

**Rapport des travaux de la sous-commission**  
**« Droit et éthique de la protection des personnes »**

(Anne Caron-Dégliise, Karine Lefevre, Julien Kounowski et Benoît Eyraud)

**Comité National pour la Bienveillance et les Droits  
des personnes âgées et des personnes handicapées**

**Rapport remis le 4 mars 2015**

<b>LETTRE DE MISSION</b> .....	<b>5</b>
A. <b>ORGANISATION DE LA SOUS-COMMISSION « DROIT ET ETHIQUE DE LA PROTECTION DES PERSONNES »</b> .....	5
B. <b>MODELISATION DU DISPOSITIF</b> :.....	8
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>9</b>
Protéger. L'Etat doit-il s'occuper ou se préoccuper des personnes vulnérables ?.....	9
Une volonté de rechercher la mise en cohérence des dispositifs et l'effectivité des droits des personnes.....	10
<b>I. DU SOUCI DE LA PROTECTION A CELUI DE LA PRESERVATION DES CAPACITES</b> .....	<b>11</b>
A. <b>DES USAGES SOCIAUX DU DROIT DES (IN)CAPACITES</b> : .....	11
1. <i>Une volonté affirmée de contenir un phénomène social</i> .....	11
2. <i>Des usages contemporains contestés des mesures de protection</i> .....	12
3. <i>Vulnérabilité et/ou (in)capacité</i> .....	12
B. <b>UN DISPOSITIF JURIDIQUE COMPLEXE</b> .....	14
1. <i>Une large place toujours accordée à la protection des actes dans le code civil</i> .....	14
Pour la formation des actes juridiques, .....	14
Lors de la transmission du patrimoine (actes à titre gratuit).....	15
2. <i>Une volonté de dépassement des catégories juridiques par la loi du 5 mars 2007</i> .....	16
Une fonction de compréhension du texte.....	16
Une marque d'évolution de l'institution juridique.....	17
Une fonction nouvelle : inscrire la personne dans le champ social et juridique.....	18
3. <i>Un nouveau mode de protection qui s'impose par l'introduction d'une exigence de respect des droits de la personne</i> .....	18
Proportionnalité des mesures de protection aux besoins de la personne et prévalence de l'expression de sa volonté.....	19
Expression d'une décision personnelle ou recueil de l'expression d'une volonté ? .....	20
Un questionnement éthique qui s'impose pour les décisions personnelles en l'absence de discernement de la personne protégée .....	21
C. <b>UN DECENTRAGE NECESSAIRE DES PRATIQUES FRANÇAISES</b> .....	23
1. <i>Echelle individuelle d'analyse</i> : .....	26
L'incidence des droits fondamentaux sur le droit des incapacités : .....	26
Mise en perspective de la qualification de l'incapacité : .....	27
2. <i>De l'échelle individuelle à l'échelle systémique</i> :.....	30
<b>II. UNE DYNAMIQUE NOUVELLE DE L'ACTION PUBLIQUE A INITIER POUR SORTIR DE LA FRAGMENTATION DES INTERVENTIONS</b> : .....	<b>33</b>
A. <b>DECLOISONNER LES DISPOSITIFS ET PARVENIR A UNE EVALUATION PLURIDISCIPLINAIRE EN SITUATION</b> .....	33
1. <i>Favoriser l'information et la participation des personnes</i> .....	33
Le droit à l'information dans les textes et ses limites.....	34
La problématique liée à la délivrance de l'information aux personnes dont les facultés de compréhension sont altérées, l'exemple du malade d'Alzheimer.....	35
Les outils prévus par la loi du 5 mars 2007.....	37
2. <i>Une évaluation qui doit impérativement être renouvelée</i> .....	38
Processus habituel d'évaluation : le schéma CNSA.....	39
L'évaluation en vue d'une demande de protection juridique.....	41
La nécessité d'évaluer la capacité à comprendre, à analyser et à décider.....	42
B. <b>UN PILOTAGE PLUS EFFICACE AUTOUR D'UN OUTIL DE CONNAISSANCES PARTAGE</b> .....	45
1. <i>Penser les niveaux territoriaux d'intervention</i> .....	45
2. <i>Mieux coordonner les acteurs pour améliorer les dispositifs de protection</i> .....	46
3. <i>Un pilotage local associant la Justice et la Cohésion sociale</i> .....	47
Une meilleure intégration du rôle des DRJSCS et des DDCS.....	47
La coordination Justice-Cohésion sociale et des autres financeurs : une condition critique de la réussite de cette politique publique.....	47
4. <i>La nécessaire coordination avec les autres acteurs pour améliorer la prise en charge des personnes protégées (ARS, CPAM, Conseil Régional...)</i> .....	48
Le Programme régional pour l'accès à la prévention et aux soins des plus démunis (PRAPS).....	49
5. <i>Une connaissance partagée à mieux développer et outiller</i> .....	50

Pour un SI global et partagé sur l'activité des mesures de protection.....	50
Pour des plateformes locales et nationales de diffusion de la connaissance et des bonnes pratiques.....	51
C. L'ENJEU DE L'APPROPRIATION DU DROIT PAR LES ACTEURS : POUR UN GUIDE D'APPROPRIATION DES REGLES DE PROTECTION DES PERSONNES VULNERABLES ET DE LEURS CAPACITES.....	53
1. <i>La présentation du Guide</i> .....	53
Les objectifs du Guide : .....	53
L'organisation du Guide : .....	53
Le statut juridique du Guide : .....	54
2. <i>L'esquisse du Guide</i> :.....	54
Partie 1. L'autonomie et son accompagnement. ....	54
Partie 2. L'accompagnement des personnes très vulnérables.....	55
Partie 3. L'évaluation des (in)capacités et du besoin de protection .....	55
Partie 4. Le traitement des désaccords et les voies de recours .....	56
Partie 5. Les liens entre les dispositions des différents codes .....	56
Partie 6. Les dispositions particulières.....	56
<b>III. PROPOSITIONS POUR UNE EFFECTIVITE DES DROITS DES PERSONNES EN SITUATION DE PARTICULIERE VULNERABILITE. ....</b>	<b>58</b>
A. COMMENT DECIDER OU CONSENTIR QUAND LES FACULTES SONT ALTEREES ?.....	58
1. <i>La question du consentement</i> .....	58
2. <i>Le consentement de l'utilisateur en santé</i> .....	59
3. <i>Les écueils dans l'exercice pratique de ces droits en santé</i> .....	60
Le recueil du consentement éclairé lors de l'entrée en EHPAD : .....	60
Le recueil du consentement éclairé d'un patient en état végétatif chronique ou pauci-relationnel: L'exemple de Vincent Lambert. ....	61
B. REVISITER LES MODES D'ANTICIPATION CIBLES DU CODE DE LA SANTE ET DU CODE DE L'ACTION SOCIALE ET DES FAMILLES : PERSONNE DE CONFIANCE ET DIRECTIVES ANTICIPEES.....	63
1. <i>La notion d'anticipation</i> .....	63
2. <i>La désignation d'une personne de confiance</i> .....	64
3. <i>Les directives anticipées</i> . ....	66
C. PERMETTRE UNE REELLE ANTICIPATION DE L'INAPTITUDE OU DES (IN) CAPACITES POUR CEUX QUI LE SOUHAITENT.....	68
1. <i>Rénover le mandat de protection future</i> . ....	68
La création d'un registre des mandats conclus et des mandats activés. ....	69
L'insertion d'une clause de renouvellement du mandat de protection future. ....	70
2. <i>Les dispositifs de désignation anticipée du mandataire-curateur ou tuteur</i> . ....	70
<b>IV. ENJEUX ET PROPOSITIONS D'EVOLUTION DU DISPOSITIF DE PROTECTION JURIDIQUE.....</b>	<b>72</b>
A. UN JUGE A QUELLE PLACE ?.....	72
1. <i>Une mesure décidée par un juge et qui doit préserver l'intérêt de la personne</i> . ....	72
2. <i>Un juge qui doit être à un juste place dans la protection</i> . ....	72
3. <i>Des cohérences et des organisations qui doivent être repensées sous le regard d'un juge nouveau, le juge de la protection</i> .....	74
B. UNE RECONNAISSANCE EFFECTIVE DES FAMILLES ET DES PROCHES, QUAND ELLE EST POSSIBLE. ....	75
C. UNE PROFESSION DE MANDATAIRE JUDICIAIRE A LA PROTECTION DES MAJEURS QUI DOIT EVOLUER: .....	77
1. <i>Une profession qui doit être mieux identifiée</i> :.....	77
2. <i>Une profession dont la formation doit être améliorée et renforcée</i> .....	77
Un meilleur cadrage du Certificat National de Compétence MJPM .....	78
3. <i>Une profession qui doit pouvoir travailler mieux au quotidien en valorisant la mission de service qu'elle exerce au quotidien, moyennant des conditions strictes de contrôle</i> . ....	78
4. <i>Un cadre institutionnel qui doit être posé de manière plus rigoureuse</i> . ....	79
5. <i>Une profession qui doit en tout état de cause être mieux contrôlée</i> .....	80
6. <i>Une inspection contrôle MJPM qui doit être animée et coordonnée par la cohésion sociale en coordination avec l'autorité judiciaire</i> .....	80
Comment améliorer ce contrôle ?.....	81
D. ORGANISER SUR LES TERRITOIRES DES INSTANCES ETHIQUES EN FAVEUR DES PRATIQUES ET ANALYSES TRANSDISCIPLINAIRES SUR LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS.....	82
1. <i>Créer des instances éthiques dans le champ de la protection des majeurs</i> . ....	82
2. <i>Des groupes éthiques régionaux</i> .....	82
3. <i>Une instance nationale</i> . ....	83

