloignant des lieux qu'il habite, le séparant de sa famille, de ses amis, de ses serviteurs, l'entourant d'étrangers, changeant toute sa manière de vivre. »⁸

Ces caractères reconnus à l'aliénation mentale expliquent l'économie de la loi du 30 juin 1838. C'est en effet à cette conception encore sommaire de la maladie mentale et des thérapeutiques à lui appliquer que répondait le système d'assistance et de contrainte institué par cette loi. Lorsque l'aliénation mentale était diagnostiquée chez un patient (ce qui marquait son passage officiel à l'état d'aliéné), il fallait l'interner dans un « asile ». Cet acte le frappait d'incapacité et le dessaisissait de la gestion de ses biens. En revanche, lorsque le malade était considéré comme guéri, il était remis en liberté et retrouvait, sans transition, sa pleine capacité et la libre gestion de ses biens. Comme a pu l'écrire Henri EY, cette loi est la « loi du tout ou rien »⁹. On comprend donc aisément que certaines situations ont conduit à prolonger des internements pour des raisons extra-médicales.

La création d'établissements spécialisés pour recevoir les malades mentaux, en assurant leur isolement du reste du monde, était donc le pivot du système de 1838. Pour bien marquer le

⁷ chiffre cité dans le rapport de M. PLEVEN au nom de la Commission des lois (n°1891)

⁸ Extrait de : ESQUIROL J.E.D. *Aliénation mentale. Des illusions chez les aliénés. Question médico-légale sur l'isolement des aliénés*. Paris, Crochard, 1832.

⁹ *Livre blanc de la psychiatrie française*

particularisme de l'institution, on a évité de les désigner par le nom d' « hôpital », évocateur d'un passé qu'on voulait effacer, et, sur la suggestion d'ESQUIROL, on leur a attribué le nom d' « asile ».

De nos jours, la conception de la maladie mentale s'est profondément transformée. Il n'y a plus grand chose de commun entre les idées que l'on avait au début du 19^{ème} siècle de l'aliénation mentale et la science psychiatrique contemporaine. Les causes se sont diversifiées et les médecins considèrent que l'altération des facultés mentales peut, comme n'importe quelle autre pathologie, avoir une cause purement physique. De plus, l'altération des facultés se traduit par des manifestations variables d'un individu à l'autre.

L'évolution des connaissances cliniques psychiatriques, mais également des thérapeutiques (en particulier les traitements de choc et l'avènement des chimiothérapies en 1950-1952) a fait reconsidérer le concept d'incurabilité. En outre, on insiste de plus en plus sur les nécessités d'une réintégration sociale, si possible progressive, du patient dans son cadre professionnel et familial ; l'isolement n'apparaît nécessaire que dans les cas les plus graves ou pour surmonter une crise aiguë.

Il est clair que les principes de la loi de 1838 n'étaient pas adaptés à une telle évolution. Les médecins des hôpitaux psychiatriques ont pris conscience que l'isolement avait des indications limitées, que l'hospitalisation prolongée pouvait, par elle-même, entretenir ou faire naître des troubles mentaux, et que de nombreux malades tiraient bénéfice d'être soignés en ambulatoire.

Ce courant d'idées s'est traduit dans les faits et a donné naissance, en marge de la loi de 1838 et parfois en contradiction avec elle, à un certain nombre de pratiques parmi lesquelles figure la création des services « libres » ou « ouverts », où étaient placés les malades qui acceptent les soins et qui échappaient, dès lors, à l'emprise de la loi de 1838. Ils ne jouissaient, ni dans leur personne, ni dans leurs biens, de la protection prévue par cette loi. Cela a fait dire à certains que l'hospitalisation régie par la loi du 18 juin 1838 protégeait mieux la liberté individuelle et la personne du malade que le service libre. Ce mode de placement, qui a été inauguré en France par E. TOULOUSE à l'hôpital Henri ROUSSELLE (dans l'enceinte même de l'hôpital Sainte Anne) en 1922, s'est considérablement développé depuis les années 1950. A cette période, il ne représentait néanmoins que 5 à 6% de l'ensemble des hospitalisations.

La pratique des « sorties d'essai » est une innovation plus récente. Elle correspond à la volonté de ne maintenir le malade hospitalisé que pendant le temps strictement nécessaire au

traitement. Le malade quitte l'hôpital sans cesser d'être juridiquement un « interné ». Si l'épreuve probatoire s'avère satisfaisante, la sortie d'essai est transformée en sortie définitive ; dans le cas contraire, le patient réintègre le service, sans qu'il soit nécessaire de procéder à nouveau aux formalités de placement.

En dehors des sorties d'essai, des permissions, plus ou moins longues, sont de plus en plus fréquemment accordées.

Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que le mouvement de la population psychiatrique soit beaucoup plus important que par le passé et que la durée moyenne de séjour ait diminué de façon importante en une trentaine d'années dans le secteur public, passant de 290 jours en 1965 à 61 jours en 1989.

A travers ce qui vient d'être exposé, on se rend compte que la loi du 30 juin 1838 n'était plus adaptée aux réalités nouvelles de la psychiatrie. Ce problème n'était pas récent et de nombreux projets de loi visant à une réforme du système, dont on ne pouvait que constater la rigidité face à l'évolution des techniques médicales et des modes de prise en charge, avaient été déposés sous la troisième République. Certains demandaient une réforme totale du régime des aliénés et proposaient une loi unique destinée à régler tous les problèmes les concernant (assistance, protection de la personne, protection des biens) alors que d'autres, au contraire, demandaient des textes séparés pour l'administration des biens et les mesures d'internement. Un aspect faisait la quasi-unanimité : il s'agissait de la nécessité de supprimer tout ce qui, dans les textes, spécifiait le malade mental.

Ces différents projets et propositions de loi ont échoué non seulement en raison de causes accidentelles (guerres, expiration des législatures), mais également à cause des difficultés soulevées par la réforme des textes relatifs à l'internement, qui touchent à la sécurité publique et à la liberté individuelle. Il ne faut pas occulter les difficultés soulevées par une réforme de l'organisation hospitalière qui pose des problèmes administratifs et budgétaires nombreux et délicats.

C) Réforme de la législation sur les incapables majeurs

Les projets de réforme de la législation en notre matière se sont essentiellement attachés, depuis la Seconde Guerre mondiale, au problème de la gestion des biens, au dépens de la protection des personnes. Ainsi, le projet de loi déposé par le gouvernement en décembre 1965, et qui devait aboutir à la loi de 1968, ne traitait que de la gestion des biens des incapables majeurs. En effet, il était apparu rapidement que réformer la loi de 1838 en une seule fois risquait d'être très difficile, voire impossible. La Commission de réforme, dont nous parlerons ultérieurement, a donc limité ses travaux aux mesures concernant les biens, se réservant de poursuivre ultérieurement pour les mesures concernant les personnes. Mais au lieu de se cantonner à apporter des retouches au droit actuel, ce projet de loi a eu l'ambition de procéder à une refonte complète en la matière, dans un esprit tout nouveau. L'objectif était d'imaginer un ensemble de protections juridiques original qui remplace, d'une part l'interdiction et le conseil judiciaire (institutions prévues par le Code civil, en déclin), d'autre part un régime demeuré à l'état d'ébauche : l'administration provisoire des biens des internés (articles 31 à 39 de la loi du 30 juin 1838). Un des soucis majeurs à cette époque était de tenir compte des données nouvelles de la psychiatrie contemporaine et d'assurer, grâce aux mesures envisagées, la protection de nombreuses catégories d'incapables majeurs : vieillards séniles, majeurs déficients ou inadaptés, personnes atteintes d'une incapacité corporelle grave mettant en péril l'expression de la volonté.

1) Influence de la loi du 14 décembre 1964

Il faut noter que, dans cette dynamique de rénovation du Code civil entreprise depuis plusieurs années, la loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964¹⁰ portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation avait fait référence. Les règles applicables à la gestion des biens des incapables majeurs sont étroitement liées, dans notre droit, aux règles de la minorité. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à l'article 509 de l'ancien Code civil : il renvoyait, pour tout ce qui concernait l'interdiction, à la tutelle des mineurs. De même, la loi du 30 juin 1838, pourtant extérieure au Code civil, rappelait fréquemment les règles édictées pour les mineurs.

¹⁰ articles 389 à 475 du Code civil

Cette loi du 14 décembre 1964 a essentiellement eu pour objectif de créer un système de protection des biens des mineurs cohérent et moderne, en rupture avec la situation antérieure. En effet, la tutelle des mineurs, instaurée en 1804, n'était pas un système juridique homogène, mais plutôt la juxtaposition de règles d'origines diverses. De plus, le contrôle judiciaire sur le déroulement de la mesure était extrêmement réduit. A ces inconvénients juridiques, le Code civil de 1804 ajoutait une grave inadaptation sociologique et économique. Sur le plan sociologique, la dispersion de la famille, sa réduction au « foyer » étaient réelles bien avant 1964, sans que le législateur en tire assez tôt les conséquences. Sur le plan économique, l'amenuisement de la fortune terrienne et l'importance de nouvelles formes de richesses (essentiellement incorporelles) avaient condamné depuis longtemps la vision rurale et conservatrice de 1804. Ces nouvelles données économiques et sociologiques ont influencé la réforme de la tutelle des mineurs.

Deux nouveautés ont été immédiatement notées dans cette réforme de 1964 :

- d'une part, l'institution d'un juge spécialisé, le juge des tutelles, dont on a pu dire qu'il était au cœur du système de protection des biens des mineurs, qu'il en constituait le pivot ; cette création constitue un compromis entre deux tendances, celle de la tutelle strictement familiale, traditionnelle en droit français et celle d'une tutelle administrative ou judiciaire.
- d'autre part, le recours fréquent à l'administration légale (sans conseil de famille).

De façon plus technique, le droit tutélaire nouveau a voulu favoriser le dynamisme des organes de gestion, préciser les pouvoirs de ces organes, assouplir le régime procédural des actes graves.

2) Travaux préparatoires à la loi du 3 janvier 1968 et adoption du texte

La tutelle des majeurs ne pouvait rester calquée sur les règles anciennes de la tutelle des mineurs, et la réforme de 1968 a eu pour objet premier de transposer aux majeurs les avantages de la nouvelle législation de 1964 : gestion dynamique et claire, juge spécialisé. La loi de 1968 n'innovera guère sur ce plan, sauf en ce qui concerne l'introduction du procureur de la République. Ceci est lié au fait que ses rédacteurs originels, réunis en commission dès 1963, sont les mêmes que ceux de la loi du 14 décembre 1964.

La mise au point du texte avait en effet été précédée, à la fin de l'année 1963, par la réunion au ministère de la Justice d'une « Commission de réforme de la législation sur les

aliénés », sur l'initiative de M. FOYER (garde des Sceaux de l'époque). Cette commission regroupait des juristes et des médecins, ainsi que des représentants des ministères concernés. Le travail de confrontation d'idées et de points de vue y a certainement été très important, de même que l'élaboration d'un projet très largement reconnu comme original et novateur. Rapidement, l'accord des membres de la commission s'était fait sur l'intérêt de ne pas lier les questions relatives à la liberté de la personne et celles concernant la protection des biens, l'une et l'autre conçues comme de grandes entités.

C'est sur la base de ce travail exploratoire considérable, et compte tenu des conclusions auxquelles était parvenue la commission, qu'a été élaboré le projet de loi portant réforme du droit des incapables majeurs. Sa rédaction a été confiée à M. le doyen CARBONNIER, professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris.

Déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 23 décembre 1965, le texte devait faire l'objet, en juin 1966, d'un rapport de M. PLEVEN, au nom de la commission des lois¹¹, et d'un rapport pour avis du Dr CHALOPIN, au nom de la commission des affaires culturelles et sociales¹².

Le texte, discuté les 20 et 21 décembre 1966, a été adopté par l'Assemblée nationale à cette dernière date. Il devait être voté à son tour par le Sénat le 23 mai 1967, sur le rapport très complet de M. JOSEAU-MARIGNE, au nom de la Commission des lois¹³, et sur l'avis du Dr .GRAND, au nom de la Commission des affaires sociales.¹⁴

Mais la discussion devant le Sénat devait faire apparaître de graves divergences entre la Haute Assemblée d'une part, le gouvernement et l'Assemblée nationale d'autre part. Ces désaccords portaient sur deux points importants.

Le premier concernait la détermination de la juridiction compétente pour créer l'incapacité juridique d'un malade. Le Sénat voulait substituer la compétence du tribunal de grande instance à celle du juge des tutelles. Il n'est pas inutile de rappeler que des arguments s'opposaient à cette fonction pivot du juge des tutelles, en particulier au Sénat : le rapporteur de la commissions des lois, M. JOSEAU-MARIGNE, préconisait que le juge des tutelles puisse être chargé de l'application des mesures mais que la décision de l'incapacité et de la mise en œuvre d'une mesure de protection reste de la compétence du tribunal de grande instance (structure collégiale). Il estimait que, s'agissant d'une question concernant l'état de la

¹¹ Projet de loi n°1720 ;rapport de M. PLEVEN au nom de la Commission des lois (n°1891)

¹² Avis de la commission des affaires culturelles (n°1954)

¹³ Rapport de M. JOSEAU-MARIGNE, au nom de la Commission des lois, n°237 (1966-1967)

¹⁴ Avis de la Commission des affaires sociales, n°245 (1966-1967)

personne, il n'était pas bon de laisser le soin à un juge unique de prendre une décision d'une telle gravité. Dans un tel domaine, les garanties que constituaient, d'une part, la présence du ministère public et, d'autre part, la collégialité de la juridiction, lui semblaient essentielles.

En revanche, M. PLEVEN, exposant la thèse qui a prévalu à l'Assemblée nationale, a rappelé les principales objections qui s'opposaient au texte voté par le Sénat. Ainsi, selon lui, il fallait redouter que la compétence du tribunal de grande instance ne rende la procédure trop coûteuse, trop formaliste, et n'offre pas plus de garanties au malade qu'il s'agit de protéger.

Quant au second point de divergence, il concernait l'expertise médicale nécessaire, d'une part, pour le placement sous l'un des deux régimes d'incapacité que sont la tutelle et la curatelle, d'autre part, pour le placement sous sauvegarde de justice.

La commission des Affaires sociales du Sénat exigeait une procédure d'expertise systématique (ou un examen par un collège de trois médecins) tant pour la mise sous sauvegarde de justice que pour l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle. En effet, des parlementaires, et en particulier des médecins, étaient intervenus pour demander que la responsabilité d'une décision qui a pour effet de priver un individu de sa capacité civile n'incombe pas à un seul médecin mais résulte d'une expertise faite par trois médecins. Cette démarche était symétrique à l'exigence d'une instance judiciaire collégiale dont nous avons parlé plus haut.

L'Assemblée nationale et le Gouvernement, quant à eux, défendaient un régime souple, dans un souci de simplification et de célérité. L'examen obligatoire du malade par un collège de trois médecins leur paraissait en effet alourdir le mécanisme de la loi..

Après réunion d'une Commission mixte paritaire¹⁵, l'Assemblée devait finalement imposer son point de vue en adoptant définitivement le texte le 20 décembre 1967¹⁶.

Cependant, les arguments développés au Sénat lors du débat en première lecture sur ces questions avaient conduit M. PLEVEN, dans une « volonté de conciliation », à des propositions d'aménagement. Les amendements seront approuvés par l'Assemblée nationale, et on trouvera dans le texte finalement adopté des points de procédure qui n'étaient pas dans l'avant-projet :

- la possibilité d'un recours devant le tribunal de grande instance

¹⁵ Assemblée Nationale :Rapport de M. HOGUET, au nom de la Commission mixte paritaire n°576 ;
Sénat :Rapport de M. JOSEAU-MARIGNE, au nom de la Commission mixte paritaire, n°77 (1967-1968).

¹⁶ Discussion et adoption définitive le 20 décembre 1967 (L n°118)

Ce recours est ouvert très largement, c'est à dire à des parents éloignés ou à des amis, même s'ils ne sont pas intervenus à l'instance (article 493).

- principe de l'expertise médicale obligatoire avant toute décision de protection, constatant l'altération des facultés mentales ou corporelles du malade

L'examen devra toujours être fait par un médecin spécialiste (et non plus trois médecins) qui donnera son avis préalablement à l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle (articles 493-1 et 509).

- pour le placement sous sauvegarde de justice, la déclaration du médecin traitant, lorsqu'il ne s'agit pas d'un médecin appartenant à un établissement public ou privé agréé, doit être confirmé par un médecin spécialiste (article 326-1 du Code de la santé publique).

La liste des travaux préparatoires à la loi du 3 janvier 1968 auxquels il a été fait allusion et l'intégralité du texte de cette loi figurent en annexe de ce travail.

D) Aspects principaux de la loi de 1968-Populations visées

1) Aspects principaux

Cette loi du 3 janvier 1968¹⁷, dont le titre exact est : « De la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi », prend place comme livre I, titre onzième du Code civil. Autrement dit, cette loi apparaît comme une mesure de protection d'ordre général.

Elle n'a pas eu pour but de réformer le régime de l'internement des aliénés. Elle n'y a apporté que quelques retouches, afin d'adapter les textes du Code de la santé aux nouveaux textes du Code civil et de modifier certaines dispositions unanimement critiquées de la vieille loi du 30 juin 1838 relative à l'internement des aliénés. Celle-ci visait à « ...ouvrir aux insensés indigents , des asiles où ils puissent recevoir un traitement curatif si leur maladie est susceptible de guérison et, dans le cas contraire, les soins et les secours que les infirmes et les vieillards pauvres que les infirmes reçoivent dans nos hospices ».

¹⁷ Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme des régimes de protection des majeurs incapables, Journal Officiel du 4 janvier 1968 p.6

La réforme de ce dernier texte ne sera réalisée que plus tard, par la loi sur les hospitalisations en Psychiatrie en date du 27 juin 1990, désignée comme « loi relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation ».

En revanche, la nouvelle loi pose le principe de l'indépendance du régime de protection et de celui du traitement médical. L'article 490-1 du Code Civil (alinéas 1 et 2) est rédigé ainsi : « Les modalités du traitement médical, notamment quant au choix entre l'hospitalisation et les soins à domicile, sont indépendantes du régime de protection appliqué aux intérêts civils. Réciproquement, le régime applicable aux intérêts civils est indépendant du traitement médical. Néanmoins, les décisions par lesquelles le juge des tutelles organise la protection des intérêts civils sont précédées de l'avis du médecin traitant. »

Cette dissociation permet d'une part, quels que soient la thérapeutique mise en œuvre et le lieu de traitement, que le malade soit protégé dans ses biens si cela s'avère nécessaire ; d'autre part, le médecin, dans le choix d'une thérapeutique, n'est pas contraint par le régime juridique du malade. Ainsi, le régime de protection des biens n'est plus tributaire que de l'altération des facultés personnelles du sujet et de l'incapacité totale ou relative à la gestion des biens qu'elle pourrait entraîner.

A cet égard, la suppression de la mise automatique sous administration provisoire légale lors d'un internement, quelle qu'en soit la nature, a été certainement l'avancée la plus importante de la réforme de 1968.

Du fait de cette indépendance du médical et du juridique, des situations nouvelles sont apparues. Ainsi, certains malades placés d'office en CHS peuvent conserver leur capacité s'ils sont capables de gérer seuls leurs biens, alors que d'autres patients vivant à leur domicile et suivis en ambulatoire se voient bénéficier d'une mesure de protection s'ils sont incapables de gérer leurs biens. Etant donné l'évolution souvent imprévisible de certaines maladies, le fait que certains patients bénéficient d'une protection à leur domicile peut permettre d'éviter l'aliénation de leurs biens au moment d'une rechute ou d'une poussée évolutive.

Si les mesures de protection et les mesures thérapeutiques répondent à des fins différentes, le but est néanmoins de réintégrer le malade dans la communauté. Ces formules nouvelles de protection des biens vont dans le sens d'une plus grande liberté octroyée au malade.

2) Populations visées par la loi

L'article 488 du Code civil pose le principe de la capacité des majeurs et détermine les exceptions que constituent les mesures de protection. Tout sujet de droit est censé disposer d'une volonté suffisamment éclairée et défendre ses propres intérêts ; il en résulte que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception. Elle l'est d'abord pour l'incapable lui même, qui ne perd la faculté d'agir que dans les cas prévus par un texte. Ce caractère exceptionnel de l'incapacité résulte également de la comparaison de la situation de l'incapable avec celle des autres sujets de droit ; il touche alors au second trait fondamental de l'incapacité, son caractère personnel.

Dans quels cas un majeur peut-il bénéficier d'une mesure de protection ? C'est à cette question que nous allons maintenant répondre.

a) Altération des facultés mentales

Cet article prévoit tout d'abord que peut bénéficier d'une protection le majeur souffrant d' « une altération de ses facultés personnelles » qui « le met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts ». Cette altération peut toucher en premier lieu les facultés mentales. L'étiologie de cette altération importe peu. Le Code civil vise la maladie, une infirmité ou un affaiblissement du à l'âge¹⁸, affirmant ainsi la volonté de ne pas limiter la protection aux seuls malades mentaux et évitant par la même occasion la tentation toujours facile d'opérer une ségrégation des maladies mentales par rapport aux autres pathologies. Ainsi, par exemple, les personnes âgées souffrant de troubles cognitifs peuvent justifier une mesure de protection. La qualité de l'entourage familial devra être prise en compte.

b) Altération des facultés corporelles

L'altération peut également toucher les facultés corporelles. Depuis longtemps, il se posait le problème de la protection des sourds, des aveugles, des aphasiques, de certains sujets paralysés ou bien encore des patients comateux. Le texte de la Loi de 1968 étend à ces personnes les mesures de protection. Dans ce cas, l'altération doit, pour justifier une mesure de protection, empêcher l'expression de la volonté. En pratique, il faut que le handicap interdît d'effectuer les actes de la vie courante les plus simples. L'impossibilité de signer un document semble être le critère à retenir en l'espèce.

Nous allons illustrer par un exemple clinique la nécessité de mise sous mesure de protection d'un patient atteint d'une altération des facultés corporelles.

¹⁸ article 490 du Code civil

Monsieur M., né en 1960, est examiné par un psychiatre, médecin spécialiste inscrit sur la liste prévue par l'article 493-1 du Code civil, afin que ce dernier constate son état de santé et donne son avis sur une éventuelle mesure de protection.

Monsieur M. est né dans la région parisienne et a été élevé par ses parents avec sa sœur. Après avoir suivi une scolarité primaire et secondaire, il n'a pas obtenu le Bac. Il trouve un emploi de magasinier dans une grande surface. Jusqu'à l'âge de 34 ans, il continue son métier et, célibataire sans enfant, habite toujours au domicile familial, d'où, entre temps, sa sœur est partie.

En 1994, il est victime d'une rupture soudaine de la carotide ; hospitalisé à la Pitié Salpêtrière, il reste dans le coma plusieurs mois. Quand il reprend conscience, les lésions cérébrales séquellaires sont telles, qu'une tétraplégie s'installe définitivement. Devenu entièrement dépendant malgré les rééducations et kinésithérapies, Monsieur M. est pris en charge au domicile de ses parents par des équipes de soins ambulatoires.

Quelques années s'écoulent ainsi, mais, en 1998, le père de l'intéressé est victime d'un accident vasculaire cérébral avec hémiplégie. La sœur de Monsieur M. propose à sa mère de venir vivre avec son frère chez elle, tandis que son père est transféré en Rééducation. Ce dernier meurt fin 1998, la même semaine que sa femme, atteinte d'un cancer, dont l'état de santé s'était aggravé rapidement.

Ces deux décès laissent Monsieur M. totalement à la charge de sa sœur. Celle-ci s'organise et, en mai 1999, quitte la maison louée jusqu'alors pour rejoindre un duplex, où elle installe son frère au premier étage. Il bénéficie de soins pluri-quotidiens d'une association, mais, en juin 2000, un conflit survient entre la sœur de l'intéressé et les soignants à propos de la conduite de la prise en charge, semble-t-il. Ce serait l'origine de la procédure de mesure de protection, conduisant à l'expertise.