4.	<i>Composition et formalisation des groupes éthique régionaux</i> .....	83
a.	Membres composant le groupe éthique régional : .....	83
b.	Formalisation de ces groupes éthiques régionaux : .....	83
5.	<i>Fonctionnement des groupes éthiques régionaux et instance nationale</i> .....	84
	Points de vigilance. ....	85
	Calendrier et coûts.....	85
6.	<i>Favoriser une coopération avec les espaces de réflexion éthique régionaux ou inter-régionaux (ERERI)</i> .....	86
	<b>SYNTHESE DES PROPOSITIONS</b> .....	<b>88</b>
	<b>ANNEXES</b> .....	<b>92</b>
	ANNEXE 1 : PROPOSITION DE MODIFICATION DU CODE CIVIL :.....	92
	ANNEXE 2 : MISE EN ŒUVRE D'UNE INFORMATION PERENNE AUX FAMILLES ET D'UN SOUTIEN AUX TUTEURS FAMILIAUX .....	94
	ANNEXE 3. NOTE EXPLICATIVE A DESTINATION DES MEDECINS INSCRITS SUR LA LISTE DU PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE.....	104
	AUDITIONS REALISEES .....	107

## Lettre de mission

### a. Organisation de la sous-commission « droit et éthique de la protection des personnes »

Le 12 février 2013, Madame Michèle DELAUNAY, Ministre déléguée aux personnes âgées et de l'autonomie, et Marie-Arlette CARLOTTI, Ministre déléguée aux personnes handicapées, ont mis en place le Comité national pour la bientraitance et les droits des personnes âgées et des personnes handicapées, créé par le décret n° 2013-16 du 7 janvier 2013.

Ce Comité s'inscrit dans les quatre axes de la politique nationale :

- signalement et traitement des situations de maltraitance
- contrôle et accompagnement des établissements et services sociaux et médico-sociaux
- amélioration de la connaissance de la maltraitance en institution et à domicile
- mise en œuvre d'une politique de développement de la bientraitance dans le secteur social et médico-social.

Il a pour objectif de développer une culture de la bientraitance et de la protection des droits des personnes en favorisant un échange approfondi et pluridisciplinaire entre les acteurs des champs concernés et les ministères concernés. A cette fin, plusieurs sous-commissions ont été mises en place sous quatre thématiques dont celle des droits des personnes.

**La sous-commission "Droit et éthique de la protection des personnes"** est en charge d'une mission large de réflexion globale sur la protection des publics particulièrement vulnérables que sont les personnes âgées et les personnes handicapées. Les lois des 2 janvier 2002 (n°2002-2), 4 mars 2002 (n°2002-303), 11 février 2005 (n°2005-102) et 5 juillet 2011 (n°2011-803) ont défini des droits à l'égard de catégories de personnes en fonction de critères liés à la situation de maladie, de handicap, de l'existence d'une pathologie mentale ou encore en fonction des lieux depuis lesquels les demandes d'intervention sont formées (hôpital y compris psychiatrique, établissement, domicile).

La loi du 5 mars 2007 (n°2007-308) portant réforme de la protection juridique des majeurs a elle-même introduit un cadre ambitieux en termes de droits des personnes rendues particulièrement vulnérables soit par une altération médicalement constatée de leurs facultés mentales ou corporelles, soit par le danger qui menace leur santé et leur sécurité à cause d'une mauvaise gestion de leurs prestations sociales. Elle s'inscrit dans un mouvement plus large du droit, tant au niveau national qu'europpéen et international, qui vise à définir un cadre légal exigeant en faveur du respect effectif des libertés fondamentales et de la dignité des personnes. L'article 415 du Code civil, issu de cette loi, réinterroge lui-même toute la protection des personnes souffrant d'altérations de leurs facultés, notamment en raison de leur âge ou de handicaps lourds. Ce sont ici toutes les dimensions de la protection qui sont interpellées, depuis les éléments de diagnostic ou d'évaluation jusqu'à leurs conséquences sur les personnes elles-mêmes en termes de limitation de capacité, de perte d'autonomie, de restriction des libertés, de recherche de l'intérêt de la personne, de respect de sa dignité, de bientraitance, de sécurité et de responsabilités personnelles et collectives.

A partir du cadre législatif et réglementaire applicable, en ce compris les conventions internationales, des préconisations éthiques et des rapports déjà réalisés sur la maltraitance (dont le rapport du Médiateur de la République de 2008 sur la maltraitance financière), sur les besoins spécifiques des personnes et de leurs proches face à la maladie et au handicap, la sous-commission 3.3 est invitée à conduire une réflexion pluridisciplinaire et transdisciplinaire sur les axes suivants :

- 1) Etat des lieux du cadre législatif et réglementaire et repérage des contradictions et des manques ayant pour conséquences de nuire à une réelle protection des personnes et de leurs droits
- 2) Recherche d'une mise en cohérence d'une meilleure effectivité des droits et des dispositifs
- 3) Reconnaissance de la place des familles, des proches et des solidarités intergénérationnelles/intragénérationnelles dans la protection des personnes
- 4) Propositions d'évolution juridique et de coordination des acteurs
- 5) Ethique des professionnels et des intervenants
- 6) Production d'un document d'analyse transdisciplinaire sur les limitations de capacité des personnes majeures

Il lui appartiendra de rechercher des préconisations concrètes afin d'élaborer ensemble les repères indispensables à l'accès des personnes fragilisées par la maladie, l'âge et/ou le handicap à leurs droits et à l'effectivité de ceux-ci. Ces préconisations devront également porter sur le rôle de leurs proches et des professionnels en charge de leur protection et sur la coordination des acteurs.

Afin de favoriser une approche décloisonnée des problématiques et des expériences concrètes de terrain déjà en œuvre, et en collaboration avec les autres commissions, la sous-commission 3.3 fonctionnera selon les modalités suivantes, sous la présidence d'Anne CARON-DEGLISE (Magistrat) et en qualité de rapporteur Karine LEFEUVRE (Professeur EHESP) :

Du point de vue de son organisation, la sous-commission s'articule autour d'une équipe restreinte de coordination (A. Caron-Déglise, K. Lefeuvre, J. Kounowski et B. Eyraud) et de deux groupes de travail à deux niveaux :

**1) Groupe de pilotage et d'expertise (GPE)**: Composé d'une dizaine de membres, il procède aux auditions avec **l'équipe restreinte de coordination (ERC)** et aux relectures des contributions pour un travail de synthèse.

**2) Groupe consultatif des représentants du CNBD (GCR)** : Composé de membres issus du CNBD, il est réuni une fois par trimestre pour être consulté sur les travaux du GPE et donc produire sur les thématiques de travail.

La sous-commission 3.3 vise ainsi à un travail d'expertise pluri/transdisciplinaire avec un volet consultatif des représentants du CNBD, permettant un travail neutre et transversal.

• **Groupe d'expertise et de pilotage (GPE)** et membres de l'équipe restreinte de coordination (**ERC**)

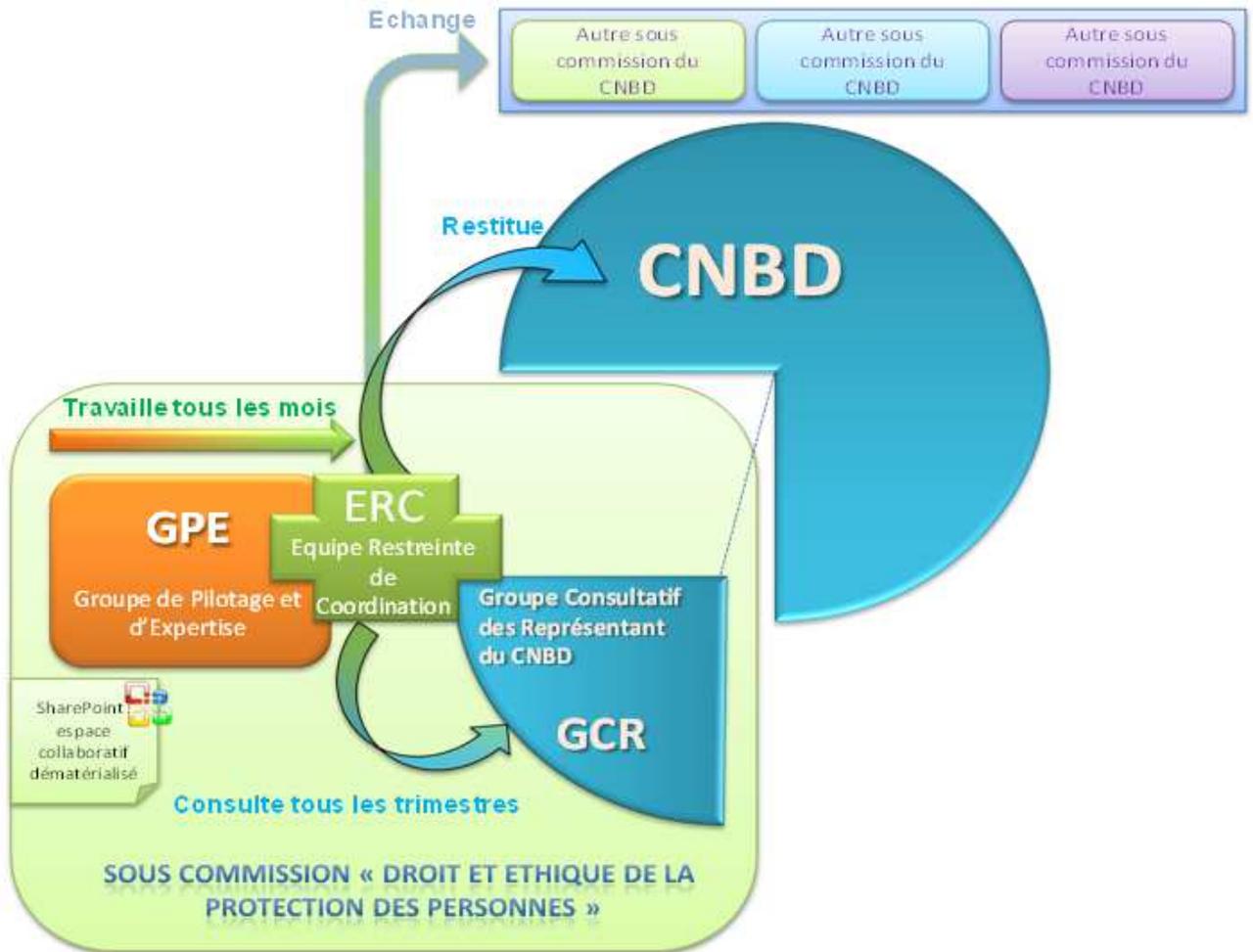
Nom	Qualité	Groupe et autres fonctions	Coordonnées MAIL
Anne CARON-DEGLISE	Conseiller à la Cour d'Appel de Paris, Présidente de la Chambre des tutelles, membre du Conseil scientifique de la CNSA	Présidente de la sous-commission ; membre <b>ERC</b> ; <b>GPE</b>	<a href="mailto:anne.caron-deglise@justice.fr">anne.caron-deglise@justice.fr</a>
Karine LEFEUVRE	Juriste, Docteur en droit privé, Professeur à l'Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique, Directrice adjointe du Département des Sciences Humaines et Sociales	Rapporteuse de la sous-commission ; membre <b>ERC</b> ; <b>GPE</b>	<a href="mailto:Karine.Lefeuvre@ehesp.fr">Karine.Lefeuvre@ehesp.fr</a>
Julien KOUNOWSKI	Inspecteur de l'Action Sanitaire et Sociale (IASS) DRJSCS du Nord – Pas-de-Calais	membre <b>ERC</b> ; <b>GPE</b>	<a href="mailto:Julien.KOUNOWSKI@drjscs.gouv.fr">Julien.KOUNOWSKI@drjscs.gouv.fr</a>
Benoit EYRAUD	Sociologue, Maître de Conférences Université de Lyon II	membre <b>ERC</b> ; <b>GPE</b>	<a href="mailto:benoit.eyraud@ish-lyon.cnrs.fr">benoit.eyraud@ish-lyon.cnrs.fr</a>
Joel ANKRI	Chef de service Centre de Gérontologie Ste Péline AP-HP Paris, Directeur du laboratoire Santé Environnement Vieillesse UVSQ	<b>GPE</b>	<a href="mailto:joel.ankri@spr.aphp.fr">joel.ankri@spr.aphp.fr</a>
Jean-Philippe COBBAUT	Psychologue, Directeur du Centre d'éthique médicale de Lille	<b>GPE</b> – binôme de Monsieur Cédric ROUTIER	<a href="mailto:jeanphilippec@icl-lille.fr">jeanphilippec@icl-lille.fr</a>
Cédric ROUTIER	Sociologue et politiste, Directeur de l'Unité de recherche HADEPAS (Handicap, Droit et participation sociale), Université catholique de Lille	<b>GPE</b> – binôme de Monsieur Jean-Philippe COBBAUT	<a href="mailto:cedric.routier@icl-lille.fr">cedric.routier@icl-lille.fr</a>
Fabrice GZIL	Philosophe, Responsable du pôle Etudes et recherche Fondation Médéric Alzheimer	<b>GPE</b>	<a href="mailto:gzil@med-alz.org">gzil@med-alz.org</a>
Véronique LEFEBVRE-DES-NOETTES	Psychiatre, membre de l'EREMA	<b>GPE</b>	<a href="mailto:veronique.lefebvre-des-noettes@erx.aphp.fr">veronique.lefebvre-des-noettes@erx.aphp.fr</a>
Marie MERCAT-BRUNS	Maître de conférences en droit privé, Chaire de droit social (CNAM) et Sciences Po	<b>GPE</b>	<a href="mailto:marie.mercatbruns@sciences-po.fr">marie.mercatbruns@sciences-po.fr</a>
Sylvie MOISDON-CHATAIGNIER	Maître de conférences droit privé Faculté de droit Rennes, membre de l'IODE	<b>GPE</b>	<a href="mailto:sylvie.moison-chataigner@univ-rennes.fr">sylvie.moison-chataigner@univ-rennes.fr</a>
Jean-François RAVAUD	Socio-épidémiologiste, Directeur de recherche à l'INSERM, CERMES3, CNRS, Institut Fédératif de Recherche sur le Handicap, Chaire EHESP-CNSA Participation sociale et situations de handicap	<b>GPE</b>	<a href="mailto:ravaud@vjf.cnrs.fr">ravaud@vjf.cnrs.fr</a>
Florence WEBER,	Directrice du département de Sciences sociales Ecole Normale Supérieure, Chaire Handicap psychique et décision pour autrui	<b>GPE</b>	<a href="mailto:florence.weber@ens.fr">florence.weber@ens.fr</a>