L'examen clinique a lieu au domicile de Monsieur M., du fait des complications et de la fatigue qui seraient engendrées par un déplacement, selon sa sœur. Afin de faciliter la communication verbale et d'éviter toute inquiétude, il a lieu en présence de cette dernière..

L'intéressé sourit au regard et semble comprendre la présentation de la mission. Il opine de la tête et peut formuler quelques propos, mais avec grande difficulté. Le contact infra-verbal paraît bon.

On commence par le bilan somatique puisqu'il occupe le devant de la scène. Monsieur M. présente une tétraplégie, qui lui interdit l'usage des quatre membres et qui entraîne un alitement quasi permanent. Sur le plan fonctionnel, il a un cathéter urinaire et doit bénéficier

de soins pluri-quotidiens, tant pour prévenir les complications éventuelles (escarres, troubles du transit...) que pour l'alimentation ou le changement d'habits..

On se penche alors sur la question de savoir si cette affection somatique empêche l'expression de la volonté. On entre donc dans le domaine neuropsychique et on s'intéresse aux capacités de communication vers l'interlocuteur. En ce qui concerne l'écrit, la paralysie du patient l'empêche de tenir un stylo ; il ne peut donc rédiger lui même une lettre ou signer. L'expression orale reste quantitativement limitée, sans être, *stricto-sensu*, qualitativement anéantie. L'intéressé souffre plus d'une dysarthrie que d'une dysphasie ; ceci semble confirmé par le fait qu'il paraît comprendre un document écrit ou une intervention orale de l'interlocuteur. Enfin, la communication par l'attitude (mimique de refus ou d'accord) reste possible : en effet, si la tête est peu mobile, le regard (yeux et paupières) s'avère plutôt vif et expressif.

Finalement, l'examineur estime que la paralysie massive de Monsieur M. réduit notablement l'éventail des possibilités d'expression de sa volonté, sans pour autant l'empêcher totalement.

Sur le plan psychique, l'appréciation des fonctions mentales ou des vécus subjectifs ne saurait être qu'une approche partielle, étant donné les limites dans la communication avec les autres. L'attention et la concentration sont plutôt bonnes tout au long de la rencontre. L'orientation temporo-spatiale est normale. Le fond mental (jugement, raisonnement, auto-critique) ne semble pas atteint. Quant aux fonctions opératoires, si l'écriture est impossible par nature, la lecture à haute voix pâtit des conséquences d'une dysarthrie majeure, mais est certainement possible pour l'intéressé ; le calcul ne peut être véritablement évalué même si sa sœur rapporte qu'il se rend bien compte des crédits et des débits sur ses relevés de compte. Enfin, les fonctions symboliques sont inexplorables en dehors du langage (praxies et gnosies notamment).

L'équilibre thymo-affectif de Monsieur M. semble excellent. Son état de grande dépendance et les soins ne l'affectent pas. Il apprécie la compagnie.

Finalement, l'examen clinique permet de conclure que Monsieur M. présente une paralysie massive, à type de tétraplégie, amenuisant les moyens d'expression de sa volonté, notamment par une perte totale d'autonomie de ceux-ci. Par contre, cette pathologie d'origine vasculaire et évoluant depuis 6 ans, ne semble pas entraîner de trouble manifeste des fonctions psychiques générales.

En commentaires, les facultés corporelles, altérées par la tétraplégie, sont diminuées au point, non pas d'empêcher totalement, mais d'amoindrir nettement l'expression de sa volonté. Ainsi, une mesure de protection paraît médicalement justifiée. En ce qui concerne le choix de cette mesure, si l'on raisonne en terme de possibilité de signer ou si l'on considère que l'intéressé n'a guère la capacité physique d'être l'initiateur principal d'un acte de la vie civile, on peut en conclure qu'une mesure de représentation, plutôt qu'une mesure d'assistance, est adaptée. Par contre, on doit prendre en compte le fait qu'il peut donner un avis cohérent, même sommairement, sur les propositions d'actions le concernant.

En d'autres termes, l'affection neurologique de Monsieur M., en tant que cause de réduction quasi totale des instruments d'une expression libre de la volonté, justifie une tutelle. Cette même pathologie n'affectant que partiellement l'expression de la volonté *stricto sensu*, celle-ci pouvant être recueillie par un tiers dans des conditions appropriées, relèverait d'une tutelle allégée, adaptée par le Juge des Tutelles.

En conclusion, la mesure de protection à envisager serait plutôt de l'ordre de la tutelle, l'intéressé étant physiquement « hors d'état d'agir de lui même ». Néanmoins, il peut être associé aux démarches le concernant, comme le serait le bénéficiaire d'une curatelle renforcée.

Cette observation est un exemple typique d'un cas qui peut être considéré sous un angle purement médical (neurologique en l'occurrence), justifiant ainsi une tutelle. Mais ce patient est avant tout une personne. Sa capacité d'expression, même minime, existe. Il est donc important qu'il soit associé aux actions qui le concernent, ce qui lui permet de ne pas être un exclu psychique.

c) Prodigalité, intempérance et oisiveté

Le législateur de 1968 s'est montré soucieux d'élargir la protection, non seulement aux personnes dépendantes du fait d'une infirmité mentale ou corporelle, mais aussi à celles dont les conditions d'existence étaient menacées par un comportement ne pouvant être qualifié véritablement de pathologique. Les termes utilisés par le Code civil sont :

- la prodigalité, qui se définit ici comme le fait d'effectuer de manière continue des dépenses immodérées (achats, emprunts, dons...) mettant en péril le capital ou les ressources de l'intéressé
- l'intempérance, qui est ici synonyme d'éthylisme

- l'oisiveté, qui se caractérise par le refus non justifié d'exercer toute activité rémunératrice)

3) Dimension thérapeutique de la loi

Les psychiatres condamnaient les procédures trop lourdes et trop lentes qui, jusqu'alors, ne permettaient pas d'adapter la mesure à l'évolution de la maladie. En réaction à la rigidité excessive de l'ancien système, cette nouvelle loi a voulu offrir un maximum de souplesse. Elle permet en effet que, pour chaque malade, à chaque moment, puisse être choisie la mesure la plus efficace et la plus adaptée à son état de santé, à sa situation matrimoniale ainsi qu'à la nature des biens à sauvegarder.

Les possibilités d'individualisation du statut juridique représentent la réussite d'une loi moderne.

Le législateur, à l'écoute des spécialistes médicaux et sur leur demande, a donc mis en place un dispositif juridique remarquable. Le rôle essentiel du corps médical est affirmé au niveau de l'instruction des mesures de protection et lors de leur exercice, à tel point qu'on a pu parler de législation à caractère thérapeutique.

On peut dire en effet que cette loi porte en elle-même une dimension thérapeutique, que ce soit par l'application même des mesures de protection ou par les possibilités de réadaptation du malade qu'elle autorise.

Cette valeur thérapeutique de la protection des biens apparaît à deux niveaux :

- tout d'abord au niveau du choix de la mesure, qui est individuelle et qui tient compte des expressions cliniques. En effet, l'évolution d'un trouble mental est le plus souvent marquée de mouvements qui ne sont pas toujours prévisibles : guérison, rémissions, rechutes. Cette mobilité et cette imprévisibilité de l'évolution nécessite un système de protection souple qui s'adapte au mouvement même de la maladie.
- ensuite au niveau de la gestion des biens qui prévoit la participation du malade, dans la mesure de ses moyens ; la mesure de protection peut préserver la capacité réelle du sujet et, ainsi, ce dernier peut prendre des responsabilités de plus en plus importantes parallèlement à l'amélioration de ses troubles.

II) ASPECTS NOVATEURS DE LA LOI DE 1968

Il semble intéressant de souligner l'aspect novateur de la loi de 1968 à l'époque de sa mise en œuvre, tant sur un plan juridique que médical.

A) Volet juridique

Sur un plan juridique, il convient de s'attarder sur trois aspects mettant en évidence l'aspect novateur de cette loi.

1) Souci de diversification

Le premier objectif de la loi du 3 janvier 1968 a été, comme nous l'avons évoqué plus haut, un souci de diversification. Le système antérieur, appelé de façon imagée le combiné NAPOLEON-ESQUIROL (correspondant respectivement au Code civil de 1804 et à la loi du 30 juin 1838 sur l'internement des aliénés), semblait mal convenir à la politique de sectorisation mise en place depuis un certain nombre d'années. Cette politique faisait en sorte qu'un nombre croissant de patients bénéficiait de soins ambulatoires et non plus seulement hospitaliers. Cette situation nécessitait une certaine souplesse et individualisation dans le régime juridique, à l'image de ce qui avait été réalisé dans le traitement médical. On peut affirmer que cet objectif de diversification a été atteint par la loi de 1968. Pour s'en convaincre, on peut s'intéresser aux multiples gradations introduites par la loi dans les règles de protection des malades mentaux.

a) Dispositions générales

Le chapitre 1^{er} du titre XI du livre 1^{er} du Code civil groupe un certain nombre de dispositions générales relatives aux incapables majeurs.

Après avoir affirmé, dans son premier alinéa, que le majeur était capable de tous les actes de la vie civile, l'article 488 précise « qu'est néanmoins protégé par la loi...le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts ».

Cette protection de la loi peut intervenir à l'occasion d'un acte particulier. Le législateur a été ainsi amené à poser les règles applicables à toutes les personnes victimes d'un trouble mental, indépendamment de tout régime de protection. Les articles 489, 489-1 et 489-2 traitent cet aspect que nous allons développer dans un premier paragraphe.

Mais lorsque l'altération des facultés d'une personne revêt un caractère durable, il est nécessaire de prendre en sa faveur des mesures de protection continues, ce qui se traduira par son placement sous un des régimes prévus par la loi. Un second paragraphe définira le domaine d'application de ces régimes de protection et énoncera quelques règles générales communes à tous les régimes (articles 490 à 490-3)

1-Les règles applicables indépendamment de tout régime de protection

- la nullité des actes juridiques pour trouble mental(extrait de l'article 489 du Code civil : « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. »)

Le Code civil ne contenait, avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1968, aucune disposition générale relative au sort des actes juridiques passés par une personne privée de raison. La jurisprudence avait bâti une théorie générale de la nullité des actes juridiques pour cause de démence.

Les articles 489 et 489-1 reprennent, pour l'essentiel, les solutions dégagées par la jurisprudence en les précisant et en les adaptant à la structure des différents régimes de protection. Ces textes, après avoir énoncé le principe général de la nullité des actes juridiques en cas d'insanité d'esprit et ses conditions générales d'application¹⁹, reprennent, en ce qui concerne l'exercice de l'action en nullité, la distinction classique entre l'action exercée du vivant de l'auteur de l'acte²⁰ et l'action exercée après sa mort²¹

- le dommage causé sous l'empire d'un trouble mental

Contrairement au Code pénal²², le Code civil ne contenait, avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1968, aucune disposition générale relative à la responsabilité civile des individus privés de raison. Il convenait donc de leur appliquer les règles générales de notre droit de la responsabilité. Or on sait que celui-ci repose sur la faute. L'individu privé de raison, de conscience, de volonté ne pouvant être déclaré fautif, ne pouvait, par conséquent, être déclaré responsable de ses actes et être tenu à réparation.

¹⁹ article 489 du Code civil, 1^{er} alinéa

²⁰ article 489 du Code civil, 2^{ème} alinéa

²¹ article 489-1 du Code civil

²² la responsabilité pénale des individus privés de raison était régie par l'ancien article 64 du Code pénal : « il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. »

Le principe ainsi posé pouvait aboutir à des conséquences tout à fait inéquitables : la victime des actes d'un aliéné n'avait droit à aucune réparation, quelle que soit la gravité du préjudice, même si l'auteur du dommage possédait une fortune considérable. Alors que notre droit de la responsabilité, tel que nous le concevons aujourd'hui, a essentiellement pour but d'assurer la réparation des dommages (et non de rechercher un coupable et de punir une faute), la règle de l'irresponsabilité civile du dément apparaissait profondément anachronique.

La loi du 3 janvier 1968 a apporté un changement radical aux solutions de notre droit en matière de responsabilité des malades mentaux : au principe de l'irresponsabilité complète de l'individu privé de raison, ce texte a substitué le principe inverse de la responsabilité intégrale, affirmé par l'article 489-2 (« Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation. »).

2-Les règles communes aux différents régimes de protection

- l'indépendance des régimes de protection et des modalités du traitement médical²³

Sans doute un tel principe découle-t-il nécessairement du fait que le Code civil ne comporte aucune disposition spéciale relative à la capacité des malades mentaux internés et à la gestion de leurs biens, et que les articles 31 à 40 de la loi du 30 juin 1838 ont été abrogés.

- la protection du logement, des meubles meublants et des objets personnels de l'incapable

Lorsqu'un malade mental est contraint de quitter son domicile pour suivre un traitement dans un établissement hospitalier, il est essentiel qu'il puisse, lors de sa sortie, retrouver son logement, ses meubles et les objets auxquels il est attaché ; sinon, le fait de se retrouver dans un environnement qui lui est inconnu risque de compromettre sa réadaptation sociale et sa guérison. Ce problème est l'objet de l'article 490-2 du Code civil. La loi a ici, par elle-même, une vertu thérapeutique.

- la surveillance des majeurs protégés par l'autorité judiciaire

L'article 490-3 du Code civil prévoit que « le procureur de la République du lieu de traitement et le juge des tutelles peuvent visiter ou faire visiter les majeurs protégés par la loi, quel que soit le régime de protection qui leur est applicable ».

²³ article 490-1 du Code civil

b) Etude des différents régimes de protection

Parmi les trois régimes de protection applicables aux majeurs (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle), deux, la tutelle et la curatelle, ont un caractère traditionnel :

- la tutelle, régime de représentation, présente de grandes analogies avec la tutelle des mineurs et prend la suite de l'ancienne interdiction judiciaire ; mais les dispositions actuelles du Code civil présentent de très nombreux traits originaux par rapport à l'interdiction, de telle sorte que ce ne sont pas seulement une réforme et une modernisation de ce régime qui ont été opérées en 1968 : si les comparaisons restent valables, c'est surtout à propos de situations particulières, sur des points juridiques précis ; en revanche, l'esprit de la mesure a été totalement transformé, et c'est une véritable révolution que la loi du 3 janvier 1968 a apporté en la matière.
- la curatelle, régime d'assistance, prend la suite du conseil judiciaire et présente des similitudes avec le régime applicable au mineur émancipé antérieurement à la loi du 14 décembre 1964 portant réforme de la tutelle des mineurs.

Tutelle et curatelle des majeurs existent d'ailleurs dans plusieurs pays voisins du nôtre.

En revanche, le troisième régime de protection, la sauvegarde de justice, se présente comme une création entièrement originale : en effet, on n'en découvre aucun modèle dans notre ancienne législation et on ne retrouve pas d'équivalent dans la législation des autres pays.

Nous allons maintenant détailler chacun de ces régimes de protection.

1-La sauvegarde de justice

Aux termes de l'article 491 du Code civil, peut être placé sous sauvegarde de justice le majeur qui, en raison de l'altération de ses facultés mentales ou corporelles, a besoin d'être protégé dans les actes de la vie civile.

Il s'agit d'une formule très large qui peut s'appliquer aux situations les plus diverses. Ce régime est spécialement adapté lorsque l'altération des facultés mentales, même grave, paraît devoir être de courte durée, ou lorsqu'une protection d'urgence paraît s'imposer sans qu'il y ait lieu d'attendre que soit intervenue la décision judiciaire de tutelle ou de curatelle.

C'est une mesure à caractère provisoire, appelée à s'ouvrir, si la situation persistait, sur un régime plus structuré. Légère, elle ne porte pas atteinte à la capacité de l'intéressé, mais permet de renforcer la protection de principe en cas de maladie mentale. En effet, le majeur

placé sous sauvegarde de justice conserve en principe ses droits; toutefois, il est prémuni, d'une part contre ses propres actes portant atteinte à ses intérêts, et, d'autre part, contre une éventuelle inaction qui lui serait préjudiciable. Cette mesure, utilisable en cas d'urgence, n'est pas, au sens strict, un régime d'incapacité²⁴. Bien que transitoire, elle permet néanmoins d'assurer les actes de gestion courante et la conservation des biens, par le biais d'un mandataire spécial que le juge peut désigner.

La procédure est simple : le médecin traitant fait la déclaration au procureur de la République ; cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un médecin spécialiste.

La sauvegarde de justice prend fin dans plusieurs circonstances²⁵ :

- par une nouvelle déclaration attestant que la situation antérieure a cessé
- par la péremption de la déclaration selon les délais du Code de procédure civile
- par sa radiation sur décision du procureur de la République
- par l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle à partir du jour où prend effet le nouveau régime de protection.

2-La tutelle

C'est le régime d'incapacité le plus lourd. Il s'adresse au majeur qui « a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile »²⁶. Toutefois, par l'article 501 du Code civil, le juge, sur avis du médecin traitant, peut énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire elle-même, soit seule, soit avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu (tuteur d'Etat, gérant de tutelle, administrateur légal sous contrôle judiciaire). Cet allègement peut être effectué d'emblée, suite à l'examen médical initial, ou ultérieurement lorsqu'il s'agira de régler certaines questions (divorce, testament, mariage...).

La tutelle est la mesure d'incapacité la plus grave puisqu'elle instaure un régime de représentation ; le majeur en tutelle, frappé d'une incapacité absolue, va se trouver déchargé de la gestion de ses biens au profit de son représentant légal, le tuteur.

Ce régime sera appliqué aux formes les plus profondes de l'altération des facultés d'un individu. En seront notamment justiciables : les malades mentaux gravement atteints ; les inadaptés et les débiles profonds ; les personnes atteintes d'une infirmité corporelle,

²⁴ article 491-2 du Code civil

²⁵ article 491-6 du Code civil

²⁶ article 492 du Code civil

lorsqu'elle fait obstacle à l'expression de la volonté ; certains vieillards dont l'affaiblissement des facultés est tel qu'ils sont hors d'état de gérer leurs affaires.

Dans un souci de garantie des libertés individuelles, son ouverture obéit à un formalisme strict²⁷. Ainsi, le certificat d'un médecin spécialiste choisi sur une liste établie par le parquet est exigé²⁸. Il est important de souligner, à l'opposé, la simplicité et l'absence de formalisme de la procédure nécessaire à son allègement.

La tutelle ouverte, ses effets éventuellement allégés, le juge dispose de plusieurs options quant à son organisation :

- la tutelle complète avec conseil de famille : prévu pour être la forme de droit commun, ce mode d'organisation concerne moins de 2% des mesures de tutelle. Les lourdeurs de son fonctionnement en expliquent certainement la désaffection, autant que l'évolution du contexte social et des mentalités. Il faut noter qu'elle peut être déférée à une personne morale, ce qui n'existe pas pour les mineurs.
- l'administration légale (article 497) : le juge peut opter pour une forme de tutelle familiale simplifiée, avec désignation d'un « administrateur légal sous contrôle judiciaire », sans constitution de conseil de famille. Le juge est alors l'organe de la tutelle et l'administrateur légal, qui tient le pouvoir d'effectuer tous les actes d'administration, doit requérir son accord pour les actes plus importants.
- la gérance de tutelle (article 499) : elle a été instituée pour répondre à la gestion des patrimoines de faible importance. Le juge peut confier la tutelle à un gérant de tutelle désigné au sein du personnel administratif de l'établissement de soins ou d'hébergement, ou à un administrateur spécial. Ce gérant de tutelle perçoit les revenus de la personne protégée et les applique à l'entretien et au traitement de celle-ci, ainsi qu'à l'acquittement des obligations alimentaires dont elle pourrait être tenue²⁹.
- la tutelle d'état constitue la deuxième option non familiale d'organisation de la protection et n'intervient que subsidiairement à la tutelle familiale. On peut la qualifier d' « institutionnelle ». Lorsque la gérance de tutelle marque ses limites, le juge peut estimer souhaitable de constituer une tutelle complète et constater l'impossibilité de traduire cette nécessité en actes (inexistence ou carence de la famille...).

²⁷ article 493 du Code civil

²⁸ article 493-1 du Code civil

²⁹ article 500 du Code civil

L'article 433 du Code civil prévoit que lorsque la tutelle reste vacante, le juge des tutelles la défère à l'Etat. Le tuteur d'Etat possède les mêmes pouvoirs qu'un administrateur légal sous contrôle judiciaire. Sa mission est identique à celle du gérant de tutelle mais son autonomie est plus grande.

3-La curatelle

Elle s'adresse au majeur qui, « sans être hors d'état d'agir lui-même, a besoin d'être conseillé dans les actes de la vie civile »³⁰. Cette modalité exclut la représentation et pose le principe que le majeur agit seul pour tout ce qui est administration courante, mais pas pour les actes de disposition où l'assistance du curateur (et non la représentation) est nécessaire.

Ce régime, qui ne fait pas appel à une représentation continue, peut être utile dans différentes situations. Il s'applique à ceux dont les capacités psychiques sont diminuées ou insuffisantes, à côté des catégories déjà citées (prodigalité, intempérance, oisiveté) ; des conseils ou une surveillance leur sont nécessaires pour permettre une administration logique de leurs affaires.

La mesure peut être, comme la tutelle, allégée par le juge qui peut énumérer certains actes que la personne aura la capacité de faire seule par dérogation à l'article 510 (article 511).

A contrario, l'article 512 (curatelle renforcée) permet à celui-ci de retirer des droits au majeur sous curatelle.

Le choix entre trois mesures, la possibilité de modifier la portée de la tutelle et de la curatelle donnent une certaine souplesse au système en permettant de se rapprocher du besoin réel de protection du bénéficiaire. Cette nouvelle loi a donc permis d'individualiser au maximum la mesure de protection à appliquer à une personne donnée.

³⁰ article 508 du Code civil

2) Respect de l'autonomie des personnes

La seconde grande idée de la loi de 1968 a été le respect de l'autonomie des personnes, protégées ou non. La protection juridique, parce qu'elle entraîne une restriction des libertés, doit s'avérer nécessaire et par voie de conséquence subsidiaire. A cet égard, les principes de nécessité et de subsidiarité (proclamés par les droits modernes tels le droit allemand et la convention du Conseil de l'Europe), s'ils ne sont pas formellement inscrits en tant que tels dans la loi de 1968, sont tout de même sous-entendus. Le principe de nécessité signifie que l'on ne doit pas prendre une mesure de protection dès lors qu'il n'y a pas de justification, pièces médicales à l'appui, de l'altération des facultés mentales de l'intéressé empêchant l'exercice des actes courants de la vie civile. Quant au principe de subsidiarité, il signifie que, s'il est possible de défendre les intérêts du majeur par une mesure autre que privative de capacité, cette solution doit en priorité être utilisée (en particulier les mesures prévues au titre des régimes matrimoniaux).

En clair, dès lors que l'intéressé est en état de manifester un consentement suffisamment lucide et éclairé, il faut tenir compte de sa volonté. Le régime d'assistance ou de représentation ne doit être utilisé que dans le cas où cette lucidité lui fait défaut.

3) Souci de souplesse et d'individualisation

Le troisième aspect concerne le souci de souplesse et d'individualisation, comme la volonté de respecter dans la mesure du possible l'autonomie du malade, d'où le recours à une procédure légère, dépourvue de formalisme. C'est pour cette raison que la loi de 1968 a préféré, pour prononcer une incapacité, le juge des tutelles au Tribunal de Grande Instance. L'ensemble du système de protection des majeurs incapables se trouve de ce fait rattaché à la compétence de ce juge spécialisé du tribunal d'instance : ainsi est confirmée et renforcée la constitution d'un véritable « service public des tutelles » confié à l'autorité judiciaire. Sa mission s'étend désormais à l'ensemble des personnes incapables. Il s'agit d'une innovation d'une importance considérable.

L'étude des différents régimes de protection met en valeur l'étendue des pouvoirs confiés au juge des tutelles qui n'a pas seulement à s'occuper de la gestion du patrimoine comme c'est le cas pour les mineurs. Ainsi, c'est à ce magistrat qu'il appartient, non seulement d'organiser les mesures de protection, mais d'en décider le principe, c'est à dire d'apprécier si l'état de santé de telle ou telle personne la met ou non hors d'état de gérer elle-

même ses biens et, le cas échéant, de décider de quel degré de protection elle relève. C'est également lui qui tranche la question, souvent délicate et déterminante, d'une représentation ou d'une assistance du majeur incapable par une personne de la famille ou par une instance extra-familiale.