L'équipe restreinte de coordination et en particulier son Président et son Rapporteur seront en lien constant avec les services de la DGCS.

- **Groupe consultatif des représentants du CNBD (GCR) :**

Il est composé de représentants des membres du CNBD ayant répondu à un appel à candidature de la DGCS.

**b. Modélisation du dispositif:**



## Introduction

A la fin du XXème siècle, William Pfaff (journaliste et écrivain, « Here is a new age, with humanity as last alone » », International Tribune, 30/12/1999, p.6) écrivait que nous entrons dans une ère nouvelle, une ère où l'humanité se retrouvera finalement seule. Seule parce qu'amputée des lois morales non écrites que Sophocle décrit dans *Antigone* comme « éternelles et dont tout homme ignore l'origine. » Il nous renvoyait ainsi à une inquiétude profonde nous conduisant à nous demander si nous pouvons vraiment, à nous seuls, être la source d'une éthique de l'humanité qui nous rendrait redevables envers tous les humains, particulièrement les plus vulnérables, et qui nous conduirait à rassembler et à mobiliser toutes les institutions, les ministères, le parlement, le monde associatif, les acteurs publics et privés pour soutenir et protéger les êtres humains contre les différentes menaces susceptibles de transformer la vulnérabilité en exclusion ?

**Protéger. L'Etat doit-il s'occuper ou se préoccuper des personnes vulnérables ?** Dans une société libre et démocratique, soucieuse du bien-être des citoyens, l'Etat a la responsabilité d'assurer la sécurité et la protection des droits et des libertés des personnes. Le curseur évolue suivant les époques, les points de tension et sans doute le poids des revendications. Dans un contexte budgétaire contraint et nourri d'injonctions paradoxales, le besoin d'une politique publique cohérente à l'égard des personnes qui, en raison de leur condition physique ou sociale ou d'événements tragiques ou imprévus se trouvent placés dans une situation personnelle précaire, ou risquent d'être exclus devient une urgence.

Différents dispositifs encadrent aujourd'hui ce qu'on appelle largement la protection sociale mais celle-ci doit être pensée plus globalement, en miroir avec les dispositions internationales et nationales relatives aux droits des personnes, et pas uniquement en termes d'organisation et de rationalité budgétaire. S'interroger sur le niveau de protection des personnes oblige en effet à s'interroger sur le socle des capacités minimum qu'une personne doit détenir pour mener une vie digne, indépendante et égale en possibilités d'autonomie. La Déclaration universelle des droits de l'homme et les différents pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme ont proclamé et sont convenus que « chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. » Cette formulation qui figure en Préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant oblige les Etats et les peuples des Nations Unies à respecter les droits fondamentaux de l'homme, la dignité et la valeur de la personne humaine et à favoriser le progrès social. Pour parvenir à cet objectif, une protection particulière a été reconnue à l'enfant, qui doit être préparé pleinement à avoir une vie individuelle dans la société en particulier en lui donnant une éducation et des conseils « d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités. »

Cette approche se retrouve dans la Convention relative aux droits des personnes handicapées qui, dans son Préambule, réaffirme « le caractère universel, indivisible, interdépendant et indissociable de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales », « reconnaissant la nécessité de promouvoir et protéger les droits de l'homme de toutes les personnes handicapées, y compris celles qui nécessitent un accompagnement plus poussé. » La reconnaissance des droits, des capacités

et l'importance de l'autonomie individuelle des personnes, y compris la liberté de faire ses propres choix est évidemment à construire chez l'enfant. Elle est à respecter et à préserver chez l'adulte, y compris lorsqu'il est en situation de vulnérabilité particulière. Alors, il appartient aux législations et aux acteurs de « prendre des mesures appropriées pour donner aux personnes accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique », ainsi que le prévoit l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées précitée.

**Une volonté de rechercher la mise en cohérence des dispositifs et l'effectivité des droits des personnes.** La démarche entreprise dans le groupe de travail « Droit et éthique de la protection des personnes » a consisté à réfléchir et travailler en transdisciplinaire, dans un cadre organisé doté d'outils d'échanges informatiques ouverts permettant l'échange. A partir d'une étude de littérature et pratiques nationales et internationales, le groupe a consulté différents acteurs puis a conceptualisé et fait des propositions concrètes pour améliorer la prise en charge et la reconnaissance des personnes en situation de perte d'autonomie, plus particulièrement d'autonomie décisionnelle.

Conscient que la construction commune d'une véritable politique publique respectueuse des droits des personnes les plus vulnérables exige sans doute de l'audace et un engagement de dépassement de nos propres frontières, à commencer par nos frontières internes et institutionnelles, le groupe de travail a analysé le cadre du droit des (in)capacités pour l'ouvrir et le traduire en propositions de plan d'actions.

*« Je veux chercher si dans l'ordre civil il peut y avoir quelque règle d'administration légitime et sûre, en prenant les hommes tels qu'ils sont, et les lois telles qu'elles peuvent être : je tâcherai d'allier toujours dans cette recherche ce que le droit permet avec ce que l'intérêt prescrit, afin que la justice et l'utilité ne se trouvent point divisés. (...) On me demandera si je suis prince ou législateur pour écrire sur la Politique ? Je réponds que non, et que c'est pour cela que j'écris sur la Politique. Si j'étais prince ou législateur, je ne perdrais pas mon temps à dire ce qu'il faut faire, je le ferais, ou je me tairais. »*

*J.-J. Rousseau, Du Contrat social, Livre I, Paris, GF Flammarion, 2001, p. 45.*

## I. Du souci de la protection à celui de la préservation des capacités

### A. Des usages sociaux du droit des (in)capacités :

#### 1. Une volonté affirmée de contenir un phénomène social

Les transformations démographiques, économiques, sociales et morales des dernières décennies ont conduit à la mise en avant de l'autonomie comme valeur sociale et comme horizon, en même temps qu'elles ont vu le souci de protection de nombreux groupes de personnes vulnérables se préciser : personnes en situation de handicap, personnes âgées atteintes de maladies invalidantes, personnes très précarisées... Ces transformations ont été prises en compte par les pouvoirs publics par la succession de lois visant toutes à mieux préserver et acquérir une autonomie personnelle et la protection des vulnérabilités. Ce cycle législatif s'est traduit par la multiplication de nouvelles dispositions relatives au droit civil, au droit de la santé, au droit de la famille, au droit de l'action sociale, dispositions qui se sont accumulées sans que le grand public, ni d'ailleurs toujours les professionnels, ne puisse saisir l'ensemble de cette dynamique.

Le droit des capacités et des incapacités tient une place particulière dans ces transformations. Composante très ancienne du droit civil, peu utilisé pendant de nombreuses décennies, seules quelques centaines de mesures étant prononcées annuellement jusqu'à la fin des années 1960, il a fait l'objet d'un recours de plus en plus important depuis lors. L'organisation de mesures de protection à l'égard de personnes jugées très vulnérables est devenue un phénomène social de grande ampleur, en France plus qu'ailleurs. Au milieu des années 2000, plus de 700 000 personnes<sup>1</sup> sont placées sous mandat de protection, celui-ci étant exercé soit par un membre de leur famille soit par un professionnel.<sup>2</sup> Plusieurs dizaines de milliers de mesures sont ouvertes chaque année. La réforme du droit tutélaire du 5 mars 2007 a eu notamment pour origine la volonté de juguler ce phénomène.

Les pouvoirs publics ont souhaité limiter cette augmentation conséquente du nombre de mesures, aussi bien pour des raisons économiques et budgétaires<sup>3</sup> qu'au regard du souci de préserver au mieux les libertés individuelles. Dès la fin des années 1990, la dénonciation « d'une dérive », d'une « surjudiciarisation » du recours au droit tutélaire a été formulée par un rapport commandé à plusieurs ministères<sup>4</sup> Ce constat a été repris dans l'exposé des motifs de la loi du 5 mars 2007 qui déplore que « de nombreuses mesures sont prononcées pour des raisons plus sociales que juridiques », ce qui écarte la « protection judiciaire des majeurs de sa finalité. » Ce constat justifie une orientation centrale de la réforme, à savoir le « recentrement » du dispositif de protection « sur

<sup>1</sup> La Direction des Affaires Civiles du Ministère de la Justice donne le chiffre de 708 000 au 1er janvier 2007

<sup>2</sup> Les mesures prises en charge par un membre de la famille le sont pour partie dans le cadre d'une administration légale sous contrôle judiciaire. Celles confiées à des tiers sont majoritairement des tutelles ou des curatelles d'Etat déferées à un service mandataire.

<sup>3</sup> Les dépenses afférentes aux mesures confiées à des professionnels étaient, et sont encore pour beaucoup, principalement prises en charge par l'Etat

<sup>4</sup> Rapport sur le fonctionnement du dispositif des majeurs, établi par la Triple Inspection (Inspection Générale des Finances, Inspection Générale des Services Judiciaires et Inspection Générale des Affaires Sociales), juillet 1998, p. 12. Le terme est repris en avril 2000 dans le rapport issu du groupe de travail préparant une réforme du dispositif de protection, groupe réuni autour de M. Favard. L'exposé des motifs de la loi du 5 mars 2007 justifie la suppression des motifs dit sociaux à la mise sous protection par le fait qu'ils « sont à l'origine de nombreuses dérives. »

les personnes réellement atteintes d'une altération de leurs facultés personnelles »<sup>5</sup>, cette altération devant être « médicalement constatée. »<sup>6</sup> Cette orientation s'accompagne d'une orientation des personnes pour lesquelles n'a pas été posé un tel constat médical vers des mesures d'action sociale.<sup>7</sup>

## 2. Des usages contemporains contestés des mesures de protection.

En 2012, le nombre des mesures de protection a continué à augmenter fortement.<sup>8</sup> Dans leur rapport portant sur la mise en place de la réforme de la protection des majeurs, les sénateurs soulignent « l'absence de confirmation, voire l'infirmité – même si le recul historique est encore trop faible », d'une des principales hypothèses de la réforme (N.B. : celle d'une « surjudiciarisation » de la protection) pourrait compromettre son économie générale. »

D'autres voix s'interrogent sur le respect des droits des personnes les plus vulnérables ; de très nombreuses personnes âgées atteintes de la maladie d'Alzheimer ou de troubles psychiques graves ne font pas l'objet de mesure de protection alors que leur consentement est requis pour de nombreux actes de soin les concernant, pour une entrée en établissement ou d'autres actes importants de la vie civile.

Ces critiques opposées, dénonçant soit l'excès des mesures de protection, soit l'insuffisance des garanties juridiques apportées à des personnes très vulnérables globalement ou dans certaines situations, soulignent la difficulté à trouver le juste équilibre quant aux usages sociaux des mesures de protection. Elles interrogent aussi sur les équilibres internes au droit civil et aux dispositions concernant les protections. Le droit civil reste tributaire d'une conception exclusive du droit des (in)capacités, opposant les personnes ayant leur pleine capacité et celles ayant besoin de protection. A titre d'exemple, le Titre 11 du Code civil qui concerne la majorité civile et les majeurs protégés par la loi consacrent 2 articles à la présomption de capacité et à la prise en compte des vulnérabilités générales et plus d'une cinquantaine d'articles aux majeurs protégés.

C'est ce double constat d'un droit des (in)capacités encore très dichotomique et d'un usage social des mesures de protection contesté qui a servi de base de réflexions au groupe de travail mis en place dans le cadre de la commission « Droit et éthique de la protection des personnes. »

## 3. Vulnérabilité et/ou (in)capacité.

Le choix des mots est le fait du législateur, de la doctrine et des praticiens dont les juges. Le domaine des personnes vulnérables<sup>9</sup> n'échappe pas à cette force de la sémantique. Mais il n'est pas toujours simple de comprendre le sens des termes utilisés. Le droit, comme d'ailleurs la médecine, est souvent présenté comme un monde linguistique particulier et original, utilisant des mots qui n'ont d'existence que pour le système juridique et pour les initiés. Ainsi, le mot « vulnérabilité » n'est pas défini par le dictionnaire *Vocabulaire juridique* alors qu'il l'est dans le langage courant et que le code pénal l'utilise. Pourtant, le mot lui-même a un sens dans le langage courant et il peut intégrer la

<sup>5</sup> Exposé des motifs du projet de loi, enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale le 28 novembre 2006, p. 4

<sup>6</sup> Article 425 du Code civil

<sup>7</sup> La Mesure d'Accompagnement Social Personnalisé (MASP) est justifiée par cette orientation, étant précisé qu'elle ne concerne que les bénéficiaires de prestations sociales

<sup>8</sup> Rapport d'information de MM. Eric Bocquet et Edmond Hervé, fait au nom de la commission des finances, n+315 (2011-2012)-2012, p.10

<sup>9</sup> Cf. *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel, 2009.*

sphère juridique notamment parce qu'il est invoqué. Il peut alors avoir un ou plusieurs sens spécifiques en droit (« au sens juridique »)<sup>10</sup>. Il peut même être polysémique : une polysémie par plusieurs sens juridiques, par un sens dans le langage courant et un autre dans le langage juridique. Ou une polysémie entre plusieurs sphères juridiques ou encore entre la sphère juridique et la sphère des autres sciences sociales comme la sociologie.

Encore plus curieusement, le mot peut n'appartenir qu'au champ lexical commun et ne pas avoir de sens juridique. Il en va ainsi des mots « vulnérabilité » et « vulnérable » qui n'ont pas de sens juridique<sup>11</sup>. Pourtant de nombreuses institutions, comme la protection d'une personne en état de faiblesse ou l'ouverture d'une mesure de protection, prennent en considération cette vulnérabilité. Non seulement il existe une grande multiplicité de mots pour exprimer directement ou indirectement la vulnérabilité mais aussi pour les personnes considérées comme vulnérables<sup>12</sup>. Compte tenu des enjeux, voire des risques, à écrire une loi sur les personnes vulnérables, le législateur délimite précisément les domaines d'application des textes. Ainsi la loi du 5 mars 2007 vise précisément la réforme de la protection des majeurs<sup>13</sup> même si de nombreux articles de doctrine l'ont présentée comme une loi relative aux personnes vulnérables<sup>14</sup>. Pour autant, l'interprétation qu'en font les acteurs de la protection n'en finit pas de développer le mot et plus encore l'expression « situation de vulnérabilité », en particulier pour limiter les conséquences d'une application encore trop rigide du droit lui-même.