Cette question à propos de la fonction pivot du juge des tutelles avait fait l'objet d'une discussion très serrée entre l'Assemblée Nationale et le Sénat au moment de la discussion de la loi de 1968, comme nous l'avions évoqué auparavant. Finalement, la nécessité d'une procédure simple, rapide et peu coûteuse, invoquée à de nombreuses reprises, s'avère ainsi respectée.

B) Volet médical

Sur un plan médical, la loi de 1968 souhaitait qu'un dialogue s'instaure entre le juge et le médecin. En effet, la diversité des maladies mentales, les difficultés du classement diagnostique ont fait que le législateur de 1968 a préféré s'entourer de garanties et faire appel à la compétence du médecin.

1) Rôle du médecin traitant

L'instauration d'une protection judiciaire nécessite la constatation médicale de l'altération des facultés empêchant la personne de pourvoir seule à ses intérêts. Le juge apprécie souverainement, comme il est conforme à la tradition juridique, s'il doit ou non ordonner une mesure de protection. Pour les modalités d'exécution et de déroulement de la mesure, ainsi qu'avant l'autorisation de certains actes particuliers, il est explicitement prévu que le juge prenne avis du médecin traitant. Une collaboration obligée de ces deux instances est ainsi organisée.

Le médecin traitant, qui peut d'ailleurs être un spécialiste ou un généraliste, est donc envisagé comme un partenaire essentiel de ce système de protection et son avis est largement sollicité. Il figure parmi les personnes qui ont compétence pour donner avis au juge de la cause justifiant l'ouverture d'une tutelle³¹.

³¹ article 493 du Code civil

C'est également lui qui déclenche la mesure de sauvegarde de justice. Pour cette mesure, l'avis médical suffit puisque ce régime de protection n'altère pas la capacité du majeur protégé ; la déclaration au Procureur de la République a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un médecin spécialiste. Notons que l'avis du médecin d'un établissement de soins défini par l'article L 331 du Code de la santé publique est suffisant pour provoquer la mise sous sauvegarde de justice, étant donné que ce praticien est censé jouir d'une certaine indépendance vis à vis de l'entourage.

L'avis du médecin traitant doit également être pris pour un éventuel aménagement de la tutelle ou de la curatelle³². Outre son rôle d'expert permanent auprès du juge, il est appelé à apprécier l'influence des proches et des intervenants extérieurs.

Pour la suppression des mesures juridiques, on fait encore appel à lui. Afin que la sauvegarde de justice prenne fin, il peut faire une nouvelle déclaration attestant que la situation antérieure a cessé³³. Quant à la tutelle, elle prend fin avec les causes qui l'ont déterminée ; cependant, la mainlevée n'en sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à son ouverture³⁴. La curatelle prend fin de la même façon que la tutelle.

Hormis les transformations des mesures de protection, ce partenaire de santé peut jouer un rôle dans plusieurs cas particuliers, alors que le malade est placé sous une mesure de protection. C'est le cas avant l'autorisation de la cession des droits relatifs au logement et de la vente du mobilier³⁵, ou s'il y a projet de mariage d'un majeur en tutelle³⁶.

En outre, le médecin traitant peut être appelé à participer au conseil de famille à titre consultatif³⁷. En participant ainsi à ce conseil, le praticien peut mieux connaître la situation de son patient ; il peut aussi être amené à influencer les décisions prises au sujet de ce dernier, dans un sens qui leur permettrait de concorder avec les mesures thérapeutiques et l'évolution de la maladie.

En apparence, le législateur a fait la part belle au médecin traitant. En fait, après quelques années de pratique de la loi, il a semblé qu'il ne tenait pas la place que la loi lui avait ménagé et que, dans la plupart des cas, son avis n'était demandé que secondairement, après que le médecin spécialiste eut été directement alerté. Dans de nombreux cas, la procédure est

³² articles 501 et 511 du Code civil

³³ article 491-6 alinéa 1

³⁴ article 507 alinéa 1

³⁵ article 490-2 du Code civil

³⁶ article 506 du Code civil

³⁷ article 496-2 du Code civil

déclenchée suite à la décision de l'entourage plus ou moins éloigné, qui alerte le Juge des Tutelles, sans qu'il paraisse toujours³⁸.

De plus, le médecin généraliste est souvent hésitant pour mettre son malade ne serait-ce que sous sauvegarde de justice. Son respect pour la personne du patient, dans les cas limites, peut être tel qu'il hésite à s'associer à une mesure diminuant ses capacités, qu'il s'agisse des droits civiques ou de la capacité de gérer.

2) Référence au médecin spécialiste

Apparaît alors la référence au médecin spécialiste, spécialiste en ce qu'il serait qualifié pour établir un lien entre l'altération des facultés personnelles et l'empêchement de la volonté (ce qui renvoie à la notion implicite de validité du consentement). Les psychiatres sont alors volontiers nommés, mais sans que ce ne soit clairement défini, étant donné qu'il est possible de protéger un sujet atteint d'altérations des facultés corporelles aussi bien que d'altération des facultés mentales.

Le flou plane également quant à la place de l'intervention de ce médecin-spécialiste : certificateur ou expert ? Selon certains juristes, il ne s'agit pas d'un rapport d'expertise. Cependant, étant donné l'importance de la décision en cause, des difficultés d'appréciation de l'état du patient et des contestations dont le médecin spécialiste a à connaître, on peut envisager que le document établi ne soit pas un simple certificat.

Il faut noter que, dans le texte, il n'est à aucun moment question de médecin expert ou d'expertise ; il est seulement dit que « le juge ne peut prononcer l'ouverture d'une tutelle que si l'altération des facultés mentales ou corporelles du malade a été constatée par un médecin spécialiste choisi sur une liste établie par le Procureur de la République »³⁹

Ainsi, pour des mesures aussi sérieuses que la tutelle, et à un moindre degré la curatelle, l'intervention du spécialiste doit être un gage de sécurité pour le juge et pour le malade.

Il faut également noter que c'est encore le spécialiste, ou plus précisément l'« expert », qui est amené à se prononcer sur l'existence d'un trouble mental au moment d'un acte de la vie civile lorsque ce dernier est contesté. Dans ce cas, le médecin traitant, qui est lié par le secret professionnel, ne peut être commis expert.

³⁸ ALLIEZ J. *Remarques sur l'application de la loi du 3 janvier 1968 sur les incapables majeurs en pratique psychiatrique non asilaire*. Annales médico-psychologiques 1975 ; n°4 : 510-517

³⁹ article 493-1 du Code civil

En dehors du régime de droit commun, l'annulation de certains actes réalisés alors que le malade était placé sous un régime de protection peut être demandée. C'est, là aussi, à l'expert d'intervenir.

En résumé, le rôle du médecin spécialiste est le suivant :

- contrôle de l'avis donné au juge, en examinant une personne à un moment donné et en faisant le bilan des troubles susceptibles d'être la cause de l'application d'un régime de protection.

- avis sur l'existence d'un trouble mental à un moment donné, lorsqu'un acte est contesté.

Le médecin spécialiste peut, à l'instar du médecin traitant, rencontrer des difficultés à différents niveaux. Ainsi, il ne dispose pas toujours de tous les éléments pour se faire une opinion. Les éléments en sa possession peuvent être, en ce qui concerne le comportement réel du sujet, soit nuls, soit plus ou moins sujets à caution, ou encore interprétés de façon différente par des parties qui s'opposent.

Dans certains cas, l'examen clinique et l'entretien avec le patient peuvent ne pas être suffisants, qu'il s'agisse d'une demande de main levée ou d'une procédure d'aggravation, pour passer d'un type de curatelle à un autre ou d'une curatelle à une tutelle. Le praticien doit s'attacher à demander au magistrat qui le commet de lui adresser les rapports antérieurement établis. Il peut également essayer d'obtenir par des collègues, surtout si l'intéressé a été hospitalisé, les renseignements souhaitables, sans quoi il risque de prendre une position qui ne va pas forcément dans le sens de l'intérêt du patient, bien qu'il ait l'impression de lui être agréable dans l'immédiat. Aucun document ni renseignement ne doit être négligé.

Quoiqu'il en soit, malgré les difficultés prévisibles, cette nouvelle loi s'est présentée dès sa mise en application comme un instrument permettant une collaboration active entre médecins et magistrats pour pallier des conséquences dommageables des désordres de l'esprit.

C) Du majeur à protéger au majeur protégé : schéma de la procédure actuelle

1) Saisine du juge des tutelles

La demande de protection est rarement le fait de la famille : il s'agit alors d'une demande par « requête » (art.493 du Code civil). Dans ce cas, elle fait souvent suite aux conseils d'un notaire ou d'un médecin, voire d'une association de parents d'enfants inadaptés.

Dans la plupart des cas, la procédure d'ouverture de tutelle (ou de curatelle) est engagée par « avis de la cause donnée au juge » (art.493 du Code civil). Les motifs de ces demandes sont avant tout des motifs « institutionnels » :

- protection des individus contre des échanges d'argent non équitables et protection de l'institution pour la garantie d'un bon ordre.
- projets thérapeutiques ou pédagogiques, en particulier pour favoriser une démarche de sortie ou pour aider un majeur déficient à s'autonomiser de sa famille.
- démarches administratives ou procédures de litiges (H.L.M, E.D.F.).
- instauration d'un tiers, arbitre, entre le majeur et les institutions.
- protection des finances de l'établissement quand le prix de journée ou le forfait hospitalier ne sont pas payés.

Dès la saisine, le juge a un an pour statuer sur la demande (art.1252 du Nouveau Code de Procédure Civile).

L'avis de saisine est transmis au procureur de la République.

2) Instruction du dossier par le juge

Les diligences suivantes sont obligatoires :

- ordonnance désignant un médecin spécialiste en cas de saisine d'office ou à la requête du procureur de la République (art.1244 NCPC).
- audition du majeur à protéger sauf ordonnance motivée de non audition (art.1246 et 1247 NCPC). La non audition, qui résulte d'une décision juridictionnelle, ne peut être retenue que si les médecins spécialistes ont indiqué que cette audition serait préjudiciable à la santé de la personne.

D'autres diligences sont facultatives :

- ordonnance de mise sous sauvegarde de justice (art.491-1 et art.1238 et 1239 NCPC).
- ordonnance désignant un mandataire spécial (art.491-5 Code civil).
- audition autant qu'il est possible des parents, alliés ou amis de la personne à protéger (art.1248 NCPC).
- décision ordonnant toute mesure d'information (art. 1248 NCPC).

3) Renvoi à l'audience

Le dossier doit être transmis au procureur de la République un mois avant la date fixée pour l'audience, sauf urgence constatée par le juge (art.1250 NCPC). Le juge fait connaître au requérant et à la personne à protéger, ou à leurs conseils, la possibilité de consulter le dossier au greffe (art.1250 NCPC).

15 jours avant l'audience, le procureur de la République renvoie le dossier avec son avis écrit. Ce délai peut être réduit en cas d'urgence.

4) Audience et jugement

Lors de l'audience, il y a possibilité d'audition du requérant et de la personne à protéger (art.1251 NCPC). L'affaire est jugée et instruite en chambre du conseil après avis du ministère public.

A l'issue de l'audience intervient le jugement, à savoir la décision de rejet de tout régime de protection ou d'ouverture d'une mesure de protection. Rappelons que, si on aboutit à un jugement de mise sous tutelle, le juge a le choix entre une tutelle complète, une tutelle sous forme d'administration légale, une tutelle en gérance ou une tutelle d'Etat. Le juge peut décider d'un allègement de la tutelle. En cas de mise sous curatelle, le juge a le choix entre une curatelle simple, une curatelle allégée ou une curatelle aggravée.

La notification du jugement, outre la liste des personnes auxquelles le jugement doit être notifié, comporte un avis au procureur de la République, ainsi qu'une information sur la voie de recours et les modalités d'exercice.

5) Voies de recours

Le délai de recours est de 15 jours (art.1257 et 1258 NCPC). Selon que le jugement ouvre ou refuse d'ouvrir ou de donner mainlevée d'une mesure de protection, le ministère d'avocat est ou non obligatoire (art.1256 NCPC). En cas de recours, celui-ci est formé au greffe du tribunal d'instance (art.1256 NCPC) et le dossier est transmis au président du tribunal de grande instance.

6) Publicité

Des mentions sont faites au répertoire civil (art.1260 NCPC). En cas de mise sous tutelle ou de mainlevée de la tutelle, il en est fait avis à l'INSEE.

III) APPORTS ET LIMITES DE LA LOI DE 1968

Après plus de trente ans de recul, il semble intéressant de dresser un bilan de la loi du 3 janvier 1968. Des questions se sont posées dès sa mise en application. Au fil du temps, on a assisté à une évolution de la prise en charge des patients et de la société.

A) Difficultés pratiques d'application de la loi

La valeur d'une loi, quelle qu'elle soit, dépend de la manière dont elle est utilisée. La loi du 3 janvier 1968 ne déroge pas à cette règle. Ainsi, dès sa mise en application, des questions se sont posées.

1) Questions d'ordre juridique

Le rôle du juge des tutelles devait faire l'objet d'une attention particulière, étant donné l'importance de ce magistrat. Rappelons que, chaque fois qu'une mesure de protection s'impose ou doit être modifiée, qu'une difficulté intervient au cours de la gestion, c'est le juge qui décide, qui doit contrôler et adapter les régimes des biens de la personne. Il doit également pouvoir être en liaison avec la famille du malade, le malade lui-même, le représentant ou le conseiller de celui-ci pour surveiller son action. De plus, il doit se mettre en relation avec le médecin et tenter de comprendre la thérapeutique mise en œuvre, question qui lui est étrangère.

Il apparaissait donc clairement que la réforme du droit des incapables majeurs reposait en grande partie sur cette compétence du juge des tutelles, mais également sur sa disponibilité. Des craintes avaient été émises, lors de la discussion du projet de loi, à propos de la « compétence » en la matière du magistrat. Il existait en outre une crise de recrutement de la magistrature à cette période, et il semblait difficile de trouver un juge des tutelles apte à faire ce travail de façon approfondie.

Quant à leur disponibilité, elle semblait être mise en cause. Les juges des tutelles, qui se plaignaient déjà d'être submergés de travail, se voyaient chargés de la tutelle des majeurs, en plus de celle des mineurs, avec tout le travail que demandait l'application de la loi si on voulait qu'elle soit efficace et bénéfique.

2) Questions d'ordre médical

Les juges n'étaient pas seuls en cause. Des interrogations existaient également sur le plan médical, au moment de la mise en application de la loi de 1968. Ainsi, il apparaissait que les médecins manquaient de temps, et que, de ce fait, l'application de la loi semblait ne pouvoir être que partielle, dans l'immédiat tout au moins.

Une autre inquiétude des médecins, et en particulier des psychiatres, à la lecture de cette loi, était qu'elle ne résolvait que partiellement le problème législatif relatif aux malades mentaux. En effet, si la protection des biens des incapables majeurs est l'objet indiscutable de la loi du 3 janvier 1968, il n'y est guère fait mention de la protection de la personne des majeurs vulnérables. Ce mutisme tient au fait que le législateur de l'époque a voulu renvoyer la question du statut de la personne du majeur protégé à la question alors particulièrement brûlante de l'hospitalisation du malade mental. C'était donc lors de l'examen de la réforme de la loi de 1838 que la protection de la personne devait être abordée.

Si la plupart des praticiens préféraient que la protection des biens et celle des personnes soient séparées, tous pensaient que la seconde devait primer, et ils attendaient surtout un texte dans ce sens. Il pouvait sembler regrettable que les deux questions n'aient pas été posées en même temps. Au moment de la mise en application de la nouvelle loi, on ne savait pas si les autres problèmes posés par les malades mentaux seraient par la suite abordés et réglés. En 1990, le Parlement évitera en fait d'aborder de front le problème de la personne et se contentera de redéfinir les modes d'hospitalisation en matière psychiatrique, sans poser de manière générale les règles concernant la protection des majeurs vulnérables.

B) Contexte médico-social lors de la mise en application de la loi

La loi du 3 janvier 1968, étape de la rénovation du Code civil napoléonien, a été votée dans un contexte social d'expansion économique relative, avec le souci d'organiser les franges marginales de la société et de s'occuper de ceux qui sont en-dehors de la règle du jeu. Elle a été voulue novatrice, tant du point de vue juridique que de celui des pratiques sanitaires et sociales.

Cette loi a commencé à être appliquée en novembre 1968, avec une montée en puissance, lente au début, des dispositions provisoires aménageant une transition avec l'ancien droit jusqu'au 1^{er} janvier 1975.

1) De l'assistance à l'identité sociale

La Loi du 30 juin 1975, d'orientation en faveur des personnes handicapées et relative aux institutions sociales⁴⁰, a marqué le passage d'une prise en charge antérieurement basée sur la notion d'assistance à une prise en charge reposant largement sur la notion de solidarité.

Elle affirme que « la prévention et le dépistage des handicaps, les soins, l'éducation, la formation et l'orientation professionnelle, l'emploi, la garantie d'un minimum de ressources, l'intégration sociale et l'accès aux sports et aux loisirs du mineur et de l'adulte handicapé (...) constituent une obligation nationale. ». Elle rend l'ensemble des acteurs sociaux (famille, Etat, collectivités locales, établissements publics, organismes de sécurité sociale, associations, groupes, organismes et entreprises privés et publics) responsables de la mise en œuvre de cette obligation.

Cette loi, lors de sa conception, pouvait apparaître comme dangereuse, puisqu'en désignant les handicapés, elle risquait de fabriquer un groupe d'exclus. En fait, il semble qu'elle a participé à la conception d'une politique de réhabilitation des « malades mentaux », en leur définissant une identité sociale articulée autour du trépied : revenu, travail, logement.

Le travail et le logement représentent l'un et l'autre un élément fort de l'identité sociale. C'est cependant le troisième volet du trépied, à savoir les revenus, qui nous intéresse plus particulièrement ici. Par le biais de l'allocation adulte handicapé, les malades mentaux, dépourvus jusque-là d'autonomie financière, se sont vus attribuer des ressources modestes mais régulières, permettant la mise en œuvre de projets de réinsertion sociale. On a ainsi assisté à la déchronicisation d'un nombre croissant de patients qui, grâce à ces aides financières, ont pu être pris en charge à temps partiel au long cours (certains ont parlé à l'époque d' « externement »). La loi de 1968 s'est offerte tout naturellement pour encadrer ces mesures d'accompagnement social lorsque les équipes ont pris conscience des traquenards qui menaçaient les patients dans les affaires d'argent.

De ce fait, la gestion au quotidien des ressources et des aides de toutes natures est devenue une préoccupation importante des équipes soignantes. Ces dernières, du fait de leur proximité

⁴⁰ Loi n°75-534 du 30 juin 1975 : *l'orientation en faveur des personnes handicapées*, In : *Journal Officiel*, 1^{er} juillet 1975, et rectificatifs des 18 juillet et 21 août 1975.

du malade, semblaient les plus à même à déterminer avec lui ce qui était possible, souhaitable et réalisable sur le plan financier. Or, on sait que le faire avec le patient n'est pas chose aisée. La confusion des rôles entre le référent thérapeutique, les référents institutionnels et psychothérapiques et celui ou celle qui acceptait le rôle de censeur financier, tous sous le même chapeau institutionnel, ne manquait pas de faire question tant dans la réalité pour le patient que sur le plan des principes. Le recours à un tuteur ou un curateur extérieur à l'équipe semblait de nature à résoudre un certain nombre de problèmes institutionnels.

On assiste à une séparation claire entre le sanitaire et le social, les établissements qui dispensent du soin et ceux qui ont plutôt vocation à être des lieux de prises en charge sociales, médico-sociales, éducatives ou des lieux de vie. Ce mouvement n'est pas limité à notre pays. En Angleterre par exemple, il s'inscrit dans la classique opposition *care and/or cure*.

2) Evolution de la prise en charge des patients

Ce nouveau système de protection des intérêts des malades s'inscrit dans le courant psychiatrique de l'époque et va de pair avec la circulaire du 15 mars 1960 « relative au programme d'organisation et d'équipement des départements en matière de lutte contre les maladies mentales ». Dans cette optique, l'hospitalisation du malade mental ne constitue plus désormais qu'une étape du traitement qui a été commencé et devra être poursuivi dans des structures extra-hospitalières. Progressivement, les centres médico-psychologiques se substituent à l'hôpital comme pivot des soins. Le principe essentiel de l'organisation de la lutte contre les maladies mentales est en effet de séparer le moins possible le malade de sa famille et de son milieu. La loi de 1968 paraît adaptée à ces principes.

Cette période correspond également à la généralisation de la sectorisation psychiatrique (dans les années 1960). Grâce à cette organisation en secteur, la loi peut s'appliquer dans de bonnes conditions, tout au moins dans sa partie médicale. En effet, le malade est suivi par la même équipe de soins, que ce soit en hospitalisation complète, en ambulatoire, ou dans une structure prévue pour la réadaptation du patient à la vie sociale tels que les hôpitaux de jour ou de nuit, les maisons de retraite. Ainsi, le médecin peut mieux connaître son patient et participer à l'adaptation de la mesure judiciaire à l'état de celui-ci.

Le texte de loi tend à « désaliéner » l'hôpital en n'accrochant plus systématiquement une mesure d'incapacité au traitement, et en reconnaissant que les malades mentaux ne sont pas les seuls pour lesquels les mesures de protection s'imposent. Il va dans le sens d'une

resocialisation. Le malade mental a enfin droit à des soins de proximité, il a aussi tout simplement droit de cité.

Evidemment, cette accession à une plus grande autonomie pour les malades n'est pas exempte de contraintes. Ainsi, P. BAILLY-SALIN⁴¹ fait remarquer que « rendre au patient la maîtrise d'une partie plus ou moins importante de son temps, c'était lui rendre du même fait son statut de sujet, avantage inestimable. », ajoutant que « c'était aussi lui laisser le redoutable privilège d'avoir à s'assumer en tout ou partie, à l'envers de la dépendance absolue et totalitaire qu'impliquait l'hospitalisation à temps complet où le patient se trouvait en situation d'objet. ».

3) Rôle de la famille dans l'application de la mesure de protection

Un autre aspect mérite d'être souligné : la loi sur les incapables majeurs est avant tout fondée sur la famille, au sens nucléaire du terme, et la référence faite en permanence à la tutelle des mineurs le prouve. En effet, à chaque fois que cela est possible, c'est d'abord un proche parent qui est chargé de représenter ou d'assister le majeur incapable. On verra plus tard que ce principe a progressivement été mis en cause ; le développement de la tutelle en gérance en est une illustration. On a pu entendre parler d'une déshumanisation possible du système de mesure de protection. Il faut tempérer ces propos, en tenant compte également de l'évolution de la structure familiale dans nos sociétés. D'ailleurs, avant même le vote de cette loi, dans son rapport introductif au Parlement⁴², M. PLEVEN situait « l'atténuation de la prépondérance familiale » comme une des limites à l'alignement du droit des incapables majeurs sur le régime de la minorité. Il soulignait également que la solidarité familiale à l'égard du malade était loin d'être constante. A ce propos, il faut bien convenir que, dans un nombre non négligeable de cas, les troubles mentaux ont plus ou moins pour origine des conflits de caractère familial ou conjugal. Dans de telles hypothèses, la place des proches doit être envisagée avec beaucoup de circonspection.

Néanmoins, le rôle dévolu à la famille est un aspect important de cette nouvelle loi, qui la fait participer à l'action thérapeutique, en lui confiant le soin d'aider le malade à gérer ses biens. C'est davantage en aidant le malade, plutôt qu'en le remplaçant, que les proches peuvent comprendre l'action thérapeutique engagée par le médecin, et y participer.

⁴¹ BAILLY-SALIN P. *Tutelles-curatelles*. In : L'avenir des tutelles, Editions Dunod, novembre 2000 : 1-13

⁴² Rapport de M. PLEVEN, *op cit*.