En effet, le droit civil français tel qu'il résulte du Code civil décline rigoureusement les principes applicables autour de la pleine capacité de jouissance et d'exercice des personnes dès l'âge de la majorité, pour les hommes et les femmes jusqu'à leur décès. Ce postulat de capacité a pour corollaire celui de la responsabilité de ses actes et actions et des personnes ou objets que l'on a sous sa garde. Les exceptions sont liées soit à la particulière vulnérabilité de la personne elle-même notamment en raison des altérations de ses facultés personnelles soit à la situation dans laquelle elle se trouve (voir rapport 2009 de la Cour de cassation). Cependant, la notion d'incapacité totale ou partielle n'est évoquée en droit que pour les mineurs d'une part et pour les majeurs envers lesquels ont été institués des régimes de protection entraînant une incapacité juridique (qui se traduit par

<sup>10</sup> « Le vocabulaire juridique français est l'ensemble des termes de la langue française qui reçoivent du droit un ou plusieurs sens », G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat droit privé, 3<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 14. ; G « préface » et Ph. Malinvaud, « avant propos » *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu Association H. Capitant (ss. dir.), PUF, 2005. Selon G. Cornu, les termes ayant un sens polysémique sont plus nombreux que ceux qui n'ont qu'un sens juridique exclusif (n'existant donc pour ces derniers que dans le monde du droit). Il est aussi précisé que « la plupart des institutions et des concepts juridiques n'ont pas de dénominations dans le langage courant », Ph. Malinvaud, avant propos *Vocabulaire juridique*, *Op. cit.*

<sup>11</sup> Le mot vulnérabilité n'est pas défini par le dictionnaire *Vocabulaire juridique*, il l'est dans le langage courant comme : « caractère vulnérable » ; le mot vulnérable est défini comme « qui peut être blessé, frappé par un mal physique ; qui peut être facilement atteint, se défend mal », *Dictionnaire Le petit Robert, dictionnaire de la langue française*, rédigé par A. Rey, J. Rey-Debove, V°, « vulnérabilité », « vulnérable ».

<sup>12</sup> Cf. dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, P. Catala (ss dir.), 2005, la proposition d'introduire les dispositions suivantes par un nouvel article 1114-3 du Code civil : « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique », *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, P. Catala (ss dir.), 2005.

<sup>13</sup> Loi 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56, 7 mars 2007, p. 4325.

<sup>14</sup> Par ex., A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, « la protection des intérêts personnels et patrimoniaux de la personne vulnérable », JCP éd. Notariale, 2007, n°1196 ; Dossier *La protection de la personne majeure vulnérable*, Rev. Dr. famille février 2011.

une mention en marge de l'acte d'état civil) : la curatelle et la tutelle. Pour mémoire : reprendre des exemples d'incapacités tels que l'exercice des droits civiques après condamnation ... ici clairement le problème du consentement en situation. Voir de ce point de vue le CSP (soins) et le CASF (contrats de séjour//code de la consommation car contrat d'adhésion).

Cette approche binaire du droit : capacité-incapacité est la source de nombreuses tensions puisque de plus en plus de personnes se trouvent de fait en situation de vulnérabilité alors même qu'elles ne sont pas juridiquement incapables. A l'inverse, des personnes sous curatelle ou sous tutelle disposent toujours de la faculté d'exprimer des choix clairs. Au code civil et aux libertés fondamentales reconnues aux personnes doivent donc répondre des approches innovantes. Les zones grises qui sont approchées par des dispositifs spécifiques, tels que par exemple la protection spécifique des actes déclinée dans le code civil ou les régimes de protection juridiques actuels ne peuvent manifestement pas suffire.

## B. Un dispositif juridique complexe

### 1. Une large place toujours accordée à la protection des actes dans le code civil.

Le droit civil opère en effet une distinction entre la protection des actes et celle de la personne, tout comme le droit pénal d'ailleurs qui distingue entre la question des actes délictueux qu'il définit et celle des personnes : auteurs, complices ... (pour lesquelles d'une part le principe d'imputabilité et, d'autre part, le principe de l'individualisation des sanctions sont des données fondamentales) et victimes (prise en compte de la vulnérabilité particulière). Le droit civil accorde une très large place à la protection des actes dans le cadre d'un régime de preuve qui doit garantir la sécurité juridique des transactions.

A partir de principes généraux très largement admis : la liberté d'agir (article 7), l'égalité pour agir (article 8) et la capacité d'agir (article 414), il inscrit en miroir les garanties nécessaires pour assurer le besoin de protection tant pour la formation des actes que pour la transmission du patrimoine (actes à titre gratuit).

**Pour la formation des actes juridiques**, les principes énoncés trouvent leur traduction concrète dans d'autres principes généraux du Code civil : d'abord dans la liberté contractuelle inscrite dans l'article 1123 pour toute personne qui n'en est pas déclarée incapable par la loi ; puis dans la reconnaissance de la force de la volonté. L'expression de la volonté et la rencontre d'un accord de volontés sont à la fois une composante de la personnalité juridique et de la validité des relations contractuelles qui sont la base de toute vie en société. La limite d'interprétation stricte est ce que les juristes nomment l'incapacité juridique. Elle est prévue par l'article 1124 du Code civil qui dispose : « sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés et les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code ».

En dehors de tout régime d'incapacité, l'engagement de la personne peut cependant être spécifiquement protégé dans la formation des actes juridiques. En effet, pour pouvoir librement contracter (exercer sa liberté de contracter), il est indispensable d'être sain d'esprit et d'exprimer sa volonté, en décidant de l'acte et/ou en y consentant. De surcroît, le consentement doit être libre et éclairé<sup>15</sup> et l'acte ne doit pas être lésionnaire (déséquilibre dans les prestations). Si la personne n'est

<sup>15</sup> Le consentement ne doit pas être vicié par des vices du consentement : erreur sur les qualités substantielles, dol, violence y compris morales par exemple en cas de violence morale sur personnes

pas protégée par une mesure de protection, le droit commun trouve à s'appliquer par la contestation de l'acte lui-même.<sup>16</sup>

Les personnes majeures juridiquement protégées disposent quant à elles d'actions spécifiques.<sup>17</sup> Les actes accomplis par elles moins de 2 ans avant la date de la publicité du jugement d'ouverture de la mesure peuvent ainsi être contestés si leur inaptitude à défendre leurs intérêts était notoire ou connue du contractant au moment de la formation de l'acte. Lorsqu'elles sont protégées, le mécanisme de la mesure les oblige à être assistées ou représentées suivant la mesure prononcée par le juge et la classification des actes telle que résultant du décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008. Sous la réserve de la possibilité d'agir seules en curatelle pour les actes qui ne relèvent pas de l'assistance (art. 462 Code civil), en tutelle pour les actes usuels et avec assistance pour ceux autorisés par le juge (art. 473 Code civil).

**Lors de la transmission du patrimoine (actes à titre gratuit)**, le principe de la liberté de disposition de son patrimoine demeure en vertu du lien fort et symbolique reconnu au pouvoir de transmission : « le mort saisit le vif » (héritage, continuité des biens dans la famille, continuité de la personne...). Il s'agit d'une décision qui revêt un caractère mixte pour l'acte juridique car celui-ci engage autant la personne que son patrimoine.

Ce principe de liberté de disposer vise le *de cuius* dans la limite de la réserve héréditaire et les héritiers eux-mêmes puisqu'ils peuvent refuser la succession. Cette liberté est elle-même protégée par une exigence au moment de la réalisation de la libéralité : être sain d'esprit et ne pas subir de vice de consentement. Il appartient au notaire de vérifier la capacité de la clientèle (Cass Civ 1, 2/10/2013).

S'agissant des majeurs protégés, cette liberté est encadrée puisque d'une part la donation implique l'assistance du curateur en curatelle et l'autorisation du juge ou du conseil de famille en tutelle et l'assistance ou la représentation par le tuteur et puisque, d'autre part, si le testament est libre en curatelle<sup>18</sup>, il s'agit d'un acte strictement personnel qui ne requiert donc ni assistance ni représentation.

Afin de protéger les choix du disposant, des incapacités à recevoir ont été organisées par les articles 909 du code civil et L 341-4 du code de l'action sociale et des familles. Ce principe traduit une méfiance envers la facilité d'accès dont disposent certaines personnes, et en particulier les professionnels, à l'égard de personnes considérées comme tout particulièrement vulnérables, notamment au regard de la validité de leur consentement. En principe, l'interdiction de recevoir posée par l'article 909 du code civil ne souffre pas d'exception dès lors que les juges considèrent que la personne est le professionnel visé par le texte<sup>19</sup>. Cette réserve ouvre toutefois une possibilité d'interprétation sur la qualité de la personne, les soins apportés et la place du professionnel.<sup>20</sup> Des voix s'élèvent pour élargir plus précisément encore à tous les professionnels qui, à titre rémunéré, auront soigné, assisté ou hébergé une personne pendant la maladie dont elle meurt. Une proposition de loi a été déposée dans ce sens le 8 novembre 2013 par des sénateurs, ainsi qu'un amendement dans le cadre de la discussion du projet de loi d'adaptation de la société au vieillissement.

---

vulnérables.

<sup>16</sup> Notamment par l'invocation des vices du consentement de l'article 1109 du code civil, de la lésion de l'article 1118 et de l'insanité d'esprit de l'article 414-2.

<sup>17</sup> Articles 465 Code civil en droit des incapacités ; articles 1312 et 1314 Code civil en droit des obligations.

<sup>18</sup> Sous réserve du respect de l'article 901 [sain d'esprit] / autorisation du juge ou conseil de famille

<sup>19</sup> L'article 909 du code civil vise en particulier « les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt (...) les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions. »

<sup>20</sup> C. Cass., Civ. 1<sup>ère</sup> 15/01/2014 ; Civ. 1<sup>ère</sup> 25/09/2013

## 2. Une volonté de dépassement des catégories juridiques par la loi du 5 mars 2007.

Si la loi du 5 mars 2007 vise précisément la réforme de la protection des majeurs,<sup>21</sup> de nombreux articles de doctrine l'ont présentée comme une loi relative aux personnes vulnérables.<sup>22</sup> En examinant le texte, nous pouvons constater que le langage utilisé répond aux fonctions de la linguistique juridique<sup>23</sup>. Les fonctions de compréhension du texte et d'évolution y sont déterminantes. Mais une autre fonction, plus nouvelle, apparaît dans la loi du 5 mars 2007. Elle est directement liée à la place de la loi dans le domaine des lois sociales et médico-sociales.

**Une fonction de compréhension du texte.** Tout texte doit en effet être accessible, compréhensible et lisible par le plus grand nombre des citoyens : pour ceux qui veulent bénéficier d'une prérogative spécifique mais aussi pour ceux à qui le texte est opposé. Les termes choisis donnent donc un sens juridique à une institution ; ils sont les vecteurs de la lisibilité de la loi. Par exemple, les articles 467 et 473 du Code civil distinguent les actes faits dans la curatelle et ceux réalisés dans la tutelle en associant la curatelle à une assistance et la tutelle à une représentation.<sup>24</sup>

Cependant, comprendre un mot et sa signification juridique ne doit pas, et ne doit en tout cas plus, figer l'institution. Une certaine flexibilité est possible par l'articulation de différents principes. Il convient ainsi de déterminer le message de politique législative à travers l'utilisation des mots. Ces mêmes articles 467 et 473 du Code civil symbolisent ainsi toute la nouveauté de la loi du 5 mars 2007 qui prône l'autonomie de la personne protégée quand elle est possible (terme directement utilisé par l'article 415 du Code civil). En effet, malgré l'ouverture d'une tutelle, la personne protégée pourra, sur autorisation du juge, réaliser certains actes seuls voire n'être qu'assistée par le tuteur. L'association entre assistance et curatelle, d'une part, et représentation et tutelle, d'autre part, n'est pas absolue. C'est là toute la flexibilité de la loi qui n'enferme pas l'institution par les mots. La compréhension est donc d'ordre juridique mais aussi d'ordre politique. De nombreuses dispositions envisagent ainsi l'expression de la volonté du majeur protégé alors même que la mesure de protection porte directement atteinte à sa capacité juridique. Les actes strictement personnels (par ex. article 458 du Code civil), ne permettant aucune assistance ou représentation, en sont la meilleure illustration.

Afin de rendre compte de toutes ces possibilités, la loi du 5 mars 2007 se caractérise aussi par la diversité de son vocabulaire. Par exemple, les actes personnels peuvent être d'une « nature impliquant un consentement strictement personnel » (article 458 du Code civil) ou relevés d'une « décision personnelle éclairée » (article 459 du Code civil). Le régime juridique de chacun de ses

<sup>21</sup> Loi 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56, 7 mars 2007, p. 4325.

<sup>22</sup> Par ex., A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, « la protection des intérêts personnels et patrimoniaux de la personne vulnérable », JCP éd. Notariale, 2007, n°1196 ; Dossier *La protection de la personne majeure vulnérable*, Rev. Dr. famille février 2011.

<sup>23</sup> G. Cornu, *Linguistique juridique*, Op. cit.

<sup>24</sup> Pour la curatelle, article 467 du Code civil : « la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille. Lors de la conclusion d'un acte écrit, l'assistance du curateur se manifeste par l'apposition de sa signature à côté de celle de la personne protégée. A peine de nullité, toute signification faite à cette dernière l'est également au curateur ».

Pour la tutelle, article 473 du Code civil : « Sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne en tutelle à agir elle-même, le tuteur la représente dans tous les actes de la vie civile. Toutefois, le juge peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur ».

actes est spécifique à chaque qualification, ce qui ouvre une large porte à l'interprétation des juges. Par ailleurs, certains termes semblent caractérisés et ne pas souffrir d'interprétation. Par exemple, la personne protégée choisit le lieu de sa résidence et entretient des relations avec les personnes de son choix selon l'article 459-2 du Code civil. Pourtant, une jurisprudence se développe autour de la réalité du choix, de la conscience que la personne en a et de sa capacité à pouvoir exprimer une volonté. D'autres termes relèvent d'une définition plus générale permettant une appréciation plus large et soumettent le texte également à débats. Ainsi, le certificat médical, lorsqu'il peut être établi, doit être circonstancié selon les termes de l'article 431 du Code civil. La discussion est encore vive pour s'assurer du caractère circonstancié du certificat, lequel peut être établi si le médecin a examiné cliniquement la personne mais aussi en son absence. Il convient de garder un tel vocabulaire diversifié et riche de toutes les nuances de la loi. Le message peut être encore plus direct lorsqu'il s'agit de marquer l'évolution de l'institution juridique en cause.

**Une marque d'évolution de l'institution juridique.** Les mots employés doivent servir à titre de symbole à marquer un changement, une évolution importante de la protection juridique des personnes vulnérables. A ce titre, le législateur en 1968 avait envisagé la protection des « personnes incapables » en visant le majeur qui a besoin d'être protégé plutôt que les « incapables majeurs » quand bien même le titre de la loi évoque encore ces « incapables majeurs »<sup>25</sup>. Un tel changement se justifie notamment parce que le régime de sauvegarde de justice ne porte pas atteinte à la capacité juridique<sup>26</sup> mais aussi par la volonté d'atténuer les atteintes subies par le majeur en de telles circonstances. La loi de 2007 est dans le sillage de la loi de 1968 ; elle adopte cette mutation définitive vers la protection des majeurs dès son titre<sup>27</sup>. Là aussi, la référence à une protection plutôt qu'à une incapacité se justifie pleinement. En effet, ni le régime de sauvegarde de justice ni le nouveau mandat de protection future ne portent atteinte à la capacité juridique de la personne protégée. Dans cette loi, la symbolique s'exprime dans le titre, dans le texte, mais aussi dans le nouveau métier intitulé désormais « mandataire judiciaire à la protection des majeurs ». L'expression de « majeurs protégés » est consacrée tant par la doctrine universitaire que par les professionnels<sup>28</sup>. La force est donnée à cette réforme, son importance justifiait un changement qu'il était nécessaire de marquer<sup>29</sup>.