L'influence de la famille sur le malade est grande. C'est souvent elle qui le décide à accepter les soins. Dans la mesure où l'hospitalisation en milieu psychiatrique perd une partie de son aspect péjoratif, l'entourage n'attendra pas pour faire soigner le patient.

Cette situation correspond aux premières années d'application de la loi de 1968. Nous décrirons par la suite le déclin du rôle de la famille observé depuis plusieurs années, en rupture avec ce qui était observé auparavant.

C) Evolution des pratiques -Emergence d'une nouvelle catégorie de majeurs protégés

1) Déclin du rôle des familles

En proclamant l'indépendance des régimes de protection et des modalités du traitement médical d'une part, en instituant un panel gradué de mesures d'autre part, le législateur a laissé au juge des tutelles la possibilité de conserver à chaque majeur certaines capacités juridiques, lui réservant ainsi la part d'autonomie nécessaire à la réinsertion dans la vie sociale.

Par opposition à la loi du 30 juin 1838, la loi de 1968 est, selon MASSIP, « une loi de Droit Civil relative aux diverses mesures de protection dont peuvent bénéficier les majeurs que l'altération de leurs facultés met dans l'impossibilité de s'occuper normalement de leurs affaires, une loi relative à la seule protection des intérêts civils, pécuniaires de certains majeurs ».⁴³

Dans l'esprit du législateur de 1968, cette loi concernait donc avant tout les intérêts patrimoniaux des incapables majeurs (sauf quelques rares exceptions) ; il semblait de ce fait logique que la mesure soit exercée par la famille. Or, on a assisté au cours du temps à un déclin des tutelles avec Conseil de Famille au profit de l'administration légale et des tutelles « administratives » le plus souvent exercées par des associations.

⁴³ MASSIP J. Les majeurs protégés Tome 1

La pratique semble donc contredire la priorité familiale énoncée dans la loi. Deux causes principales peuvent être avancées. Tout d'abord, il arrive qu'on se trouve en présence de familles disloquées, ce qui n'incite pas à confier le rôle de tuteur ou de curateur à l'un de ses membres. De plus, les juges, les associations, les médecins trouvent souvent plus commode d'avoir affaire à un spécialiste des tutelles qu'à une famille qui est lourde à traîner et qui peut poser des problèmes. En effet, il n'est pas rare que la famille se montre peu ouverte aux souhaits personnels du majeur, lorsqu'ils se traduisent par des dépenses importantes ou qu'ils contrarient des projets familiaux. L'entourage familial peut donc être un obstacle à une véritable protection de la personne du majeur.

2) « Démédicalisation » de la loi

L'importance croissante des mesures de protection confiées aux associations depuis plusieurs années est illustrée par différentes études. L'une d'elles, réalisée par le Ministère de la Justice en mai 1998, se base sur des statistiques de l'année 1996. Cette année là, 26000 personnes ont été placées sous tutelle, 24000 sous curatelle. On note une augmentation très importante des mesures d'Etat, et plus particulièrement des curatelles d'Etat qui ont doublé entre 1990 et 1996. Un autre chiffre corrobore cette tendance : la part des mesures d'Etat est passée de 15.3 à 27,5% entre 1990 et 1999. Ces chiffres sont fournis par le Ministère de la Justice.

Cette évolution n'est pas imputable à des dysfonctionnements dans l'application de la loi de 1968. Elle est plutôt la conséquence d'une évolution sociologique qui n'avait pas été prévue lors de la préparation de la loi.

En effet, la tutelle est au cœur de modifications sociales profondes. Elle protège des personnes âgées, des personnes atteintes de troubles mentaux, mais également toute une population dite marginale qui correspond à une nouvelle catégorie de majeurs protégés. Ainsi, par le biais des mesures d'Etat ou d'une mesure de tutelle aux prestations sociales adultes complémentaires des mesures civiles, les associations se sont vues depuis quelques années confier des mesures en faveur de personnes présentant un profil différent de ce que l'on a l'habitude de rencontrer. Ce sont des individus jeunes, entre 20 et 50 ans pour la plupart, en majorité des hommes. Outre des troubles psychiques, ces individus présentent des difficultés d'adaptation sociale, souvent associées à des conduites addictives. A titre d'exemple, il est souvent reproché au juge des tutelles de faire application du texte qui nous intéresse à des personnes surendettées,

toxicomanes, ou déstabilisées par un divorce ou la perte d'un emploi. On peut rétorquer que la toxicomanie ou l'alcoolisme caractérisent l'intempérance. Quant au surendettement, on peut le considérer comme une forme de prodigalité. Il n'y a donc pas forcément dans ces applications un dépassement des applications posées par la loi de 1968 ; dans ces situations, il faut plutôt se demander si la curatelle est la mesure appropriée au besoin d'aide du majeur et si une mesure d'accompagnement social, non privative de droits, ne serait pas opportune. Il s'agit d'un point crucial de la réflexion en ce qui concerne les mesures de protection. Nous y reviendrons plus tard, lorsque nous nous intéresserons au projet de réforme de la loi du 3 janvier 1968.

La mesure de protection est donc de plus en plus perçue comme une aide sociale, alors qu'il ne faut pas perdre de vue qu'elle est privative de droits. Pour cette catégorie de majeurs, si la protection des intérêts civils reste primordiale pour garantir leur liberté de citoyen, la protection des intérêts pécuniaires (et *a fortiori* patrimoniaux) semble souvent accessoire par rapport à la protection « sociale » qu'ils attendent à juste titre de la mesure de protection.

Nous allons illustrer ce que nous avons appelé la démedicalisation de la loi de 1968 par un cas clinique.

Mademoiselle M. est examinée par un psychiatre, médecin spécialiste inscrit sur la liste prévue par l'article 493-1 du Code civil.

Cette femme est née en 1941 à TROYES. Elle a été élevée par ses parents avec sa fratrie (elle cite cinq de ses frères et sœurs, mais laisse entendre qu'il y en a d'autres). Elle n'a été scolarisée qu'épisodiquement : en effet, sa famille, composée de gens du voyage et de forains, s'occupait d'un petit cirque itinérant auquel l'intéressée participait activement.

Mais son père décède accidentellement (à quelle époque ?) et les animaux du cirque sont vendus (deux chevaux, un singe et une chèvre). Mademoiselle M. dit avoir alors quitté le milieu familial, à 20 ans précise-t-elle. Les années qui suivent s'égrènent au fil de voyages avec d'autres caravanes et d'autres cirques, de saisons ici ou là, d'emplois intérimaires.

Le plan affectif paraît dominé par les ruptures, le vide, le rejet : elle confie avoir eu 4 enfants, issus de liaisons différentes et éphémères. Elle ne peut (ou ne veut ?) en donner les prénoms, argumentant que c'est sa mère qui les a élevés et qu'elle n'en a jamais eu de nouvelle. Les mêmes propos sont tenus en ce qui concerne sa famille (mère, fratrie).

La seule relation amicale qu'elle évoque s'est déroulée dans les années 1990, avec un compagnon. Mais, là encore, une rupture l'amène à venir à ANGERS en 1998. Accueillie

dans un premier temps chez des amis, elle a ensuite rejoint un foyer. Touchant le RMI, elle a fait des demandes de logement avec son assistante sociale. Même si cette prestation sociale est versée régulièrement sur son compte, il semble que Mademoiselle M. soit souvent à la limite de l'endettement, dépensant en quelques jours l'argent en question. Elle reste très réticente pour dire l'emploi qu'elle en fait et argumente de façon stéréotypée : « Je dois un petit quelque chose à l'un ou à l'autre, mais c'est pas grave ».

Ceci dit, les offices d'HLM ou assimilés subordonnent l'octroi d'un logement à une gestion contrôlée des ressources. C'est ce qui conduit l'intéressée à faire une demande de mesure de protection, d'où l'expertise.

Après avoir manqué les rendez vous précédents (négligence ou réticence ?), Mademoiselle M. vient accompagnée de son assistante sociale. Elle est examinée, seule, puis sera vue avec son accompagnatrice.

Le premier contact est spontané, avec une personne qui paraît plutôt à l'aise. Les questions sont bien comprises, les réponses adaptées. L'attitude générale et la verbalisation sont en cohérence avec la culture et le vécu de cette personne.

L'examen des fonctions psychiques basales met en évidence des capacités d'attention et de concentration correctes, alors que la mémoire et l'orientation temporo-spatiale sont bonnes. Le fond mental (jugement, raisonnement, auto-critique) n'apparaît pas déficitaire, bien que modeste. Les fonctions opératoires, par contre, sont déficientes : le calcul, même simple, est pratiquement impossible, l'écriture réduite à celle de son nom ou de quelques termes courants, tandis que la lecture est défailante, notamment pour saisir le sens des écrits. En revanche, la fluence verbale est correcte et les fonctions symboliques (phasie, praxie, gnosie) ne montrent pas, *a priori*, de trouble. Ainsi, les manques opératoires constatés sont liés à une non acquisition des connaissances, non pas suite à une pathologie neuro-psychiatrique, mais du fait de la modestie de l'instruction pédagogique dont Mademoiselle M. a bénéficié.

La thymie est équilibrée chez cette personne dont le tempérament n'est pas dominé par l'angoisse ou l'inquiétude du lendemain. Elle relativise ses problèmes d'endettement, sans les nier, en annonçant que « tout finit par se régler peu à peu ». On ne retrouve ni trouble psychotique, ni désorganisation de la personnalité.

Sur le plan somatique, on ne relève rien de particulier et la personne ne prend aucun traitement. Finalement, l'examen clinique permet de conclure que Mademoiselle M. est exempte d'affection neuropsychique ou somatique particulière, mais est illettrée, n'ayant que rarement fréquenté l'école.

En pratique, cette personne se débrouille pour faire ses courses ou pour se trouver diverses occupations. Elle sait le montant de ses revenus (RMI) et de son livret. Mais elle n'a pas les outils de connaissance lui permettant une gestion autre qu'empirique. Ces déficits représentent un obstacle pour une intégration sociale sédentaire. Ceci dit, ce cas de figure n'est pas de nature médicale et, de ce fait, ne saurait être considéré comme une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge.

En conclusion, le médecin qui a été amené à examiner Mademoiselle M. a estimé qu'elle ne paraissait pas relever d'une mesure de protection au sens strict de la loi du 3 janvier 1968. Par contre, il a suggéré que puisse être examinée la possibilité d'une tutelle aux prestations sociales, permettant d'affecter les revenus servis à cette personne illettrée, pour la satisfaction de ses besoins.

Aujourd'hui, nous pouvons identifier trois publics de majeurs protégés. Au côté des publics traditionnels pour lesquels la loi de 1968 avait été conçue, apparaît donc un public aux frontières du social et du pathologique, dont le nombre peut à l'heure actuelle être estimé par les associations tutélaires à 20% des majeurs protégés dont elles s'occupent, soit environ 60000 individus.

La protection de cette nouvelle catégorie de majeurs est, pour certains, une des limites de la loi de 1968 pour laquelle ils appellent à une modification portant essentiellement sur l'identification d'une nouvelle compétence professionnelle des tuteurs et curateurs.

IV) SITUATION ACTUELLE

A) Aspects comparés de la tutelle en Europe

Lorsque l'on souhaite analyser le dispositif français de la protection des majeurs et, surtout, le réformer, il semble judicieux de regarder comment nos voisins appréhendent ce problème. Cela permet de confronter au droit français les principes qu'une probable réforme devra adopter.

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 23 février 1999 une importante recommandation aux Etats membres sur « les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables » (recommandation n° R(99) 4)⁴⁴. Ce texte fait suite aux travaux d'un groupe de spécialistes, qui a notamment envoyé un questionnaire aux Etats membres sur l'état de leur législation et leurs éventuels projets de réforme. L'objet de cette recommandation est d'établir un ensemble de principes juridiques permettant d'aider le législateur national à adopter ou à renforcer les dispositions législatives relatives aux mesures nécessaires pour protéger les majeurs incapables par le biais de la représentation ou de l'assistance. Cette recommandation tombe à point nommé pour la réflexion en cours en France sur l'évolution du dispositif de protection des majeurs.

1) Fondements et mise en œuvre des mesures de protection en Europe

Historiquement, le droit romain a exercé une influence considérable dans l'élaboration des codes internes dans de nombreuses régions d'Europe. Du fait de cet arrière-plan historique commun, plusieurs Codes civils avaient ou ont toujours une mesure similaire à celle qui existait dans l'ancien droit romain et qui avait deux caractéristiques : son premier but était la protection des biens de l'adulte et de sa famille, qui se traduisait par une incapacité légale de l'adulte. Il y a encore quelques décennies, cette mesure fonctionnait dans de nombreux pays européens, sans soulever de critique notable. Le fait que l'adulte en question perdait pratiquement toute sa capacité n'était pas perçu comme un problème majeur.

⁴⁴ Conseil de l'Europe, Comité des ministres
Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables. Recommandation n°R 99 4 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 23 février 1999 et exposé des motifs
Strasbourg : Edition du Conseil de l'Europe

Avec le développement des droits de l'homme après la Seconde Guerre Mondiale, il n'a plus été considéré comme admissible que l'application de telles mesures puisse légalement priver un adulte de sa capacité. Il ne devait en être légalement privé que dans la mesure où cela était nécessaire, et devait la garder autant que possible dans les domaines où il était apte à prendre des décisions pour lui-même, d'où une tendance à davantage de souplesse dans les mesures de protection. L'intervention du juge n'était permise que si le besoin de protection existait vraiment et ne pouvait être assuré d'une autre manière, sans méconnaître l'importance grandissante attachée aux intérêts non financiers.

En Europe, ces nouvelles tendances apparaissent avec les modifications profondes apportées par la loi française de 1968, et, de manière plus évidente avec la nouvelle loi autrichienne de 1983 ; cette dernière a inspiré la réforme fondamentale adoptée en Allemagne en 1990 (la loi dite « *Betreuungsgesetz* »), que nous étudierons plus tard.. Des réformes importantes ont été également mises en œuvre ou sont en projet dans plusieurs pays européens, tels que la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas, les pays scandinaves, la Suisse et le Royaume-Uni. Ces différents textes permettent de percevoir une approche plus fine de la maladie mentale et de l'incapacité. Ainsi, il n'est plus présumé que toute personne atteinte de pathologie mentale soit incapable. Différents degrés sont désormais reconnus dans l'incapacité. En outre, on note un désir d'interférer le moins possible avec les droits civils et les libertés, et de retenir la mesure la moins restrictive.

A partir des réponses au questionnaire adressé aux Etats membres du Conseil de l'Europe, on a décrit et regroupé les principales législations européennes dans trois systèmes :

a) le système traditionnel

Dans ce système, la loi organise la protection autour de deux techniques juridiques principales :

- l'interdiction : l'adulte est formellement estimé non sain d'esprit ou incapable ; il est privé pratiquement de toute capacité légale ;
- la restriction de la capacité légale.

L'interdiction, ou la perte de capacité, est habituellement couplée avec la désignation d'un tuteur qui représente l'adulte dans pratiquement tous les domaines. La mesure la moins restrictive de capacité est le plus souvent associée avec la désignation d'un curateur qui peut agir au nom de l'adulte dans certains domaines ou l'assister dans d'autres. Ici, l'accent est mis sur la privation ou la restriction de la capacité de l'adulte et dans la plupart des cas sur la

protection des biens plutôt que sur celle de la personne. Les réponses légales paraissent rigides et formelles.

b) le système traditionnel modifié fonctionnellement

Dans ce système, des besoins sociaux identifiés ont été pris en compte par ajout au cadre légal. On dispose d'une panoplie plus large de mesures et il existe davantage de souplesse dans les réponses. L'accent est mis autant sur la protection de la personne que sur celle des biens. Le principe de subsidiarité, défini auparavant, et celui de proportionnalité peuvent être appliqués, plus ou moins largement selon le pays et la date de la réforme.

c) le système remanié en profondeur

L'accent est ici mis sur la protection et l'assistance plutôt que sur la perte de capacité. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont clairement stipulés. Le cadre légal peut être simplifié par la modification, en fonction des besoins de chaque cas particulier, de la mesure de protection formelle. On tente de prendre en compte les problèmes des personnes aux moyens modestes par des dispositions telles que les alternatives aux mesures de protection classique.

Il n'est bien sûr pas possible de faire entrer exactement les systèmes existants dans l'une ou l'autre de ces catégories abstraites.

2) Protection des personnes et des biens des majeurs dans les pays européens et d'origine européenne

a) Exemple de l'Allemagne⁴⁵

Nous nous proposons maintenant d'étudier plus en détail la protection des personnes et des biens des majeurs en droit allemand.

1-Description de la loi antérieurement en vigueur

Le 1^{er} janvier 1992, date de l'entrée en vigueur de la loi qui porte réforme du droit en matière de tutelle et de curatelle des majeurs, représente une étape capitale dans l'évolution du droit allemand, puisqu'elle constitue une des réformes les plus importantes du code civil allemand.

⁴⁵ BERNARDI O. *La protection de la personne et des biens du majeur en droit allemand*. Nervure 1994 ; tome VII, n°4 : 35-39.:

Initialement, le Code civil allemand du 18 août 1896, appliqué à partir du 1^{er} janvier 1900, prévoyait deux mesures d'assistance pour les majeurs :

- la tutelle s'ouvrait pour tout incapable majeur interdit ; elle était la conséquence légale de l'interdiction qui entraînait d'office une incapacité totale ou partielle de l'intéressé.
- la curatelle, à l'opposé, n'avait aucune influence sur la capacité du majeur ; elle ne pouvait d'ailleurs être ordonnée qu'avec l'accord de celui-ci. Elle s'appliquait aux majeurs qui se trouvaient dans l'impossibilité totale ou partielle de prendre soin de leurs affaires. Dans le cas où l'intéressé ne pouvait exprimer sa volonté et où on ne pouvait donc pas recueillir son accord, il s'agissait alors d'une curatelle « forcée ».

Selon le Code civil allemand, les prescriptions édictées pour l'interdit étaient applicables à celles en vigueur dans la tutelle des mineurs. Ce n'est pas sans rappeler l'article 509 de l'ancien Code civil français.

De multiples critiques à l'encontre de la mise sous tutelle amenèrent, à partir des années soixante, de plus en plus de tribunaux à remplacer la tutelle par une curatelle sans consentement (curatelle « forcée ») ; cette dernière semblait plus souple et restreignait moins les libertés que l'interdiction qui était considérée comme trop discriminante et peu apte à favoriser la réinsertion sociale de l'intéressé.

Cette évolution correspondait aux discussions du même ordre qui avaient lieu en France à cette période, lors des travaux préliminaires de la loi du 3 janvier 1968.

Le Code civil de 1900 s'était clairement prononcé en matière de gestion des biens. Il n'en était pas de même en ce qui concerne les intérêts à caractère personnel du majeur, en particulier la question du logement, la nécessité de soins médicaux ou chirurgicaux (laissée à la seule appréciation des médecins).

Quant à la réglementation de l'hospitalisation avec privation de liberté à l'initiative du tuteur ou du curateur, elle n'a été insérée que tardivement dans la loi. Elle a été critiquée car le juge se référait au concept peu explicite de « bien être de l'incapable » pour donner son accord à un tel placement ou pour décider de sa levée, concept considéré comme inéquitable en regard du droit fondamental de l'individu et comme vague et inquiétant sur le plan constitutionnel.

De nombreuses critiques s'élevèrent également à l'encontre des tuteurs et curateurs « professionnels » ou d'associations, qui assuraient la protection de plusieurs majeurs avec lesquels ils avaient peu de contacts, faute de moyens et de temps. Leur mission se limitait ainsi très souvent à la simple gestion de « cas anonymes ».

2-La loi sur l'assistance

A l'image de ce qui se passait en France, la loi alors en vigueur faisait ainsi l'objet de nombreuses controverses.

La loi dite d'assistance, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992, vise à améliorer la condition juridique des malades mentaux et des handicapés en tenant compte des facultés restantes. Elle favorise leurs prises de responsabilité dans leurs propres affaires et utilise les possibilités de réinsertion existantes. La protection de la personne, jusqu'alors négligée, se voit renforcée.

Avec cette nouvelle loi apparaît un concept homogène : « l'assistance », qui remplace l'interdiction, la tutelle des majeurs et la curatelle.

La prescription d'une assistance n'est pas dépendante, en principe, du consentement de l'intéressé. Il faut noter qu'en cas de handicap physique, seul l'intéressé peut demander l'ouverture d'une mesure d'assistance, à moins qu'il ne puisse faire connaître sa volonté. L'« assistant », dans son champ d'application, est le représentant légal du majeur protégé sur les plans judiciaires et extra-judiciaires. Contrairement à la loi précédente, où les déclarations des tuteurs et curateurs prévalaient de façon systématique, les déclarations du majeur protégé ont la même valeur que celles de l'assistant dans la nouvelle loi.

La procédure et les conditions matérielles de l'ouverture d'une mesure d'assistance y sont détaillées de façon minutieuse : ainsi, les critères médicaux et les autres conditions pour la prescription d'une assistance sont définis. L'ancienne terminologie (utilisant des termes tels que aliénation mentale, débilité mentale, infirmité) vieillissante et jugée discriminante est remplacée par des concepts comme maladie psychique, handicap corporel, intellectuel ou mental.

Le tribunal, au vu d'une expertise, doit décider si les critères médicaux sont réunis et s'ils exigent l'ouverture d'une assistance, en vertu du principe de nécessité. En outre, il lui faut prouver qu'un mandataire ou qu'une autre aide ne peut s'occuper aussi efficacement de l'intéressé que ne le ferait une mesure d'assistance : c'est le principe de subsidiarité. On remarque ici des similitudes avec la législation française.

La procédure d'ouverture d'une assistance est conduite par le tribunal, soit d'office, soit sur demande.

Durant la procédure, le majeur protégé conserve constamment la capacité d'agir, pouvant faire des propositions et entamer des voies de recours, même s'il conserve une incapacité légale « naturelle » de contracter.

L'expertise médicale, ainsi que l'audition personnelle de l'intéressé par le juge, constituent les éléments fondamentaux de cette procédure d'ouverture. Si le juge estime que les conditions médicales pour l'ouverture d'une assistance sont remplies, il doit se référer aux points de vue médicaux, psychologiques et sociaux pour s'exprimer sur la durée prévisible de la mesure d'assistance et sur le champ de compétence de l'assistant. Au moment du choix de ce dernier, c'est sa qualification et sa compétence qui entrent en ligne de compte. Tout rapport de subordination ou toute autre relation étroite avec un foyer ou une institution dans laquelle le majeur habiterait ou a été admis est incompatible avec l'exercice de cette fonction. Il faut noter que le majeur protégé peut influencer sur le choix.

Cette fonction d'assistant est en général confiée à une personne physique. Elle se limite au strict nécessaire, sa mission consistant à agir pour le seul bien-être du patient. La nomination de l'assistant ne peut excéder cinq ans, période au delà de laquelle une nouvelle procédure, analogue à la procédure d'ouverture, doit être entamée.

Cette description de la nouvelle législation allemande met en évidence la place importante que le législateur accorde à la personnalité et à l'autodétermination des malades mentaux et des handicapés, au travers de mesures visant à réduire au minimum indispensable l'intervention d'un tiers.

La réussite d'une telle loi ne peut être effective que si les administrations et autorités qui sont parties prenantes restent conscientes de leur responsabilité vis à vis de cette catégorie de population, et ne tombent pas dans la routine et l'indifférence:

b) Protection du malade mental au Québec ⁴⁶

Le 22 juin 1989, le gouvernement a avalisé le projet de loi 145, loi sur le curateur public modifiant le code civil et d'autres dispositions législatives. L'entrée en vigueur de cette loi date du 1^{er} janvier 1990. Parmi les principes majeurs de cette réforme, on trouve la personnalisation des relations avec les personnes représentées, l'implication de la personne et des proches, ainsi que l'incitation aux régimes privés de protection.

Nous allons maintenant décrire les principaux éléments de cette loi.

Tout d'abord, cette loi reconnaît le mandat donné par une personne majeure apte en prévision de son inaptitude à prendre soin d'elle-même et à gérer ses biens, étant entendu que le mandat ne devient exécutoire que lorsque survient l'inaptitude et après homologation par un tribunal.

⁴⁶ WALLOT H. *La protection du malade mental et le pouvoir du psychiatre : la situation au Québec*. L'information psychiatrique 1991 ; volume 67 n°8 : 744-751.

Le Québec était alors à l'avant-garde au Canada, car aucune autre province n'admettait de mandat pour prendre soin de la personne.

La loi 145 a introduit trois régimes distincts de protection :

- le conseiller au majeur, attribué à la personne généralement et habituellement apte, mais ayant besoin temporairement ou pour certains actes reliés à l'administration de ses biens, d'être conseillée ou assistée ;
- la tutelle, prévue pour la personne inapte, de façon temporaire ou partielle, à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens et ayant besoin d'être représentée dans l'exercice de ses droits civils ;
- la curatelle, désormais limitée aux cas les plus graves, c'est-à-dire là où l'incapacité de la personne à prendre soin d'elle-même et à administrer ses biens est jugée totale et permanente ; à cet égard, on constate que les termes de tutelle et de curatelle usités au Québec recouvrent un contenu très différent des définitions françaises.

Une autre modification apportée par cette loi est que toute demande d'ouverture d'un régime de protection, à l'initiative de la personne elle-même, d'un proche ou d'une personne intéressée au majeur (y compris le curateur public), est désormais soumise à l'attention d'un tribunal qui en décidera. Ce changement met un terme, notamment, à la mise sous curatelle automatique résultant de la transmission au curateur public d'un certificat d'incapacité. Parmi les documents qui doivent être soumis au tribunal, il faut mentionner l'évaluation médicale et l'évaluation psycho-sociale.

La loi prévoit de plus une révision obligatoire des régimes de protection tous les trois ans pour les régimes de conseiller et de tutelle au majeur, et tous les cinq ans pour les curatelles, sans compter la possibilité d'une révision sur demande à tout moment.

Dans l'optique d'une plus grande implication de la personne concernée et de ses proches, la décision relative à l'ouverture d'un régime de protection doit être prise dans l'intérêt de la personne, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie. L'intéressé peut demander à être entendu personnellement ou par le biais d'un représentant au moment des procédures et, plus généralement, d'être informé de toutes les décisions le concernant. D'autres mesures vont dans le même sens et restreignent les éléments dissuasifs pour les parents et les proches, à savoir les problèmes de finances ou de responsabilité des dommages causés à autrui par la personne qu'ils représentent, à moins d'être eux-mêmes en tort.

Il nous a semblé intéressant de décrire la protection des majeurs à l'étranger à travers ces deux exemples : d'une part l'Allemagne, un de nos voisins, où une réforme a été engagée plusieurs années avant la France ; d'autre part, le Québec, plus éloigné sur le plan géographique, mais francophone et relativement proche sur le plan culturel.

B) Situation en France

1) Données chiffrées et tentatives d'explication

Au 31 décembre 1998, le nombre de majeurs protégés en France pouvait être évalué à 540000, soit plus d'1% de la population majeure.

Le nombre annuel d'ouvertures de régime de protection a augmenté de façon considérable, avec une hausse de 66% entre 1990 et 1999.

Les mesures de tutelle ont connu une croissance de l'ordre de 27% pendant cette période, alors que les mesures de curatelle ont plus que doublé. Cette augmentation est imputable en grande partie aux placements sous curatelle aggravée. Ces chiffres sont fournis par le Ministère de la Justice⁴⁷.

Plusieurs phénomènes ont pu contribuer à l'augmentation du nombre de majeurs protégés

a) le vieillissement de la population

Ce facteur joue un rôle important, en particulier l'augmentation de la population âgée et très âgée féminine. Ainsi, selon les chiffres du Ministère de la Justice, les personnes de plus de 70 ans ont contribué pour 70% à la hausse des mesures de protection entre 1990 et 1999.

b) la précarité et l'exclusion

Elles pèsent elles aussi de plus en plus sur le dispositif de protection. Nous avons décrit auparavant l'émergence de cette catégorie de majeurs aux confins du social et du médical. Rappelons que l'on utilise des curatelles pour des populations qui sont, par exemple, en situation de surendettement.

⁴⁷ Références : <http://www.justice.gouv.fr>.

c) l'évolution de la prise en charge de la maladie psychiatrique

Elle a eu également un impact, avec pour conséquence la mise sous protection de personnes qui, jusqu'alors, ne le nécessitaient pas. En effet, la forte diminution du nombre de lits (de 170000 en 1970 à 61000 en 1995) a fait qu'un nombre croissant de patients sont soignés en milieu ouvert et ont besoin d'être protégés. La sortie de l'hôpital psychiatrique présente toujours des dangers et des risques pour les malades certes, mais également pour les soignants, et en particulier pour le médecin auquel incombe la responsabilité d'une telle décision. Or, ce sont souvent des malades chronicisés qui quittent l'hôpital pour prendre une chambre en ville. La mise en place d'une mesure de protection va alors servir de précaution pour le patient et le médecin, en tant que garde-fou, barrière, et remplacer en un sens les murs de l'hôpital. Mettre un individu sous tutelle, c'est d'abord le protéger contre lui-même, éviter qu'il commette des actes préjudiciables et qu'il se mette dans des situations pathogènes. Parfois, cela prévient une rechute, voire une nouvelle hospitalisation.

Néanmoins, on ne peut pas s'intéresser aux mesures de protection des majeurs incapables sans admettre qu'elles peuvent entraîner des difficultés pour l'intéressé. En effet, on assiste fréquemment à ce paradoxe qu'en redonnant la liberté au malade, en le poussant à rompre le cordon ombilical qui le lie à l'hôpital, on l'enferme à nouveau dans la maladie. La tutelle est vécue par le patient comme un joug qui le prive une fois de plus de sa liberté, et comme une négation de toute responsabilité ; elle va lui rappeler qu'il est « autre », qu'il est malade, handicapé, incapable de se prendre en charge et de s'assumer.

Dès l'instant où l'on parle d'une mesure de justice, une peur s'installe chez certains patients, peur devant l'inconnu, crainte plus ou moins consciente d'être spolié quelque part. Non seulement le malade a l'impression qu'on lui en veut et qu'on cherche à lui nuire, mais aussi qu'il est coupable de quelque chose. Cela explique en partie la crainte qu'il a de devoir rencontrer le magistrat.

La politique de fermeture de lits en psychiatrie, conduite par les Agences régionales de l'hospitalisation, est constante. On peut donc imaginer que les durées d'hospitalisation vont encore se réduire dans les prochaines années, alors que les soins hospitaliers à temps partiel vont connaître un essor supplémentaire. La fonction contenante de ces derniers n'est cependant pas comparable à celle d'un séjour à temps plein.

On peut ajouter que le nombre de psychiatres dans les équipes de secteur va diminuer de façon sensible. Deux facteurs entrent en jeu : d'une part la diminution du nombre de psychiatres formés (le flux de formation tient compte du *numerus clausus*) ; d'autre part

l'orientation préférentielle de ces praticiens vers la pratique libérale. Dans le même temps, la prévalence des troubles psychiatriques dans la population reste identique. Les demandes de soins pour ce type de troubles devrait donc s'accroître dans l'avenir. N'y a t il pas, de toute manière, une augmentation de la demande de soins, un accès facilité aux soins psychiatriques (du fait peut être d'une dédramatisation), voire une « psychiatisation » de toute gêne existentielle ?

Dans ce contexte, on peut s'attendre à ce que les consultations psychiatriques en milieu public soient de plus en plus difficiles à obtenir dans un délai bref, et que les situations de crise deviennent plus fréquentes. Le nombre de demandes de mise sous protection juridique pour les malades mentaux est donc appelé à augmenter dans un avenir proche.

2) Situation locale : l'exemple d'Angers

Il nous a semblé intéressant d'illustrer l'évolution des mesures de protection depuis ces dernières années par des données concernant la région d'Angers. Même si la population étudiée ne représente qu'un échantillon de la population française, les éléments mis en valeur pourront être comparés à ce que l'on connaît à l'échelle nationale.

Nous avons recueilli des informations concernant l'établissement où nous travaillons, à savoir le CESAME⁴⁸. Les chiffres fournis concernent la file active sectorisée, c'est-à-dire comprenant les prises en charge soit à temps complet, soit à temps partiel, soit ambulatoire, soit mixtes. La file active sur l'ensemble des secteurs adultes a régulièrement progressé entre 1990 et 2002 (nous avons choisi comme référence ces deux années, ce qui permet d'obtenir un certain recul), passant de 5934 à 8722, soit une augmentation de 47%. Il est intéressant de noter que, pendant la même période, la file active des patients hospitalisés « plein temps » est restée relativement stable en valeur absolue et a donc diminué en valeur relative (de 36% à 27%). Ce chiffre est en conformité avec la situation sur l'ensemble du territoire. On peut expliquer ce phénomène par le fait que, outre la fermeture de lits, il existe de plus en plus de patients pris en charge en-dehors d'une hospitalisation complète.

A la lecture des statistiques, on apprend également que, parmi les patients pris en charge dans les différents secteurs, on recense 939 patients sous curatelle en 2002 contre 482 en 1990, soit approximativement le double. Ce chiffre, comparable à la moyenne nationale, est bien sûr à

⁴⁸chiffres fournis par le Département d'Information Médicale du Centre de Santé Mentale Angevin (CESAME).

pondérer du fait de l'augmentation concomitante de la file active. Quant aux mesures de tutelle, elles sont en baisse de 15% en l'espace de 12 ans.

La figure 1 met en évidence l'évolution du pourcentage des patients sous protection civile au CESAME par rapport à la file active, entre 1990 et 2002. On peut observer que la part des mesures de curatelle augmente de façon régulière. L'émergence de cette nouvelle catégorie de majeurs protégés aux confins du social et du médical, précédemment étudiée, n'y est sans doute pas étrangère. Parallèlement, la proportion de patients sous tutelle a diminué.

Cette inversion des tendances (à savoir l'essor des mesures de curatelle et la relative stagnation du nombre des tutelles) marque certainement, au-delà des chiffres bruts, une évolution vers une certaine autonomisation de la personne. Le rôle central donné à la personne est un des aspects du projet de réforme que nous allons étudier.

V) PERSPECTIVES D'UNE REFORME

Deux textes législatifs sont à l'origine du dispositif de protection des majeurs :

- la loi du 3 janvier 1968, inscrite dans le Code civil, définit et organise les mesures civiles de sauvegarde de justice, de tutelle et de curatelle.
- la tutelle aux prestations sociales pour les adultes, également inspirée des dispositifs de protection des mineurs, a été instituée par un texte du 18 octobre 1966 mais relève du Code de la sécurité sociale.

Une trentaine d'années après ces innovations législatives, la plupart des acteurs de ce système se félicitent de son originalité et de sa pertinence.

Cependant, l'évolution de l'environnement démographique et social a engendré de nouvelles pratiques de protection des majeurs, comme nous l'avons montré auparavant. L'augmentation constante des mesures de protection des majeurs a des incidences sur le fonctionnement du dispositif régi par la loi du 3 janvier 1968 et par la loi du 18 octobre 1966, ainsi que sur la prise en charge des majeurs : les associations ont du mal à fonctionner et la pratique connaît des difficultés.

A) Travaux préliminaires au rapport FAVARD

La nécessité d'adapter la loi du 3 janvier 1968 est apparue il y a une quinzaine d'années. Ainsi, un premier groupe interministériel avait déjà rédigé un avant-projet de loi en décembre 1996.

Cette même année, à la demande du cabinet du garde des Sceaux, la mission de recherche Droit et justice avait mis en place et confié à la présidence de Mme le professeur FENOUILLET un groupe de réflexion sur la protection personnelle des incapables majeurs (il ne s'agit donc pas d'une réflexion globale). Un rapport, remis fin décembre 1998, contient des propositions, mais qui ne concernent pas les aspects financiers. Les orientations générales de ces mesures sont les suivantes :

- proposition d'une mesure de protection particulière : l'accompagnement civil

Provisoire, elle s'intégrerait au dispositif de la loi du 3 janvier 1968 et ne porterait pas atteinte à la capacité du sujet protégé qui serait accompagné par une personne ne disposant pas de pouvoir sur son patrimoine.

-conservation des conditions d'ouverture des régimes de protection

Les conditions requises par l'article 488, alinéa 2, pour l'ouverture d'une mesure de protection (altération des facultés personnelles mettant le majeur dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts) semblent exprimer aussi bien que possible cette mise en regard du patrimonial et du personnel qui doit caractériser les mesures de protection du Code civil.

-expression du non-dit de l'article 490 du Code civil concernant les intérêts de la personne

La loi du 3 janvier 1968, on le sait, est quasiment muette sur le sujet de la protection de la personne des majeurs vulnérables ; les raisons de ce mutisme ont été exposées auparavant. Pourtant, les intérêts personnels du majeur incapable ne sont pas éludés, même s'ils sont traités de manière quelque peu dispersée dans le Code civil : les articles 249 à 249-4 concernent le divorce du majeur sous tutelle ou sous curatelle ; l'article 340-2 alinéa 3 évoque la recherche de paternité naturelle dirigée au nom d'une incapable majeure ; les articles 506 et 514 organisent respectivement les conditions de mariage du majeur sous tutelle et sous curatelle ; quant à l'article 464 alinéa 3, il règle les actions en justice à caractère extrapatrimonial.

Par ailleurs, la Cour de cassation a affirmé, dans un arrêt du 18 avril 1989, que la protection offerte au majeur par les régimes des articles 490 et suivants du Code civil concernait son patrimoine mais également sa personne. Selon le rapport, il ne faut pas se contenter de cette affirmation de l'arrêt de 1989, mais il est indispensable de l'inscrire et de l'intégrer dans la loi. Le fait que la protection juridique s'adresse non seulement aux biens mais aussi à la personne suppose que les délégués à la tutelle reçoivent une formation de base appropriée, intégrant un minimum de psychologie.

Cette volonté est largement partagée par les acteurs du système.

-renforcement de la présence de l'avocat au côté du majeur au cours de la procédure de mise sous tutelle ou curatelle, ou en cas de modification de la mesure

La mission insiste sur la nécessité de l'organiser, malgré les difficultés particulières qu'elle présente, dans l'intérêt exclusif du majeur.

-rôle à donner au majeur dans les décisions le concernant plus personnellement

L'objectif est ici de redonner dans la mesure du possible la parole au majeur protégé, afin qu'il ne soit pas le grand absent de ces mesures, et d'accorder plus de poids à sa volonté dans les décisions relatives à son lieu de vie, son mode de vie, sa santé. Même si cette autonomie n'est pas toujours aisée à mettre en place, ses vertus thérapeutiques sont avérées :

il s'agit d'un moyen d'éviter l'enfermement ou l'infantilisation du majeur, ou encore le schéma paternaliste dans lequel il tient un rôle purement passif.

-redéfinition du rôle des organes de protection qui ne pourraient substituer leur propre volonté à celle du majeur, mais devraient tenir compte, dans leurs décisions, de la personnalité, des croyances et de la culture de la personne.

B) Rapport FAVARD⁴⁹

En 1997, le ministère de la justice, ainsi que le ministère de l'emploi et de la solidarité, mais aussi celui de l'économie, des finances et de l'industrie, ont missionné leurs inspections générales afin d'évaluer le dispositif tutélaire. Un bilan qualitatif a été dressé. Les principaux dysfonctionnements et les dérives ont été notés, dans un rapport rendu public en novembre 1998. Les trois inspections ont suggéré des modifications profondes dans la nature, la mise en œuvre, le financement et le contrôle des mesures civiles et sociales de protection des majeurs.

Le groupe de travail interministériel qui a succédé, en juin 1999, aux trois inspections générales, s'est appuyé sur ces acquis pour émettre des propositions et des recommandations afin que les principes directeurs de la loi du 3 janvier 1968 retrouvent leur pleine effectivité et que la protection judiciaire des majeurs reprenne toute sa souplesse et son efficacité. La présidence de ce groupe de travail a été confiée à monsieur Jean FAVARD, conseiller honoraire à la Cour de cassation. Son ambition a été de favoriser les échanges et de susciter des confrontations. Pour cela, le groupe s'est appuyé sur des travaux d'experts et de professionnels dans chaque domaine étudié.

Deux objectifs particuliers ont été visés : d'une part l'écoute des réactions et des suggestions des associations tutélaires et des acteurs de la protection sociale ; d'autre part l'animation de la discussion autour des hypothèses de réforme élaborées par le groupe interministériel.

Des rencontres se sont déroulées entre le 25 juin et le 8 octobre 1999, répondant à la volonté gouvernementale de recueillir les avis de tous les acteurs du système de protection des majeurs, suite à la publication du rapport des trois inspections.

La synthèse de ces auditions fait l'objet d'un chapitre du rapport d'étape, remis le 17 novembre 1999. Après avoir décrit le cadre juridique national, le groupe interministériel a

⁴⁹ COURAULT S. *Pour une protection du majeur plus soucieuse de ses libertés. Le rapport Favard sur les tutelles.* Actualités Sociales Hebdomadaires n°2168, 26 mai 2000.

également présenté la Recommandation du Conseil de l'Europe du 23 février 1999⁵⁰. Ce rapport insiste sur l'importance de la protection de la personne et sur les principes qui devraient présider à tout dispositif sur la protection des majeurs.

Le rapport FAVARD a été rendu public le 18 mai 2000. Issu d'une large concertation et nourri des réflexions de personnalités compétentes en matière de protection des majeurs, c'est un document abouti qui aborde sans faux-semblants l'ensemble des questions relatives à la modernisation de la loi du 3 janvier 1968 et à la réforme du mode de financement de la protection juridique des majeurs.

Formulant des propositions et des recommandations pour chaque étape du dispositif de protection, le groupe de travail a ainsi dégagé sept axes de travail sur lesquels nous allons insister :

- la protection de la personne
- l'évaluation médico-sociale en amont de la mesure
- la nature des mesures
- l'adéquation de la procédure avec les principes de nécessité et de subsidiarité
- le financement des mesures de protection
- le contrôle des comptes des majeurs
- la formation des gérants et des délégués à la tutelle

1) Protection de la personne et évaluation médico-sociale en amont de la mesure

Il s'agit de l'élément central du dispositif. S'appuyant sur la Recommandation du Conseil de l'Europe du 23 février 1999, le groupe de travail préconise « de placer la personne, avant même la sauvegarde de ses biens, au cœur de toute évolution du dispositif de protection des majeurs ». Il recommande que la mesure ordonnée le soit en fonction des besoins du majeur, et non plus selon des critères patrimoniaux.

Un consensus existe à propos du fait qu'on ne peut plus se contenter de la seule consécration par la Cour de cassation (arrêt du 18 avril 1989) du principe selon lequel « les régimes civils d'incapacité ont pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable ».

⁵⁰ *Op. cit*

Le rapport des trois inspections tout comme l'analyse émise par le groupe de travail interministériel soulignent l'hétérogénéité des publics pris en charge judiciairement, ainsi que l'utilisation devenue abusive de mesures de protection des majeurs lorsqu'elles pallient les insuffisances des dispositifs d'accompagnement social. Ainsi, ce dispositif est devenu le dernier recours, l'ultime mesure d'intervention sociale.

Comme le rappelle la Recommandation du Conseil de l'Europe, les deux principes fondateurs sur lesquels tout système de protection des majeurs doit s'appuyer sont les principes de nécessité et de subsidiarité : « La mesure de protection doit être nécessaire. Tout mécanisme moins formel, comme l'assistance pouvant être apportée par des membres de la famille ou toute autre personne, doit d'abord être envisagé. »

Il est donc important que les mesures mises en œuvre et les dispositifs en place concourent réellement à leur application. C'est pour cette raison que l'orientation retenue par le groupe de travail est celle d'une évaluation médico-sociale des situations individuelles comme préalable à l'entrée dans le système judiciaire, dans tous les cas autres que la sauvegarde de justice ou la saisine sur requête en matière de tutelle ou de curatelle. Dans ce dernier cas, en effet, l'altération des facultés mentales doit être d'ores et déjà dûment constatée par le certificat médical circonstancié accompagnant la requête.

Quatre publics spécifiques sont susceptibles d'entrer dans le dispositif judiciaire de protection des majeurs : les personnes âgées, les personnes handicapées, les malades psychiatriques, les personnes en situation d'exclusion sociale. Or, cette dernière population a déjà la possibilité de bénéficier d'un diagnostic social ou médico-social pour l'accès à des mesures d'orientation ou d'insertion, à des prestations ou à un suivi sanitaire ou social. Le but recherché est de mettre en place une articulation entre le système judiciaire et l'action sociale, articulation qui n'existe pas pour le moment, alors que les publics concernés sont de plus en plus nombreux.

En résumé, c'est dans le but de restaurer les deux principes de nécessité et de subsidiarité que le principe d'une évaluation préalable et approfondie des situations individuelles a été retenu, afin de s'assurer que les conditions requises d'une protection judiciaire sont réunies. Cette évaluation médico-sociale conduirait soit à la saisine du Procureur de la République, soit à la prise en charge de la personne par le dispositif d'action sociale approprié.

Deux cas de figure sont possibles :

- le majeur est connu des services sociaux ou psychiatriques

Les populations fragilisées sont dans la plupart des cas signalées aux juges sur simple avis, souvent à la demande d'un travailleur social, appuyé ou non d'un certificat médical « en vue d'une mesure de protection ». Ces personnes sont souvent connues des services compétents qui détiennent des informations d'ordre médico-social à leur sujet.

Préalablement à la saisine du Procureur de la République, les différents intervenants sociaux (équipes médico-sociales de secteur, équipes psychiatriques, membres des COTOREP) devraient pouvoir se réunir et étudier le dossier, afin de rechercher la solution la plus appropriée. Cette rencontre des professionnels compétents s'appuierait sur les réseaux locaux des professionnels sanitaires et sociaux. Elle aurait pour objectifs d'étudier chaque dossier médico-social, d'en valider le contenu et de rechercher une solution à chaque prise en charge individuelle.

Le Procureur ne serait saisi qu'après cette étude mettant en évidence la nécessité d'une mesure de protection juridique ou constatant le refus de la personne d'adhérer à la prise en charge proposée.

- le majeur n'est pas connu des services sociaux ou psychiatriques

Dans ce cas, une évaluation de la situation est nécessaire pour choisir entre une solution sociale ou une mesure de protection sur saisine du Procureur. A l'initiative des missions « protection des personnes », et selon le type de population dont relève le majeur, l'évaluation médico-sociale serait sollicitée auprès des services compétents : équipes médico-sociales de la prestation spécifique dépendance pour les personnes âgées ; équipe technique de la COTOREP pour les personnes handicapées ; équipes de secteur psychiatrique pour les malades mentaux ; service départemental d'action sociale pour les majeurs en situation de précarité.

A l'issue d'une réunion de synthèse, le choix d'une solution sociale ou d'une saisine du Procureur de la République serait effectué.

Réciproquement, cette mission pourrait être saisie par le juge ou le Procureur afin de compléter, si nécessaire, le dossier judiciaire en vue d'une décision sur une mesure de protection.

Les missions locales pour la protection des personnes interviendraient à une échelle infra-départementale ; il pourrait donc en exister plusieurs par département. Elles seraient formées de professionnels du sanitaire et du social. Sous l'autorité conjointe du préfet et du

président du conseil général, organisées autour d'une activité précise et relativement limitée, à savoir l'évaluation médico-sociale de personnes susceptibles de bénéficier d'une mesure de protection, ces missions constitueraient pour le Procureur de la République et pour les juges un outil pertinent d'information pour leur décision.

En même temps, ces missions joueraient un rôle de régulation. Le cas échéant, elles pourraient saisir une instance non judiciaire. Dans ce cas, sur le fondement de l'évaluation médico-sociale, la personne serait orientée vers les autres acteurs présents au sein des missions, pour une prise en charge sociale.

L'objectif de restaurer le principe de subsidiarité aurait également pour conséquence de ne pas laisser à la dérive les individus qui nécessitent davantage une prise en charge sociale qu'une mesure de protection.

2) Une codification cohérente avec la nature des mesures

Pour un certain nombre de prestations sociales (allocations aux adultes handicapés, revenu minimum d'insertion, avantages vieillesse, pension d'invalidité...), une tutelle aux prestations sociales adultes a été créée en 1966. Elle est ordonnée par le juge des tutelles. Un tuteur aux prestations sociales est désigné. Ce dernier est chargé de recevoir tout ou partie des prestations considérées et de les affecter aux dépenses de première nécessité des bénéficiaires ; il est de plus habilité à exercer une action éducative en vue d'une réadaptation de l'intéressé à une vie normale.

Deux conditions alternatives sont mises à l'ouverture d'une telle tutelle :

- soit les prestations ne sont pas utilisées dans l'intérêt du bénéficiaire
- soit celui-ci, en raison de son état mental ou d'une déficience physique, vit dans des conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses.

Cette mesure n'entre pas comme telle dans une des catégories actuellement prévues par le code civil pour la protection des majeurs. Régie par la loi du 18 octobre 1966, elle est intégrée au code de la sécurité sociale.

Soulignons qu'une tutelle de droit civil ou une curatelle renforcée peuvent coexister avec une tutelle aux prestations sociales. Mais cela suppose qu'il soit possible d'exercer une action éducative en vue de la réadaptation de l'intéressé à une existence normale. Si tel n'est pas le cas, le réexamen de la situation d'une personne qui est déjà placée sous tutelle aux prestations sociales et qui vient à être soumise à la tutelle de droit civil doit conduire à la suppression de

la première de ces tutelles. De même, il est juridiquement inconcevable de placer sous tutelle aux prestations sociales un individu déjà soumis à la tutelle de droit civil.

Le rapport des trois inspections a constaté la très forte progression des « doublons », c'est-à-dire d'une tutelle aux prestations sociales et d'une mesure de protection civile. Les conséquences financières sont de deux ordres : d'une part l'absence de tout prélèvement sur les revenus des majeurs ; d'autre part un financement de la mesure entièrement supporté par les organismes débiteurs des prestations sociales.

Leur proposition consiste à remplacer la tutelle aux prestations sociales adultes par une mesure de "gestion sociale", qui viendrait alors s'intercaler entre la sauvegarde de justice et la curatelle dans le code civil, puisqu'il en résulte une privation du droit de disposer de prestations légalement dues et une gestion de celles-ci par un tiers.

La nouvelle mesure serait étendue à toutes les prestations sociales et concernerait des majeurs aux facultés « faiblement altérées, ayant besoin d'un accompagnement social », sans qu'ils soient frappés d'une autre incapacité juridique que celle de la privation du droit de disposer de leurs prestations. Comme pour les autres mesures de protection, un réexamen systématique de la situation devrait avoir lieu tous les quatre ans. De même, à l'image des autres mesures du code civil, l'appel aurait lieu devant le Tribunal de grande instance au lieu de la Cour d'appel (comme c'est le cas actuellement pour la tutelle aux prestations sociales adultes).

Comme les trois inspections, le groupe de travail qui a abouti au rapport FAVARD a estimé qu'il fallait substituer à l'actuelle tutelle aux prestations sociales une mesure de gestion budgétaire et sociale, et lui donner sa place véritable dans le dispositif civil de protection des majeurs : celle d'une gestion limitée aux prestations sociales, sans aucune des incapacités attachées à la tutelle ou à la curatelle.

Le groupe a proposé de retenir les deux propositions cumulatives suivantes permettant au juge de prononcer cette mesure de gestion budgétaire et sociale :

- lorsque la santé et la sécurité de la personne sont gravement compromises du fait de son incapacité à assurer seule la gestion de ses ressources sociales
- lorsqu'elle refuse un accompagnement social et personnalisé

Cependant, tout le monde n'est pas convaincu de la nécessité d'une nouvelle mesure. Pour certains, chaque disposition actuelle pourrait comporter un volet social et éducatif. Un autre argument avancé est que certaines mesures restent sous-employées, à l'image de la curatelle allégée, qui permet au majeur de percevoir ses revenus et d'effectuer seul nombre d'actes juridiques. D'autres s'interrogent sur l'opportunité d'inscrire dans le code civil, sous

quelque forme que ce soit, la notion d' « éducation des adultes ». La crainte d'empiéter sur la sphère d'intimité est ici présente.

3) Une procédure en adéquation avec les principes de nécessité et de subsidiarité

a) La saisine du juge

A l'heure actuelle, on distingue deux modes de saisine du juge des tutelles : la saisine sur requête (le plus souvent familiale) et la saisine d'office.

1-la saisine d'office

Les personnes pouvant actuellement présenter une requête au juge des tutelles sont le conjoint, les ascendants, descendants, frères et sœurs du majeur à protéger, ainsi que le Procureur de la République, le majeur lui-même ou son éventuel représentant. Quelque soit le requérant, il doit présenter au juge des tutelles un dossier comportant un constat d'un médecin spécialiste choisi sur la liste dressée par le Procureur de la République. Il doit en outre fournir les coordonnées du médecin traitant.

En fait, dans de nombreux cas, les juges se saisissent d'office, instruisent et décident de la mesure de protection, parfois après signalement d'une équipe médico-sociale, alors même que la famille existe et a qualité pour présenter la requête. Le pourcentage de saisine d'office a ainsi atteint 64,4% en 1997⁵¹.

Ce constat met en évidence qu'en matière de saisine d'office, on est passé de l'exception à la règle. Or, l'accroissement des exigences liées à l'impartialité du juge rend de plus en plus difficile le maintien d'un système où le magistrat se saisit, puis instruit et décide.

La mise en œuvre réelle du principe de subsidiarité implique donc, selon le groupe de travail, sa suppression. Le juge des tutelles aurait toutefois la possibilité, en cas d'urgence ou de nécessité particulière, de demander à être saisi par le procureur.

En pratique, après une évaluation médico-sociale concluant à l'opportunité d'une mesure de protection, le Procureur de la République serait saisi. Il lui appartiendrait d'estimer si il convient de saisir le juge des tutelles. Par conséquent, un double filtre est constitué : le premier niveau serait l'évaluation médico-sociale, le deuxième étant le Procureur.

⁵¹ chiffre fourni par le Ministère de la Justice

2-la saisine sur requête

Dans leur rapport, les trois inspections proposent « de rendre sa place à la famille, tout en prenant acte des difficultés que représente la prise en charge par celle-ci de personnes très perturbées sur le plan mental ». Tout en soulignant les évolutions de la société, le rapport préconise de rendre cohérent le dispositif de saisine sur requête, en reconnaissant à la fois la place de la famille naturelle et le rôle des proches qui ne font pas partie de la famille *stricto sensu*. Autrement dit, il s'agit d'élargir la liste des personnes habilitées à présenter une requête au juge des tutelles, à toute personne proche du majeur à protéger, c'est-à-dire qui en assure de manière habituelle la charge effective. C'est ce qu'a préconisé également le groupe de travail interministériel, à savoir l'élargissement du « cadre familial ».

En outre, le contenu de la requête devrait être plus complet et comporter, en plus des informations prévues à l'article 1244 du Nouveau Code de Procédure Civile, des éléments relatifs à la situation patrimoniale de la personne. Par ailleurs, la requête devrait préciser si quelqu'un souhaite prendre en charge la gestion des affaires du majeur et s'il lui paraît nécessaire de réaliser des actes urgents.

b) Le certificat du médecin spécialiste

Le groupe interministériel considère que l'obligation de produire un certificat d'un médecin spécialiste doit être rigoureusement respectée. Toute demande dépourvue de ce certificat ne pourra dès lors qu'être rejetée par le juge des tutelles, ce dernier ne disposant plus de la saisine d'office. Jusqu'alors, en cas de non production de ce certificat, le juge recourt à la saisine d'office, pour éviter d'avoir à déclarer la demande irrecevable.

Cela n'empêchera pas le juge, on l'a vu, de saisir le Procureur de la République à toutes fins utiles s'il l'estime nécessaire.

Outre le caractère désormais obligatoire du certificat médical, l'amélioration de son contenu dans le cadre d'une saisine sur requête est un impératif sur lequel les différents acteurs et le rapport des trois inspections s'accordent. Ce certificat doit non seulement décrire l'altération des facultés mentales, mais également indiquer en quoi cette altération entraîne soit des conséquences sur les actes de la vie civile, empêchant le majeur de pourvoir seul à ses intérêts, soit un risque de mise en danger de ses intérêts.

L'idée d'une expertise contradictoire, avec deux experts dont l'un serait choisi par le majeur à protéger, n'a pas été retenue. Cependant, le groupe de travail trouve opportun que le majeur soit assisté lors de l'examen par la personne de son choix, un proche ou son médecin traitant notamment.

Le cas particulier du malade hospitalisé doit être évoqué. La solution la plus simple serait de prévoir que le certificat devant être établi par un médecin spécialiste ne soit en aucun cas établi par un médecin de l'établissement de soins. L'avis de ce dernier sera de toute façon demandé s'il est par ailleurs « médecin traitant » de ce patient.

Enfin, le rapport estime qu'il paraît nécessaire de mettre fin aux errements actuels en matière de coût de ces certificats médicaux, en prévoyant un tarif spécifique et raisonnable.

c) Permettre au majeur d'exprimer sa volonté

1-La consultation obligatoire du majeur protégé et sa nécessaire information

L'avant-projet de loi de la Chancellerie, traitant spécifiquement de la personne, s'ouvrait à ce sujet par l'article 490-4 qui stipule que « quel que soit le régime de protection applicable, le majeur doit participer aux décisions personnelles qui le concernent, dans toute la mesure où son état le permet ».

Quant à l'article 490-5, il précise que « le juge des tutelles ou la personne chargée de la mesure doivent en toute hypothèse informer et consulter le majeur apte à exprimer sa volonté, et rechercher son consentement, avant de prendre une décision concernant sa personne ». Il ajoute ensuite que « si ce consentement n'a pu être recueilli ou si le refus de consentir est susceptible de nuire à la personne protégée, la personne chargée de la mesure prend la décision dans l'intérêt du majeur ; celui-ci doit recevoir une information appropriée à son aptitude au discernement ; néanmoins, chaque fois que s'impose une décision mettant gravement en cause le respect de la vie privée et du corps humain, au sens des articles 9 et 16 à 16-9, le conseil de famille ou à défaut le juge des tutelles sont saisis pour autorisation ».

Dans le rapport d'étape, il est rappelé que les juges des tutelles doivent respecter de façon stricte les règles relatives à l'obligation d'entendre le majeur à protéger. Les contraintes matérielles (déplacement) ne sauraient dispenser d'une audition.

Le rapport met également l'accent sur l'insuffisance de l'information donnée au patient. Ainsi, il serait plus satisfaisant que l'information sur l'engagement de la procédure soit donnée dès le début de celle-ci, autrement dit dès que le juge des tutelles est saisi, ce qui n'est pas clairement énoncé dans l'article 1246 alinéa 1 du Nouveau Code de Procédure Civile (qui stipule seulement que « le juge des tutelles entend la personne à protéger et lui donne connaissance de la procédure engagée »).

Pour preuve de l'importance de cette information, on peut citer la Recommandation du Conseil de l'Europe qui préconise que « la personne concernée devrait être informée

rapidement, et dans une langue, ou par tout autre moyen, qu'elle comprend, de l'engagement d'une procédure pouvant avoir une incidence sur sa capacité juridique...à moins qu'une telle information ne soit manifestement sans objet ou qu'elle ne présente un danger sérieux pour la santé de la personne concernée ».

Dans le même registre, la sauvegarde de justice ne donne lieu à l'heure actuelle, à aucune information à la personne qui en bénéficie. Si cette mesure ne restreint pas la capacité au sens propre, elle jette une suspicion sur celle-ci, et il peut sembler judicieux, dans la mesure du possible, que l'intéressé en soit averti.

2-Le rôle du médecin traitant

Il est également mis en exergue. En effet, au regard des dispositions actuelles du code civil, il semble être le « défenseur » principal du majeur à protéger. Ses prérogatives ont été citées auparavant. Rappelons simplement que les articles 490-1 et 507 prévoient que les décisions par lesquelles le juge des tutelles organise la protection des intérêts civils ou y met fin sont précédées de l'avis du médecin traitant. Toutes les décisions jalonnant la procédure sont, en principe, soumises à cette exigence.

Des dispositions du Nouveau Code de Procédure Civile viennent encore amplifier ce rôle du médecin traitant : il est en effet susceptible d'être invité à assister à l'audition du majeur (article 1246) et il intervient dans la décision de non audition (article 1247).

Si en théorie, la place occupée par le médecin traitant au sein du dispositif de protection des majeurs est primordiale, on sait que la réalité est souvent différente. Selon le rapport, la pratique qui pallierait cette absence du médecin traitant dans le déroulement de la procédure par un appel au concours des équipes psychiatriques de secteur (dont l'un des praticiens devient de fait le nouveau médecin traitant) devrait être consacrée par le nouveau dispositif d'évaluation médico-sociale. Dès lors, dans le respect des textes du code civil, l'avis d'un médecin qui a dispensé ou commence à dispenser des soins devrait toujours être joint avant toute transmission d'un dossier au Procureur de la République.

3-Le renforcement de la présence de l'avocat auprès du majeur protégé

Sur un plan procédural, cette mesure devrait permettre un meilleur respect des droits de la personne.

L'article 1261 du Nouveau Code de Procédure Civile prévoit que « dans toute instance relative à l'ouverture, la modification ou la mainlevée de la tutelle, le juge peut, en tout état de cause, faire désigner d'office un conseil à la personne à protéger ou protégée, si celle-ci n'en a

pas choisi ». Il ne s'agit cependant que d'une simple faculté, d'ailleurs peu utilisée par les juges des tutelles qui hésitent à imposer aux majeurs dont les ressources sont supérieures aux plafonds d'aide juridictionnelle un conseil dont les honoraires seront à sa charge.

La Recommandation du Conseil de l'Europe du 23 février 1999 ne préconise pas l'assistance obligatoire d'un avocat, contrairement à ce qui existe dans certaines législations, notamment américaines.

Le groupe de travail, qui a déjà souligné dans son rapport d'étape le caractère impérieux de l'obligation d'audition du majeur protégé, considère que c'est à l'occasion de cette audition que le majeur non assisté devrait être averti de son droit à l'assistance d'un avocat, formalité qui pourrait être prescrite à peine de nullité du procès-verbal d'audition.

4-La communication du dossier

Un autre aspect des droits de la défense est cité dans le rapport : il s'agit de l'ouverture de la communication du dossier au conseil à tout moment de la procédure et non pas seulement, comme le prévoit l'article 1250 du code de procédure civile, dans les quinze jours qui précèdent l'audience fixée pour statuer sur la mesure de protection.

La communication du « constat » du médecin spécialiste, dont aucun exemplaire n'est remis aux requérants dans la plupart des cas, semble indispensable, à tout moment de la procédure, en particulier avant l'audition du majeur. Quant au majeur non assisté, il devrait en revanche bénéficier simplement d'une communication allégée, limitée en ce qui concerne les conclusions du médecin spécialiste.

Ces règles de communication devraient être organisées de manière identique en cas de recours devant la juridiction d'appel.

5-Les recours

Cette question est également évoquée par le groupe de travail. Le dispositif actuel prévoit que les décisions en matière de tutelle aux prestations sociales adultes sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel, alors que pour les décisions relatives aux mesures de protection du code civil, il s'agit du tribunal de grande instance. Ce recours devant le tribunal de grande instance est une survivance de l'ancienne procédure devant le juge de paix, dont les décisions pouvaient faire l'objet de recours devant le tribunal de première instance.

Toutes les autres décisions en matière familiale, qu'elles émanent du juge des enfants, du juge des affaires familiales ou du tribunal de grande instance relèvent de l'appel devant la Cour

d'appel. Il n'y a aucune raison, autre qu'historique, pour que les décisions rendues par le juge des tutelles sur le fondement de la loi de 1968 soient soumises à une règle différente. Cette harmonisation permettrait en outre de donner tout son sens à la proposition des trois inspections de créer un magistrat coordinateur au niveau de la Cour d'appel.

6-La révision des mesures

Le principe de la révision fait l'objet d'un large consensus. Il est repris dans la Recommandation du Conseil de l'Europe comme une application du principe général de nécessité des mesures. Certaines législations étrangères l'ont d'ailleurs adopté, comme en Allemagne.

Les quelques réticences par rapport à une possible révision des mesures de protection font apparaître deux objections principales : d'une part l'insuffisance des moyens actuels des juges des tutelles pour absorber le surcroît de travail engendré par une telle réforme ; d'autre part, l'inutilité d'une obligation de révision périodique de la mesure pour certaines pathologies.

En ce qui concerne la première objection, il faut rappeler la finalité générale de la réflexion du groupe : celle de situer la personne au centre d'un dispositif de protection par rapport à la protection des biens. Dans cette optique, la révision obligatoire des mesures n'est que l'application du principe de nécessité et du respect de la dignité et de la liberté des individus. Cela améliorerait sensiblement l'exercice de la mesure et son acceptation par le majeur. On peut s'inspirer, à titre de comparaison, de la législation concernant les mineurs, pour lesquels les situations sont plus évolutives. Les juges des enfants ont su s'adapter à une réforme comparable quelques années auparavant, avec la révision obligatoire des mesures d'assistance éducative au moins tous les deux ans.

Pour ce qui est de la seconde objection, le rapport conçoit qu'il n'y ait pas un total parallélisme entre la procédure initiale et les éventuels renouvellements successifs. Le minimum requis pour le renouvellement serait un nouveau certificat médical d'un médecin agréé ou une nouvelle évaluation médico-sociale après constatation motivée que l'audition de la personne serait de nature à lui porter préjudice.

Le juge des tutelles devrait fixer, lors de la décision initiale, la durée de la mesure. Le texte préciserait seulement une durée maximale, qui pourrait varier selon la nature de la mesure sans pouvoir excéder cinq ans, l'absence de renouvellement ayant pour effet de la rendre caduque.

L'expertise qui suit illustre l'intérêt de la révision d'une mesure de protection.

Né en 1945 à Angers, élevé par ses parents avec son frère, Monsieur M. débute une scolarité primaire. Les difficultés d'apprentissage sont importantes et s'associent à des perturbations psychoaffectives ainsi qu'à des troubles du caractère et du comportement. Ainsi, à l'âge de 8 ans, il est hospitalisé en Pédopsychiatrie pour « débilite mentale et troubles du caractère ». Au même moment, ses parents se séparent. Son séjour en psychiatrie prend fin en 1957. Il est alors orienté vers des établissements de rééducation, où il connaît des difficultés relationnelles et d'apprentissage. Il retourne chez sa mère en 1963, alors qu'un oncle maternel vient de lui trouver un travail. En 1974 intervient un licenciement économique suivi d'une période de chômage. Trois ans plus tard, il s'installe dans un appartement en location. En 1980, un dossier COTOREP est constitué, ce qui lui permet de bénéficier d'une reconnaissance travailleur handicapé et d'une allocation. Dans la même période, une curatelle renforcée (512) est mise en place. Il est alors rapidement admis en atelier protégé, d'où il partira en 1988 suite à une mésentente avec l'encadrement. Entre temps, il s'installe dans un nouvel appartement avec une femme qu'il a rencontrée à l'atelier protégé où elle travaille également. En 1990, la situation a évolué en ce sens que Monsieur M. et son amie ont tous deux quitté l'atelier protégé et vivent ensemble tout en disposant chacun d'une AAH gérée à l'aide d'une curatelle, dorénavant allégée (508) pour l'intéressé. Le couple, non marié et sans enfant, semble bien s'entendre et s'organiser sans difficulté. L'UDAF, en la personne du curateur, estime que la mesure de curatelle de Monsieur M. n'est plus indispensable. Cette proposition de main-levée reçoit l'assentiment de l'intéressé et, ce, d'autant plus que la même proposition a été faite à son amie. C'est ce qui motive l'expertise.

Monsieur M. se présente exact au rendez-vous proposé. Il expose les circonstances de cette demande de main-levée et fournit spontanément un résumé de sa biographie. Le contact, l'attitude générale et les propos tenus restent adaptés tout au long de l'entretien.

L'examen concerne d'abord les fonctions psychiques basales et, ce, d'autant plus que Monsieur M. avance des difficultés à écrire ou à faire des calculs importants, comme motifs de sa curatelle. Les capacités d'attention et de concentration sont correctes, et permettent de mener à bien les tests mnésiques : la mémoire (de fixation, d'évocation, des faits anciens ou récents) et l'orientation temporo-spatiale sont efficaces. La fluence verbale est sensiblement normale ; le vocabulaire, sans être très riche, est suffisant au quotidien. Le fond mental (jugement, raisonnement, autocritique) est modeste mais « harmonieux » et, en pratique, permet à l'intéressé de faire face à des situations connues. Les fonctions opératoires

connaissent des limites : le calcul s'arrête à des additions élémentaires, l'écriture se résume à la reproduction de formules classiques (nom, adresse...), la lecture également. Ceci-dit, Monsieur M. a une certaine « intuition » et aussi la possibilité de reproduire des solutions nouvellement acquises. Enfin, les fonctions symboliques (phasique, praxique, gnosique) ne montrent pas de déficit particulier.

La thymie est équilibrée, Monsieur M. ne semblant pas sombrer dans le pessimisme facilement. Détendu, il ne perd ni le sommeil ni l'appétit et apparaît plutôt comme insouciant. Son style de personnalité est quelque peu immature. Cet optimisme benêt n'exclut pas un caractère éventuellement irascible en cas de contrariété manifeste. Mais cette psychorigidité de surface ne le rend pourtant pas imperméable à des influences extérieures, comme avait pu le constater il y a quelques années son curateur.

Sur le plan de l'imaginaire, on ne constate aucune production fantasmatique ou délirante. Il n'existe pas de trouble dissociatif ; le cours de la pensée est normal, dans les limites de son efficience cognitive. Le vécu idéo-affectif est en harmonie avec le caractère et les comportements de l'intéressé. En d'autres termes, Monsieur M. est exempt de pathologie psychotique.

Finalement, l'examen clinique permet de conclure que Monsieur M. présente une immaturité psychoaffective associée à une déficience intellectuelle légère, touchant notamment les fonctions opératoires un tant soit peu élaborées.

En commentaires, il est certain que les troubles psychiques ci-dessus rapportés sont, en soi, les mêmes à la date de l'examen (2001) et en 1980 (et avant la curatelle bien entendu). En ce sens, la mesure de protection n'aurait pas lieu d'être modifiée. Mais, au-delà des constatations purement cliniques, l'intéressé a un certain pouvoir d'adaptation, d'apprentissage par l'expérience concrète. Signalons de plus qu'il a obtenu son permis de conduire en 1965.

Bien que limitée, cette potentialité lui permet de se débrouiller dans la vie quotidienne, d'apprendre à connaître la valeur des choses et, finalement, de gérer son compte bancaire sans problème d'endettement. C'est ce qui a pu être constaté depuis 1998, année où il a bénéficié d'une curatelle simple.

On peut donc considérer que la déficience intellectuelle de Monsieur M. est dorénavant compensée par des acquis assimilés au cours des années et par les circonstances actuelles d'existence. La mesure de protection, assistance et contrôle dans les actes de la vie civile, médicalement justifiée il y a 20 ans, n'a plus la même nécessité.

Il faut préciser que Monsieur M. et sa compagne, habitués à dépendre de l'UDAF, se sentent sécurisés par la curatelle. Ainsi, la main-levée de curatelle sera peut-être vécue comme une « perte de repère ».

Aussi, afin de prendre en compte le possible retentissement psychoaffectif d'une autonomie tout à la fois souhaitée et redoutée, le médecin a estimé qu'une mainlevée de curatelle à titre provisoire serait, médicalement, une formule raisonnable.

4) Le financement des mesures

Le mode actuel de financement du dispositif de protection des majeurs se caractérise par un assemblage disparate de réglementations prévoyant des financements tantôt trop restreints, tantôt inégalitaires, tantôt d'une générosité incontrôlée ; parfois, ces réglementations omettent tout financement, comme dans le cas des mandataires spéciaux.

Dans le cadre d'une réforme du dispositif, deux aspects seront successivement abordés :

- une volonté d'harmonisation des prélèvements pour toutes les mesures de protection
- -un système global de financement unique

a) Vers une harmonisation des prélèvements pour toutes les mesures de protection

Le rapport FAVARD préconise donc une uniformisation du système de prélèvement sur les ressources des majeurs, afin de lutter contre la disparité actuelle, y compris pour les mesures de même nature. La proposition des trois inspections est de soumettre l'ensemble des mesures au barème de prélèvements jusqu'alors appliqué aux mesures d'Etat, régi par l'arrêté du 27 juillet 1999 : 3% sur la tranche de revenus inférieure ou égale au minimum vieillesse, 7% pour la tranche comprise entre le minimum vieillesse et le SMIC brut, 14% pour la tranche de revenus comprise entre le SMIC brut et le SMIC majoré de 75%. Au delà, ou si l'importance des biens le justifie, le juge des tutelles pourrait autoriser des prélèvements supplémentaires ainsi que prévu par l'article 12 du décret du 6 novembre 1974 portant organisation de la tutelle et de la curatelle d'Etat. Cette autorisation ne serait pas automatique et se ferait uniquement sur justifications suffisantes.

Ce prélèvement unifié serait étendu à toute la gamme des mesures de protection ordonnées par le juge, tant il est vrai que la variabilité des difficultés est davantage liée à chaque situation individuelle qu'à la nature de la mesure elle-même.

Pour les gérants de tutelle, rémunérés essentiellement par prélèvement sur les ressources des majeurs, sans aucun financement public, l'harmonisation des prélèvements entraînerait une hausse substantielle de leurs revenus.

Dans le cas des mesures de gestion budgétaire et sociale, les prélèvements viendraient, comme pour les tutelles et les curatelles d'Etat, en déduction de la rémunération des mesures à la charge de l'organisme débiteur de la prestation sociale considérée.

Cette proposition de financement des gestionnaires va de pair avec le souci de simplification du dispositif, souci qui a continuellement guidé la réflexion du groupe de travail.

b) Vers un système global de financement unique

De manière à rémunérer la réalité d'un service de protection des majeurs plus que les mesures elles-mêmes, le rapport suggère l'instauration d'un financement par dotation globale, notant à cette occasion, que les différences actuelles de financement d'une association tutélaire à l'autre pourraient être gommées progressivement.

Cette réforme globale du système de financement favoriserait la prise en charge sociale, patrimoniale et juridique des personnes protégées, quelle que soit la nature de la mesure décidée. En effet, toute mesure de protection doit pouvoir comprendre, non seulement la gestion des biens mais également, si le besoin s'en fait sentir, l'accompagnement des personnes en vue de rechercher leur participation à la société.

Un avantage décisif du financement global des services gestionnaires des mesures de protection serait de permettre de revenir aux critères légaux de décision : le choix de la mesure par le juge des tutelles serait uniquement dicté par les besoins réels du majeur et non par le mode de rémunération de la mesure.

Il est proposé que le financement prenne en compte la qualité du service rendu, et qu'il puisse s'adapter à la variation du nombre de mesures en cours d'année. Il est reconnu dans le rapport qu'un délégué peut gérer correctement une quarantaine de mesures. Mais, au delà des indicateurs quantitatifs, il est souhaité que la qualité de la prise en charge soit prise en compte. A cette fin, un système de contractualisation entre l'association gestionnaire et la structure régionale de financement est préconisé.

Par ailleurs, pour ne pas mettre en place un dispositif inadapté, le rapport a proposé qu'il soit expérimenté dans quatre régions pendant deux ans, avant sa généralisation.

L'Etat continuerait de gérer l'enveloppe globale destinée au financement des mesures d'Etat et de l'actuelle tutelle aux prestations sociales, en redistribuant les enveloppes au niveau de la Région.

5) Le contrôle des comptes des majeurs protégés

Le rapport des trois inspections a abouti au constat, unanimement reconnu, du caractère très insuffisant de ce contrôle. Les inspecteurs ont notamment insisté sur trois aspects :

- l'hétérogénéité des pratiques locales en ce qui concerne la répartition des attributions entre les greffiers en chef et les juges des tutelles quant à la vérification des comptes, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 février 1995 qui a confié aux greffiers en chef la mission jusqu'alors dévolue au juge des tutelles.
- la faiblesse du contrôle effectif, qui dans bien des tribunaux consiste au mieux à s'assurer que les comptes sont effectivement envoyés et se limite à un contrôle formel de régularité apparente
- la faiblesse des moyens humains (effectifs, formation) et matériels (lacunes des logiciels actuellement utilisés).

Ils proposent d'approfondir le contrôle des comptes, notamment en suggérant la mise à disposition dans les tribunaux d'instance d'agents du Trésor public ou de la Banque de France, après avoir écarté l'idée d'une certification systématique des comptes par des experts comptables, solution jugée trop onéreuse pour la majorité des dossiers concernés.

Le rapport d'étape du groupe de travail interministériel a analysé les réactions des magistrats qui, pour certains, privilégient la spécialisation des greffiers affectés au contrôle, et sont en tout cas mitigés sur la proposition de mise à disposition d'agents publics extérieurs, craignant qu'elle entraîne une complication accrue du dispositif et des atteintes à la confidentialité des dossiers.

De son côté, la Recommandation du Conseil de l'Europe reste laconique sur le sujet, se contentant de préconiser un « système approprié de contrôle », après avoir indiqué dans l'exposé des motifs qu'il était important de trouver un équilibre, tout en mettant en garde contre les dangers d'un contrôle excessif.

Une expérimentation sur l'aide à la vérification des comptes de gestion a été décidée dans les Cours d'appel de deux villes, Angers et Bourges. Elle a pour objectif de valider un système d'expertise pour apporter une aide technique aux greffiers en chef des tribunaux, et ainsi améliorer la vérification des comptes des majeurs protégés. Face à la complexité de certains dossiers, notamment en rapport avec la composition du patrimoine du majeur, se pose

la question d'un véritable service expertal susceptible d'apporter aux juges et aux greffiers en chef l'aide technique nécessaire pour la vérification des comptes de gestion.

L'expérimentation ainsi engagée doit s'accompagner d'une étude globale sur l'organisation et le fonctionnement des services de tutelles dans les tribunaux d'instance, afin d'améliorer leur efficacité, avec examen de la charge de travail qui en résulte et des rôles respectifs du juge et du greffier en chef, ainsi que des besoins de formation.

Le groupe de travail a fait un certain nombre de remarques à ce sujet.

-La première concerne la répartition des tâches entre juge des tutelles et greffier en chef. Aucun d'eux ne remet en cause la réforme intervenue en 1995, qui laisse toute latitude au juge des tutelles pour décider des modalités locales de la vérification des comptes. Cette réforme a eu pour effet positif de rendre plus effective cette vérification. La question porte à la fois sur l'insuffisance des moyens humains et matériels et sur les progrès indispensables en matière de formation des personnels des greffes affectés à cette tâche.

-La seconde remarque concerne l'étendue du contrôle. Indépendamment de toute réforme, il semble important qu'un contrôle minimum, c'est-à-dire à défaut duquel la responsabilité de l'Etat serait nécessairement engagée, soit imposé.

-Ensuite se pose la question de savoir si un contrôle approfondi doit être effectué dans tous les cas. Il faut se méfier des dangers d'un excès dans ce domaine, comme l'a souligné l'exposé des motifs de la Recommandation du Conseil de l'Europe. Cela aurait pour effet de faire « fuir » encore davantage les tuteurs familiaux qui sont en général honnêtes et de bonne foi, mais qui ont parfois des difficultés à présenter des comptes absolument rigoureux. Il apparaît donc souhaitable, selon le groupe de travail, de mettre en place une aide consistante pour l'établissement des comptes, avec une information préalable et adaptée sur leurs droits et obligations.

Les contrôles « internes » doivent être également privilégiés. Historiquement, c'est le rôle dévolu au subrogé tuteur dans la tutelle avec conseil de famille, si rare à l'heure actuelle dans la tutelle des majeurs. Le tuteur doit envoyer son compte de gestion annuel au subrogé tuteur, qui doit soit l'approuver et l'envoyer au juge des tutelles, soit alerter ce dernier en cas d'irrégularité. Dans les cas beaucoup plus fréquents de tutelle sous la forme d'administration légale avec contrôle judiciaire, un administrateur subrogé, qui aurait la même mission que le subrogé tuteur, pourrait être nommé par le juge des tutelles, si celui-ci l'estime nécessaire. C'est en tout cas une proposition du groupe de travail.

En ce qui concerne les associations tutélaires, les contrôles internes doivent être encouragés, notamment par le recours aux commissaires aux comptes avec séparation systématique entre l'ordonnateur (le délégué) et le payeur, comme en matière de comptabilité publique.

Enfin, le rapport insiste sur l'obligation d'une assurance responsabilité civile pour tout gestionnaire. Selon lui, cette obligation devrait être inscrite dans la loi.

6) Le cas particuliers des gérants de tutelle des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux

Selon l'article 496-2 du Code civil, « la tutelle ne peut être déferée à l'établissement de traitement, ni à aucune personne y occupant un emploi rémunéré à moins qu'elle ne soit de celles qui avaient qualité pour demander l'ouverture de la tutelle ». La désignation d'un préposé de l'établissement comme gérant de tutelle n'en est pas moins autorisée, dans le cas prévu à l'article 499, si, eu égard à la modicité des biens à gérer, le juge des tutelles constate l'inutilité de la constitution complète d'une tutelle ; il peut en effet se borner à désigner comme gérant de la tutelle, sans subrogé tuteur ni conseil de famille, soit un préposé appartenant au personnel administratif de l'établissement de traitement, soit un administrateur spécial.

Toujours à ce sujet, la commission nationale consultative des droits de l'Homme a recommandé, le 19 novembre 1998, que la protection des majeurs se trouvant dans des institutions, en particulier les personnes âgées placées dans les hôpitaux, soit toujours assurée par des personnes indépendantes de ces institutions.

Toutefois, parmi les principes directeurs de la Recommandation européenne du 23 février 1999 figure celui selon lequel « les mesures de protection et les autres mécanismes juridiques destinés à assurer la protection des intérêts personnels et économiques des majeurs incapables devraient être suffisamment larges et souples pour permettre d'apporter une réponse juridique appropriée aux différents degrés d'incapacité et à la variété des situations ». En particulier, la législation devrait offrir des mesures de protection simples et peu onéreuses. Ces mesures pourraient consister par exemple à confier la gestion de fonds, dans certaines limites, à l'administration hospitalière ou à d'autres autorités ; on peut également envisager la désignation de représentants aux pouvoirs strictement limités par les autorités administratives. Le groupe de travail a proposé de retenir ce point de vue, en insistant sur le fait que, comme pour tous les tuteurs professionnels, les préposés d'établissement devraient être soumis aux

mêmes règles de formation et d'inscription sur une liste nationale. Le directeur de l'établissement, qu'il soit public ou privé, ne pourrait affecter des agents pour la gestion d'une mesure de tutelle qu'à partir d'une liste d'agents hospitaliers qui, au préalable, auraient reçu l'agrément du Procureur de la République comme gérants de tutelle habilités. Cet agent se verrait confier à la fois la gestion des biens et la protection de la personne. En ce qui concerne ce dernier aspect, il faut rappeler que les actes relatifs à la personne, au moins les plus graves, ou en cas de conflit, doivent être autorisés par le juge des tutelles.

Un aspect reste peu clair au sujet de ces gérants de tutelle : il s'agit de savoir si ces agents sont sous la responsabilité du directeur de l'hôpital ou du juge.

7) La formation des gérants et des délégués à la tutelle

A l'heure actuelle, une formation en complément de diplômes classiques de niveau 3 (assistant social, éducateur, conseiller en économie sociale et familiale) est ouverte aux travailleurs sociaux après trois années d'activité dans la profession concernée. Elle permet d'obtenir un « certificat national de compétence », non obligatoire, pour les fonctions de délégué à la tutelle aux prestations sociales.

La formation des tuteurs aux majeurs protégés s'adresse non seulement aux salariés des associations mais aussi aux gérants de tutelle hospitaliers et aux gérants de tutelle privés. Aucun diplôme particulier n'est exigé pour accéder à cette formation, qui conduit à une simple « attestation ».

Le certificat national de compétence est beaucoup plus attractif que l'attestation qui sanctionne la formation des tuteurs aux majeurs protégés. Les organismes auditionnés avant la rédaction du rapport ont constaté le clivage entre les deux types de cursus et ont fait part des difficultés de recrutement, pour pallier des départs en retraite notamment. Or, actuellement, au sein des associations tutélaires, la différence entre ceux qui exercent une tutelle aux prestations sociales pour adultes et ceux qui gèrent une autre mesure de protection n'existe plus réellement. Pour le groupe de travail, il est donc apparu indispensable de corriger le déséquilibre entre les deux formations et d'apporter une meilleure cohérence au dispositif.

La proposition du groupe interministériel de transformer la tutelle aux prestations sociales en une mesure de gestion budgétaire et sociale, inscrite (comme la tutelle et la curatelle) dans le code civil, tend à donner au dispositif de protection des majeurs une plus grande unité, avec de la souplesse dans la gradation des mesures en fonction des besoins du

majeur. Compte tenu de cette mise en cohérence des mesures de protection, il semble important de réformer dans ce sens également les formations. Le groupe a donc proposé de réunir les deux cursus en une formation unique, obligatoire pour toute personne autre que la famille devant gérer une mesure de protection, et sanctionnée par un certificat national de compétence. Ce diplôme serait nécessaire pour pouvoir figurer sur la liste des gérants de tutelle et des délégués à la tutelle d'Etat, en sachant qu'on envisage de créer, à terme, une seule liste nationale.

En conclusion, le rapport élaboré par le groupe de travail interministériel présidé par M. FAVARD estime que « s'il n'y a pas lieu de remettre en cause l'économie générale de la loi du 3 janvier 1968, le temps est venu d'une consécration législative du principe selon lequel la protection des majeurs instaurée par cette loi a pour finalité la protection de leur personne tout autant que la sauvegarde de leurs biens ». Ce rapport réaffirme les principes du respect et de la dignité de la personne protégée, de nécessité et de subsidiarité, d'accompagnement du majeur qui doit être global, intégrant la dimension personnelle et patrimoniale et la mise en place d'un réseau de proximité.

Sur un plan pratique, l'élaboration d'une éventuelle réforme du dispositif de protection juridique des majeurs à la suite des conclusions du rapport n'est pas, on s'en doute, exempte de difficultés, d'ordre financier en particulier.

Cette réforme était considérée comme une priorité gouvernementale pour l'année 2002. Revêtant un caractère interministériel, elle fait l'objet d'une collaboration entre les ministères de la Justice, de l'Emploi et de la Solidarité, de l'Economie et des Finances ainsi que ceux de l'Industrie et de l'Intérieur. Selon le gouvernement, elle doit concilier l'exigence de la protection de la personne et de ses biens rendue nécessaire par les aléas de la vie, et le respect des libertés individuelles dont le juge est garant. Pour cela, il faut aménager le dispositif mis en place en 1968, afin de tenir compte de l'évolution sociale et économique. Depuis l'automne 2002, le chantier de la Réforme de la Protection Juridique des Majeurs a été ouvert par le gouvernement. Un premier groupe de travail a été mis en place par le Ministère de la Justice au sein de la Direction des Affaires Civiles et du Sceau. L'objectif de ce groupe est de préparer un projet de loi réformant la loi du 3 janvier 1968 relative aux incapables majeurs.

Par ailleurs, le Ministre délégué à la Famille, Christian JACOB, avait mis en place deux groupes de travail : l'un concernant la réforme du dispositif de financement des mesures de protection, l'autre relatif à l'évaluation médico-sociale. Ces deux groupes viennent de remettre leur rapport au ministre et des arbitrages vont être pris prochainement.

C) LE MAJEUR PROTEGE ACTEUR DE SES SOINS

D) Loi du 4 mars 2002 et spécificités de la psychiatrie

On l'a vu, la réforme en cours insiste sur l'importance qui doit être accordée à la protection de la personne du majeur incapable et sur le respect et la dignité qui lui sont dus.

A ce sujet, il paraît important de s'intéresser à la loi du 4 mars 2002⁵² relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, qui s'inscrit dans le droit chemin de l'évolution vers une relation thérapeutique contractuelle et partenariale entre le médecin et le patient. Le titre 2 de cette loi, « Démocratie sanitaire », consacre non seulement les droits individuels des malades mais aussi leurs droits collectifs en soulignant le rôle d'interface des associations d'usagers. L'ambition affichée par le gouvernement de renforcer la confiance des Français dans leur système de santé et le choix de faire de l'information la proue de cette confiance ont suscité les craintes de nombreux professionnels de santé, en particulier chez les psychiatres. En effet, les informations contenues dans le dossier de leurs patients, en particulier certains diagnostics, peuvent être difficiles à admettre car elles correspondent à des pathologies « socialement inacceptables ». Les personnes atteintes de troubles psychiatriques sont particulièrement vulnérables et la révélation d'informations médicales de façon abrupte peut avoir des conséquences désastreuses pour elles. Peut-on prévoir la réaction d'un patient dont on ne connaît pas les représentations, les croyances personnelles, auquel on annonce qu'il souffre de schizophrénie ? Sera-t-il capable d'intégrer une telle réalité et de vivre avec ? Le risque de suicide n'est pas négligeable dans ce cas. En outre, certaines maladies sont sources de réactions excessives et sont potentiellement dangereuses pour le médecin. On pense ici à la paranoïa.

La question est donc de se demander comment le psychiatre peut concilier l'obligation de transparence, imposée par la loi, avec le principe selon lequel il doit préserver les intérêts du patient, qui recèle le devoir de ne pas nuire.

Les auteurs de cette loi du 4 mars 2002 ont pris le parti de légiférer sur les droits du malade dans son universalité, ce qui ne stigmatise pas la maladie mentale. Néanmoins, ils ont introduit des dispositions particulières, propres à prendre en compte les spécificités de la prise en charge psychiatrique. A cet égard, si l'article 1111-4 du Nouveau Code de la santé

⁵² Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Journal Officiel n°54 du 5 mars 2002, page 4118

publique témoigne de la volonté des pouvoirs publics de répondre aux souhaits des malades de prendre une part active dans une réelle alliance thérapeutique (« Toute personne prend, avec le professionnel de santé, et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé (...) »), il est évident que la personne malade ne doit pas être « idéalisée » et que l'image du patient combatif, affrontant la maladie, ne peut être généralisée. En psychiatrie, la fragilité du patient et sa tendance à dénier la maladie sont une réalité dont on ne peut faire abstraction. Conscient de cet état de fait, le législateur a pris soin d'acter cette spécificité dans le texte de loi. Ainsi, le dernier alinéa de l'article sus-cité stipule expressément que « les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions particulières relatives au consentement de la personne pour certaines catégories de soins ou d'interventions ».

La particulière vulnérabilité des patients atteints de troubles mentaux impose donc aux professionnels d'adapter leur discours et de « sélectionner » les informations susceptibles d'être entendues par les patients, parmi lesquels on retrouve les majeurs bénéficiant de mesures de protection. La question de l'accès au dossier médical, objet de nombreux commentaires depuis la mise en application de la loi du 4 mars 2002, mérite d'être posée pour les majeurs protégés.

La sauvegarde de justice ne fait pas intervenir de tierce personne pour protéger le patient. Ce dernier pourra ainsi consulter lui-même son dossier, selon les modalités de son choix.

Les patients sous curatelle bénéficient d'un simple régime d'assistance. Il semble en résulter que le curateur n'a aucun droit sur les documents médicaux de ces personnes.

Il n'en est pas de même pour les majeurs sous tutelle pour lesquels le représentant légal reçoit l'information. On sait que la loi de 1968 prévoit en détail la gestion des biens de ces patients, mais elle reste floue quant à la protection de leur personne. La jurisprudence et la doctrine ont progressivement élaboré une réponse aux silences du législateur en considérant que la protection des majeurs pour les actes de leur vie personnelle entraine dans le cadre des missions du représentant légal. C'est dans ce contexte que la loi du 4 mars 2002 a précisé que ce dernier était créancier de l'information médicale concernant les majeurs⁵³. Ainsi, l'article 1111-2 (alinéa 4) précise que « les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés

⁵³ Articles L 1111-2 alinéa 4 et L 1111-6 alinéa 3 du Code de la santé publique

au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur (...) ». En outre, il doit donner son consentement avant tout acte diagnostique ou thérapeutique⁵⁴. En toute logique, c'est au tuteur qu'il appartient de consulter le dossier médical de la personne protégée, que l'auteur de la demande de communication soit le patient ou le représentant légal.

La loi du 4 mars 2002 opère un parallèle entre les mineurs et les majeurs sous tutelle et leur accorde des droits analogues. Pourtant, elle a admis pour les seuls mineurs la possibilité de refuser au représentant légal l'accès à leur dossier médical. Il était inconcevable d'accorder les mêmes droits en faveur des majeurs sous tutelle qui constituent une population hétérogène et qui sont atteints de troubles potentiellement différents : certains de ces individus sont aptes à effectuer des choix judicieux en matière de santé, contrairement à d'autres. Ceci ne signifie pas pour autant que le majeur doit être évincé, négligé dans une prise de décision le concernant au plus haut point, puisqu'il s'agit de sa propre personne. Cette question de la disposition par le majeur protégé de son corps va être étudiée dans le chapitre suivant.

Selon T. FOSSIER, « La protection (...) consistera d'abord à faire valoir les atouts (...), la volonté du majeur, pour peu qu'elle soit sans danger pour lui-même ou pour autrui : c'est une fonction d'avocat, non de professeur »⁵⁵. Si l'état du majeur le permet, il devrait être informé de la demande d'accès, et sa volonté d'accompagner le tuteur lors de la consultation devrait être prise en considération. Ceci serait conforme à la philosophie de la loi du 4 mars 2002.

E) Disposition par l'incapable majeur de sa personne et de son corps

En dehors de la sauvegarde de justice, l'incapable majeur, tout comme le mineur, est frappé d'une incapacité d'exercer son droit de disposition « corporelle ». Le majeur est privé de l'exercice du droit de disposer juridiquement de son corps, mais ce droit est mis en mouvement par les représentants légaux. Si l'incapable est privé d'un pouvoir d'action, un pouvoir de jouissance lui est accordé. S'il n'avait pas ce pouvoir de jouissance, l'incapable serait totalement privé des droits subjectifs les plus élémentaires que sont le droit à la vie ou

⁵⁴ Article L 1111-4 du Code de la santé publique

⁵⁵ FOSSIER T. *La construction d'un statut civil de protection de l'adulte*, in Justice et psychiatrie, Editions Eres 1998, page 34

le droit à l'intégrité physique. En l'état du droit positif, l'incapable doué de discernement peut non seulement jouir du droit à l'intégrité physique, mais peut également l'exercer, par la manifestation d'un refus. Pourquoi ne pas reconnaître une capacité de jouissance d'un droit de disposer de son corps à l'incapable, puisqu'il jouit, et même exerce un droit à son intégrité corporelle ou à la protection de son corps ?

Pour l'incapable majeur, il existe potentiellement un droit subjectif à disposer de son corps, non extériorisé car non exercé par l'individu lui-même, du moins à titre autonome. Lorsque l'incapable doué de discernement donne un avis positif, une autorisation à l'atteinte envisagée, il n'exerce que relativement son droit de disposition « corporelle », car il est obligatoirement assisté de ses représentants légaux.

Donc, globalement, en ce qui concerne la disposition de son corps par le majeur protégé, il existe trois cas de figure :

- Lorsque le droit autorise le majeur protégé à consentir seul, il y a disposition autonome de son corps par ce dernier.
- Dans les cas où le majeur n'est pas à même d'autoriser seul une atteinte à son intégrité physique, interviennent alors, pour consentir avec lui, certaines personnes physiques investies spécialement par le droit pour remplir cette fonction d'assistance : il s'agit d'une disposition assistée ou concertée de son corps par le majeur.
- Lorsque le majeur est dépourvu de toute faculté de discernement, sans intervalle possible de lucidité, ces mêmes personnes doivent alors consentir en son nom et place : c'est une disposition représentée ou disposition du corps du majeur par un tiers.

1) La disposition autonome de son corps par le majeur protégé

Le majeur protégé peut juridiquement manifester une volonté autonome de disposition de son corps lorsqu'il est placé sous le régime de protection de la sauvegarde de justice. Il conserve à la fois l'exercice de ses droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux. C'est dire que les décisions intéressant sa personne et son corps lui appartiennent en propre, et ne nécessitent ni assistance ni contrôle.

Le majeur placé sous sauvegarde de justice est capable de principe, incapable par exception : il est apte à autoriser seul une atteinte à son intégrité corporelle, donc à disposer seul de son corps. Il peut donc consentir seul à une atteinte justifiée par un impératif thérapeutique. On peut citer les exemples de la stérilisation à but curatif ou d'une expérimentation avec bénéfice

individuel direct. Il peut également autoriser une opération ne présentant aucun caractère thérapeutique, comme une intervention de chirurgie esthétique.

En revanche, et la règle est générale pour tous les majeurs protégés, les prélèvements d'organes, de tissus, de cellules ou de sang sur un majeur incapable vivant placé sous un régime de protection légale sont purement et simplement interdits⁵⁶ : ni le majeur lui-même, ni les représentants légaux ne peuvent valablement autoriser une telle atteinte à l'intégrité physique de l'incapable.

2) La disposition assistée de son corps par le majeur protégé

On l'a vu, la disposition personnelle et autonome de son corps par le majeur placé sous sauvegarde de justice est donc le principe. La disposition assistée retrouve en revanche droit de cité dans la tutelle et la curatelle. Mais le consentement du majeur doit dans tous les cas être recherché lorsqu'on estime qu'il est apte à manifester une volonté éclairée, ainsi que l'a jugé la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 11 octobre 1998, à propos d'une stérilisation : « le médecin ne peut pas, sans le consentement libre, éclairé et exprès du malade ou du handicapé mental, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas imposée par une nécessité évidente ou par un danger immédiat pour l'intéressé ». Ici, le majeur est assisté, il n'est pas représenté. Son avis est donc requis pour toute intervention mutilante à but thérapeutique (stérilisation, interruption volontaire de grossesse), ainsi que pour les recherches biomédicales à bénéfice individuel direct, ou sans finalité thérapeutique directe pour lui, même si ce seul consentement n'est pas suffisant : la disposition est assistée, elle implique l'autorisation supplémentaire d'un tiers.

Une stérilisation à finalité thérapeutique est donc possible sur le majeur sous tutelle, avec le consentement de l'intéressé et du tuteur, autorisé par le conseil de famille, avec un éventuel arbitrage par le juge des tutelles. Pour le majeur sous curatelle, l'acte n'est sans doute possible qu'avec l'assentiment du curateur autorisé par le juge des tutelles. Quoi qu'il en soit, toute opération de stérilisation sur majeur handicapé suppose le consentement du malade apte à exprimer une volonté, l'aval du juge des tutelles, et une finalité thérapeutique, ce qui exclut l'éventualité d'une stérilisation purement contraceptive. La stérilisation contraceptive est en revanche licite lorsqu'elle est imposée par des impératifs thérapeutiques : c'est le cas par exemple si la majeure ne supporte pas d'autres moyens de contraception, ou pour prévenir la

⁵⁶ articles L. 671-4, L. 672-5 et L. 666-5 du Code de la santé publique

survenue d'une grossesse qui peut s'avérer nuisible pour la santé, voire pour la vie, de la femme.

Quant à l'acte de chirurgie esthétique, acte de disposition « corporelle » par sa gravité, le consentement de la personne doit aussi s'ajouter à celui du tuteur ou du curateur autorisé par le conseil de famille et par le juge des tutelles.

Pour l'interruption volontaire de grossesse, de détresse ou thérapeutique, aucune disposition particulière n'a été prévue pour les majeurs protégés. En tout état de cause, le consentement personnel de la majeure doit être recherché lorsqu'elle est apte à exprimer une volonté. S'il doit toujours être tenu compte du refus de l'intéressée, la disposition doit cependant encore être assistée.

En transposant la solution retenue pour la stérilisation, il semble que le juge des tutelles doive être saisi afin d'ordonner une expertise sur l'opportunité de l'acte, et doive s'assurer de l'existence du consentement de l'intéressée.

3) La disposition représentée ou la disposition du corps du majeur par autrui

Le consentement du majeur protégé doit être recherché au maximum. Les exemples précédents l'illustrent bien. La protection de la dignité de la personne est en jeu. Il peut arriver, cependant, que le majeur protégé soit hors d'état de manifester une quelconque volonté, en raison d'une altération profonde de ses facultés mentales. Dans cette hypothèse, le majeur est aussi bien inapte à défendre son corps en exprimant un refus, qu'à disposer de son corps en émettant une autorisation. Il faut alors en revenir au système de la représentation totale, où un tiers va décider pour le majeur. Il est clair que cette modalité de représentation doit rester exceptionnelle et judiciairement contrôlée. Un seul objectif doit guider les différents intervenants : il s'agit de la sauvegarde de la dignité de la personne.

CONCLUSION

Plus de trente ans après sa mise en application, la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs est toujours en vigueur. Elle le doit avant tout à son extrême souplesse et au fait qu'elle a su s'adapter au fil des années à l'évolution de la société et de la psychiatrie.

Cette loi, qui a parfaitement (ou presque) organisé la protection des biens ne s'est que très incomplètement prononcée sur la protection de la personne. Or, la protection des biens formelle, comme elle est instituée aujourd'hui, ne peut être dissociée de la protection de la personne. Pour qualifier cette dernière, il conviendrait certainement de mieux cerner les limites des libertés individuelles et du besoin d'assistance. Il ne faut pas occulter, au delà d'une nécessité objective d'aide à la personne, la manière dont celle-ci vit sa mesure de protection. Le désir du thérapeute n'est-il pas de respecter et de favoriser l'autonomie et la dignité de son patient ? Or, la mesure de protection est souvent vécue par le malade, non pas comme une aide, mais comme une nouvelle aliénation, comme une prise de pouvoir sur sa personne. Ce sentiment va parfois l'amener à refuser sa maladie.

Le peu de contributions trouvées au cours de nos recherches sur cet aspect essentiel tiendrait-il à la difficulté fondamentale de faire coïncider le monde de la loi normative et le monde singulier de l'individu et de son existence ?

On comprend dans ce contexte la nécessité d'une réforme de la loi du 3 janvier 1968. Nous avons tenté au cours de ce travail de pointer les priorités dans ce domaine, à travers le rapport Favard. Mais il ne s'agit que d'un projet de réforme et aucun texte officiel n'est encore paru pour la remplacer. La question est de savoir dans quelles conditions précises interviendront les changements annoncés. Tiendront-ils leurs promesses ?

La réponse à ces interrogations pourra faire l'objet d'un travail ultérieur.

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE

- 1) ALLIEZ J. *Remarques sur l'application de la loi du 3 janvier 1968 sur les incapables majeurs en pratique psychiatrique non asilaire*. Annales médico-psychologiques 1975 ; 133^{ème} année, tome 1 n°4 : 510-517.
- 2) Association française de psychiatrie *La protection des majeurs*. Actes du colloque de Lille, mars 1998.
- 3) ATIAS C. *Les personnes, les incapacités*. Presses Universitaires de France, Paris, 1985.
- 4) AURIOL D., CARREL M. *L'émergence d'une nouvelle catégorie de majeurs protégés*. In : *L'avenir des tutelles*, Editions Dunod, novembre 2000 : 17-23.
- 5) AYME J. *Le devenir de la loi du 30 juin 1838: rénovation ou innovation?* L'information psychiatrique 1986 ; volume 62 n°7 : 821-827.
- 6) AZOULAY J. *La place de la protection juridique de la personne et des biens dans le traitement des malades mentaux*. In : *Les tutelles. Perspectives soignantes et perspectives légales*. Les Dossiers Croix-Marine, mars 1999 : 28-33.
- 7) BAILLY-SALIN P. *Apports et limites de la loi de 68. Considérations médicales*. In : *Les tutelles. Perspectives soignantes et perspectives légales*. Les Dossiers Croix-Marine, mars 1999 : 12-17.
- 8) BAILLY-SALIN P. *Tutelles-curatelles*. In : *L'avenir des tutelles*, Editions Dunod, novembre 2000 : 1-13.
- 9) BALL M.B. *L'aliéné devant la société : leçon professée à la clinique des maladies mentales à l'asile Sainte -Anne*. L'Encéphale 2001 ; hors série n°1 vol.XXVII.
- 10) BARON J.C. *Pratique institutionnelle et traditionnelle* In : *Livre Blanc de la Psychiatrie française tome 1*. Edouard Privat, Editeur, 1965 : 93-100.
- 11) BARRETEAU C. *Les problèmes médicaux posés par la Loi du 3 janvier 1968 portant Réforme du Droit des Incapables Majeurs*. Thèse pour le Doctorat en Médecine Nantes, 1968.
- 12) BAUER M., FOSSIER T. *Les tutelles. Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*. 3^{ème} édition revue et augmentée Paris : ESF éditions, 1999.
- 13) BERNARDI O. *La protection de la personne et des biens du majeur en droit allemand*. Nervure 1994; tome VII, n°4 : 35-39.
- 14) BIEDER J. *Remarques sur l'application pratique de la loi de janvier 1968 sur les « incapables majeurs »*. Annales médico-psychologiques 1976 ; 134^{ème} année, tome 2 n°3 : 493-499.

- 15) BLONDY P., MORIN G., MORIN M. *Etude de la loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 et des textes subséquents. La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*. 4^{ème} édition Paris. Répertoire du notariat DEFRENOIS, 1983.
- 16) BOULEAU J.H., DUBRET G. *La loi du 30 juin 1975. De l'assistance à l'identité sociale*. Forensic, n° spécial, septembre 2000 : 20-21.
- 17) BOURDEAU J., NOEL J. *Réflexions d'un magistrat sur la loi du 3 janvier 1968*. L'information psychiatrique 1988 ; volume 64 n°4 : 423-430.
- 18) BROVELLI G., NOGUES H. *La tutelle au majeur protégé. La loi de 1968 et sa mise en œuvre*. Editions l'Harmattan, 1994.
- 19) BUCHER-THIZON M. *Les travaux parlementaires relatives à la loi du 3 janvier 1968*. L'information psychiatrique 1988 ; volume 64 n°4 : 411-422.
- 20) BUCHER-THIZON M. *La gestion des biens comme alternative à l'hospitalisation?* 301-358 in : RAPPARD P., BUCHER-THIZON M. *La raison psychiatrique et la raison juridique*. Rapport de médecine légale, congrès de psychiatrie et de neurologie de langue française. LXXXVIII^e session, Lille, 18-23 juin 1990, MASSON éditions, Paris.
- 21) CARBONNIER J. *La famille, les incapacités*. Presses Universitaires de France, Paris, 1983.
- 22) CARBONNIER J. *Droit civil : les personnes*. Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
- 23) CHAMPENOIS-MARMIER M.-P., SANSOT J. *Droit, folie, liberté. La protection de la personne des malades mentaux (Loi du 30 juin 1838)*. Editions PUF, 1983.
- 24) Code Civil des Français. Edition originale et seule officielle, 1804.
- 25) Code civil, Titre XI, *De la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi*, articles 488 à 514, Litec édition, Paris, 1987.
- 26) Code Civil, édition 2003. Editions du Juris Classeur.
- 27) Conseil de l'Europe, Comité des ministres. *Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables. Recommandation n°R99 12 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 23 février 1999 et exposé des motifs*. Strasbourg : Edition du Conseil de l'Europe, 1999.
- 28) COURAULT S. *Pour une protection du majeur plus soucieuse de ses libertés. Le rapport Favard sur les tutelles*. Actualités Sociales Hebdomadaires n°2168, 26 mai 2000.
- 29) DE MARTEL A. *La loi du 3 janvier 1968, perspectives d'une réforme*. In : L'avenir des tutelles, Editions Dunot, novembre 2000 : 37-51.
- 30) Département d'Information Médicale du Centre de Santé Mentale Angevin (CESAME).

- 31) DODEMAN J. *Droit pratique des personnes protégées : mineurs, majeurs protégés et handicapés*. Aix en Provence Association pour le développement du service notarial, 1985.
- 32) DREYFUSS L MOVSCHIN H., TRONCHE D. *La loi du 3 janvier 1968 à l'épreuve du temps*. L'information psychiatrique 1988 ; volume 64 n°4 : 431-437.
- 33) ESQUIROL J.E.D. *Aliénation mentale. Des illusions chez les aliénés. Question médico-légale sur l'isolement des aliénés*. Paris, Crochard, 1832.
- 34) FERRUS, FALRET, ESQUIROL, FAIVRE *La loi de 1838 sur les aliénés*. 2 volumes (1 : l'élaboration ; 2 : l'application). Frénésie Editions, Paris, 1988.
- 35) FLEURET-GOURMEZ L. *Dérives de la protection des majeurs protégés*. In : Les tutelles. Perspectives soignantes et perspectives légales. Les Dossiers Croix-Marine, mars 1999 : 34-41.
- 36) FOSSIER T., HARICHAUX M. *La tutelle à la personne des incapables majeurs : 'exemple du consentement à l'acte médical*. Revue de droit sanitaire et social 1991 ; volume 27 n°1 : 1-14.
- 37) FOSSIER T. *Justice et psychiatrie : la construction d'un statut civil de protection de l'adulte*. Médecine et Droit 1996 ; n°21 novembre-décembre : 11-15.
- 38) FOSSIER T. *La construction d'un statut civil de protection de l'adulte*. In : Justice et psychiatrie, Edition ERES 1998, page 34.
- 39) GARGOLY C. *Tutelle aux majeurs. L'urgence d'une rénovation*. Actualités Sociales Hebdomadaires n°2150, 21 janvier 2000.
- 40) GODFRYD M., FAVORY S. *La tutelle en gérance: mieux la connaître pour mieux l'utiliser*. Annales médico-psychologiques 1990 ; volume 148 n°2 : 179-188.
- 41) GOUDEMANT M. *La question de la personne : le consentement, les libertés individuelles*. In : La protection des majeurs. Actes du colloque de Lille, mars 1998, Association française de psychiatrie.
- 42) GOUDET V. *La place du juge des tutelles dans la vie privée des majeurs*. Pratiques en santé mentale 2000 ; volume 46 n°4 : 29-30.
- 43) GOUREVITCH M. *La protection des majeurs vue par le médecin commis par le juge des tutelles*. Synapse 2000 ; n°170 : 13-17.
- 44) GRIVEL A. *La tutelle dans ses rapports avec la psychiatrie*. In : L'avenir des tutelles, Editions Dunot, novembre 2000 : 55-70.
- 45) HEDO P., SCHEPENS P., CLERCQ M. *de Loi de protection de la personne du malade mental : protection du malade ou de la société ?* Revue française de psychiatrie et de psychologie médicale 1999 ; n°24 : 56-60.
- 46) <http://www.justice.gouv.fr>

- 47) HUGLO Ch. *Aspects du rôle du médecin selon la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs*. Psychiatrie française 1971 ; volume 3 : 94-97.
- 48) JEAN J., JEAN J. *Mieux comprendre la tutelle et la curatelle*. Paris : DUNOD, 2000.
- 49) JONAS C. *L'incapacité du majeur en tutelle: de quelques cas incertains*. L'information psychiatrique 1986 ; volume 62 n°7 : 847-854.
- 50) LEHEMBRE . *De la relation thérapeutique à l'expertise*. In : La protection des majeurs. Actes du colloque de Lille, mars 1998, Association française de psychiatrie.
- 51) *Les majeurs protégés*. Les guides de la justice, Ministère de la Justice, service de l'information et de la communication.
- 52) *Livre Blanc de la Psychiatrie Française*. Tome 1 : rapports présentés aux Journées Psychiatriques Paris 19-20 juin 1965. Edouard Privat, Editeur.
- 53) *Livre Blanc de la Psychiatrie Française*. Tome 2 : Deuxièmes Journées Psychiatriques Paris 5-6 mars 1966 (discussions des rapports présentés aux premières Journées Psychiatriques).Edouard Privat, Editeur : 105-142.
- 54) Loi sur les aliénés n°7443 du 30 juin 1838.
- 55) Loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, articles 389 à 475 du Code civil.
- 56) Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, Journal Officiel du 4 janvier 1968 page 6.
- 57) Loi n°75-534 du 30 juin 1975 : *l'orientation en faveur des personnes handicapées*, Journal Officiel, 1^{er} juillet 1975, et rectificatifs des 18 juillet et 21 août 1975.
- 58) Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Journal Officiel n°54 du 5 mars 2002, page 4118.
- 59) MASSE G., PERPOIL J.P. *Protection juridique des majeurs : loi du 3 janvier 1968*. EMC PSYCHIATRIE 1997 ; 37-901-A-50 : 1-6.
- 60) MASSIP J. *La réforme du droit des incapables majeurs*. Répertoire du Notariat Defrénois édition Paris, 1983.
- 61) MASSIP J. *Administration légale et tutelle des mineurs*. Editions Defrénois, 1994.
- 62) MASSIP J. *Les majeurs protégés*. Tome 1 : régime juridique. Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1994.
- 63) MASSIP J. *Les majeurs protégés*. Tome 2 : formules d'application. Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1994.

- 64) MASSIP J. *Apports et limites de la loi de 68. Considérations juridiques*. In : Les tutelles. Perspectives soignantes et perspectives légales. Les dossiers Croix-Marine, mars 1998 : 18-21.
- 65) MASSIP J. *Les incapacités. Etude théorique et pratique*. Paris : Répertoire du notariat Defrénois, 2002.
- 66) MERMBERG P.F. *La protection des biens des incapables majeurs. La loi du 3 janvier 1968*. Actualités psychiatriques 1984 ; 4 : 45-53.
- 67) MIGNOT H. *Le problème législatif*. In : *Livre Blanc de la Psychiatrie Française*. Tome 1 : 103-116.
- 68) NEYRINCK B. *La pratique de la protection des majeurs au sein d'un établissement hospitalier*. In : La protection des majeurs. Actes du colloque de Lille, mars 1998, Association française de psychiatrie
- 69) PERPOIL J.-P. *La tutelle en gérance dans les hôpitaux du secteur public*. L'information psychiatrique 1988 ; volume 64 n°4 : 447-450.
- 70) PETITJEAN F. *La loi du 3 janvier 1968*. Forensic, n°spécial, septembre 2000 : 13-14.
- 71) POILROUX R. *Guide des tutelles et de la protection de la personne. Fondements juridiques et sociaux, méthodologie de la relation d'aide, éthique et respect de la personne*. Paris : DUNOD, 1999.
- 72) POISAT J.L. *La tutelle vécue comme une perte de sa dignité humaine*. Psychologie médicale 1990, 22, 12 : 1199-1200.
- 73) PRIEUR S. *La disposition par l'individu de son corps*. Thèse de droit privé soutenue à l'université de Dijon le 9 octobre 1998.
- 74) PUZOS P. *Régimes de protection des biens: principes d'utilisation*. Revue du praticien 1991 ; volume 41 n°25 : 2657-2659.
- 75) RAPPARD P. *Le droit civil et la psychiatrie comme alternative de l'hospitalisation*. L'information psychiatrique 1988 ; volume 64 n°4 : 403-410
- 76) SIMONNET-ROUYEYRE D. *Hypothèses pour l'évaluation des effets cliniques d'une mesure de curatelle*. L'information psychiatrique 1988 ; volume 64 n°4 : 439-444.
- 77) SUTTER J. *Rôle et possibilités d'une association tutélaire*. Actualités psychiatriques 1986 ; n°9 : 60-64.
- 78) VERDIER P., BAUER M. *Comment assurer la protection d'un majeur : guide à l'usage des tuteurs familiaux et professionnels*. 4^{ème} édition actualisée Paris : ESF édition, 1999.
- 79) VERHEYDE T., RIOMET N. *La tutelle dans ses aspects comparés en Europe*. In : L'avenir des tutelles, Editions Dunot, novembre 2000 : 87-134.

80) VIAULES E. *La nouvelle loi sur les droits des malades prend-elle en compte la spécificité psychiatrique ?* Soins psychiatrie 2002 ; n°220 : 5-8.

81) WALLOT H. *La protection du malade mental et le pouvoir du psychiatre : la situation au Québec.* Nervure 1991 ; volume 67 n°8 : 744-751.

82) WEISS P., REICHENBACH S., SENNINGER J.L. *Le curateur à la personne.* L'information psychiatrique 1994 ; volume 70 n°4 : 365-374.

83) WELNIARZ B. *La protection des biens des incapables majeurs : l'examen psychiatrique dans le cadre de la loi du 3 janvier 1968.* Perspectives psychiatriques 1999 ; volume 38 n°3 : 235-241.

84) WULFMAN R. *La tutelle au quotidien.* Synapse 1987, n°30 : 84-88.

85) ZAGURY D. *Du préposé d'établissement au gérant de secteur.* L'information psychiatrique 1988 ; volume 64 n°4 : 459-462.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	3
I) HISTORIQUE	4
A) Rappel historique	4
1) La question des incapables majeurs à travers les siècles	4
2) Interdiction et conseil judiciaire	5
3) Loi du 30 juin 1838	6
B) Critiques de l'ancien système sur les incapables majeurs	7
C) Réforme de la législation sur les incapables majeurs	12
1) Influence de la loi du 14 décembre 1964	12
2) Travaux préparatoires à la loi du 3 janvier 1968 et adoption du texte	13
D) Aspects principaux de la loi de 1968-Populations visées	16
1) Aspects principaux	16
2) Populations visées par la loi	18
3) Dimension thérapeutique de la loi	22
II) ASPECTS NOVATEURS DE LA LOI DE 1968	23
A) Volet juridique	23
1) Souci de diversification	23
2) Respect de l'autonomie des personnes	30
3) Souci de souplesse et d'individualisation	30
B) Volet médical	31
1) Rôle du médecin traitant	31
2) Référence au médecin spécialiste	33
C) Du majeur à protéger au majeur protégé : schéma de la procédure actuelle	35
1) Saisine du juge des tutelles	35
2) Instruction du dossier par le juge	35
3) Renvoi à l'audience	36
4) Audience et jugement	36
5) Voies de recours	37
6) Publicité	37
III) APPORTS ET LIMITES DE LA LOI DE 1968	38
A) Difficultés pratiques d'application de la loi	38
1) Questions d'ordre juridique	38
2) Questions d'ordre médical	39
B) Contexte médico-social lors de la mise en application de la loi	39
1) De l'assistance à l'identité sociale	40
2) Evolution de la prise en charge des patients	41
3) Rôle de la famille dans l'application de la mesure de protection	42
C) Evolution des pratiques -Emergence d'une nouvelle catégorie de majeurs protégés	43
1) Déclin du rôle des familles	43
2) « Démédicalisation » de la loi	44
IV) SITUATION ACTUELLE	48
A) Aspects comparés de la tutelle en Europe	48

1)	Fondements et mise en œuvre des mesures de protection en Europe	48
2)	Protection des personnes et des biens des majeurs dans les pays européens et d'origine européenne	50
B)	Situation en France.....	55
1)	Données chiffrées et tentatives d'explication	55
2)	Situation locale : l'exemple d'Angers.....	57
V)	PERSPECTIVES D'UNE REFORME	60
A)	Travaux préliminaires au rapport FAVARD	60
B)	Rapport FAVARD	62
1)	Protection de la personne et évaluation médico-sociale en amont de la mesure	63
2)	Une codification cohérente avec la nature des mesures.....	66
3)	Une procédure en adéquation avec les principes de nécessité et de subsidiarité.....	68
4)	Le financement des mesures	76
5)	Le contrôle des comptes des majeurs protégés	78
6)	Le cas particuliers des gérants de tutelle des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux	80
7)	La formation des gérants et des délégués à la tutelle.....	81
VI)	LE MAJEUR PROTEGE ACTEUR DE SES SOINS.....	84
A)	Loi du 4 mars 2002 et spécificités de la psychiatrie	84
B)	Disposition par l'incapable majeur de sa personne et de son corps.....	86
1)	La disposition autonome de son corps par le majeur protégé	87
2)	La disposition assistée de son corps par le majeur protégé.....	88
3)	La disposition représentée ou la disposition du corps du majeur par autrui	89
	CONCLUSION	90
	BIBLIOGRAPHIE.....	90
	TABLE DES MATIERES	97