La place donnée à la volonté et au consentement exprimé par la personne protégée montre aussi cette mutation alors même que les définitions juridiques de ces termes supposent une conscience de l'acte et une concordance entre la volonté interne et celle qui est exprimée<sup>30</sup>. Ces termes sont utilisés non pas dans leur sens technique mais pour obliger le curateur ou tuteur du majeur protégé à rechercher en toute circonstance au moins l'avis de celui-ci à défaut d'une prise de décision. L'évolution est marquée vers l'autonomie de la personne. Elle illustre ainsi combien il faut

<sup>25</sup> Loi 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JORF 4 janvier 1968, p. 114.

<sup>26</sup> L. Leveueur, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in *les mots de la loi, Etudes juridiques*, N. Molfessis (ss. dir), avant propos de F. Terré, Economica, 1999, spéc. p. 25.

<sup>27</sup> Loi 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56, 7 mars 2007, p. 4325.

<sup>28</sup> Cf. les nombreux articles de doctrine visant directement les majeurs protégés ; UNAFOR, *Protéger les personnes vulnérables, regards croisés sur la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs*, 2014.

<sup>29</sup> S Balian, « Néologismes législatifs pour la forme », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994.

<sup>30</sup> Consentement « de consentir : être d'accord (...) accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit ; dans l'accord, la volonté de chacune des parties contractantes » p. 215 *Vocabulaire juridique, Op. cit.* ; volonté « faculté de vouloir, aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte (conscience) et à se décider (...) fait de vouloir, acte de volition constitutif du consentement nécessaire à la formation de l'acte juridique qui comprend un élément psychologique (volonté interne) et un élément d'extériorisation (volonté déclarée). p. 956 *Vocabulaire juridique, Op. cit.*.

déterminer la protection de la personne dans le champ juridique mais aussi social.

**Une fonction nouvelle : inscrire la personne dans le champ social et juridique.** Afin de prendre en compte tous les éléments du parcours de vie de la personne, le juge est amené à prendre en compte non seulement des éléments juridiques (comme sa capacité à comprendre son engagement patrimonial) mais aussi des éléments de son environnement familial et social. Le législateur attribue une part réelle à cette approche dite globale de la personne. Il faut remarquer que les mots sont dans ce cas souvent empruntés au langage courant. Par exemple, l'article 430 du Code civil précise qu'une « personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables » peut présenter une demande d'ouverture de la mesure au juge. Encore, l'article 460 du Code civil visant la procédure relative au mariage du majeur prévoit l'éventuelle audition de « l'entourage ». L'autonomie doit être préservée « dans la mesure du possible » (article 415 du Code civil) et le logement laissé à la disposition du majeur « aussi longtemps qu'il est possible » (article 426 du Code civil).

De telles expressions marquent aussi l'interdisciplinarité de la matière. Les textes du Code civil doivent s'articuler avec ceux du code de l'action sociale et des familles ainsi que du code de santé publique. Le lien entre toutes les lois depuis celle du 2 janvier 2002<sup>31</sup> inscrit la protection de la personne à travers les différentes sphères juridiques issues du droit civil, du droit pénal, médico-social ou social. Par exemple, le mot accompagnement est directement utilisé pour désigner une institution civile « la mesure d'accompagnement judiciaire » (articles 495 et suivants du Code civil) qui est ordonnée par le juge lorsque la mesure sociale, précisément « la mesure d'accompagnement social personnalisé » a échoué (articles L. 271-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles). L'information au profit de l'utilisateur si chère aux dispositions médico-sociales et médicales fait l'objet unique d'un article du Code civil (article 457-1 du Code civil), les modalités devant être « adaptées à son état ». Idem pour la question de l'autonomie (article 415) et de décision personnelle éclairée (article 459 al. 2).

La loi du 5 mars 2007 s'inscrit ainsi dans la continuité des lois sociales et médico-sociales. Les liens sont nécessaires entre les règles juridiques (Code civil) et les règles relatives à l'action sociale et médico-sociale (code de l'action sociale et des familles). Le vocabulaire doit être compris dans cette logique d'interdisciplinarité et le texte juridique doit être interprété à travers ce prisme. Nul doute que la réciprocité est vraie et que les textes notamment du code de l'action sociale et des familles doivent aussi être envisagés par rapport à leurs éventuels prolongements judiciaires. Cette langue vivante permet d'adapter non seulement le texte de loi mais aussi l'interprétation qui peut en être donné au profit du justiciable<sup>32</sup> et au-delà de la personne elle-même. Il faut ainsi rappeler que le législateur a souhaité expressément inscrire la protection de la personne eu égard à sa dignité, le respect de ses libertés individuelles et ses droits fondamentaux (article 415 du Code civil).

### 3. Un nouveau mode de protection qui s'impose par l'introduction d'une exigence de respect des droits de la personne.

En posant tout à la fois une exigence de protection des personnes et de leurs biens lorsque leur état ou leur situation le rend nécessaire, et une exigence de respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux, de la dignité de la personne et de son autonomie, le législateur de 2007 a insufflé une dynamique nouvelle. Il ne s'agit plus seulement de prendre acte des altérations plus ou moins lourdes qui frappent les personnes mais bien de les accompagner en favorisant autant qu'il est possible l'expression et le développement des capacités qu'il leur reste. Ces principes forts, inscrits

<sup>31</sup> Loi 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JORF 3 janvier 2002, p. 124.

<sup>32</sup> G. Cornu, *Op. cit.*, p. 3 et s.

dans l'article 415 du code civil, se déclinent dans tout le mécanisme de la protection juridique autour de la recherche constante de l'expression de la volonté des personnes.

**Proportionnalité des mesures de protection aux besoins de la personne et prévalence de l'expression de sa volonté.** La protection juridique, au sens de la loi du 5 mars 2007, implique que la personne souffrant d'altérations de ses facultés mentales et/ou physiques soit en situation de besoin. Si tel n'est pas le cas, par exemple parce qu'elle a pris des dispositions par anticipation qui la protègent suffisamment, l'organisation d'une mesure pourra ne pas être nécessaire. Dans tous les cas, si une mesure de protection est mise en place, elle doit être adaptée de façon précise et proportionnée à l'état de santé de la personne. Dans cette logique, le juge déterminera son niveau pouvant décider d'une protection sans incapacité juridique (la sauvegarde de justice), d'une simple protection des biens, revenus et charges, ou d'une simple protection de la personne, en particulier pour s'assurer du respect des droits fondamentaux par les tiers ou par les proches. Cette dernière mesure est, en pratique, plus rare mais elle intervient par exemple pour permettre la désignation d'un mandataire à la personne qui aura ainsi un statut officiel et sera l'interlocuteur du médecin ou du directeur d'établissement. Le juge a donc la possibilité de ne prévoir qu'un mode de protection sans aller jusqu'à une protection complète, la question des actes dits mixtes surgissant de plus en plus dans la réalité des situations (par exemple sur le choix du logement). De plus, d'une manière tout à fait innovante, que ce soit pour une mesure de protection aux biens et/ou à la personne, la loi du 5 mars 2007 a intégré un corpus de règles originales rappelant l'autonomie du majeur protégé eu égard à ces décisions personnelles, obligeant ainsi les tiers à respecter son intime volonté.

L'autonomie de décision de la personne ne se détermine donc pas eu égard au degré de la mesure de protection mais en fonction de sa capacité à exprimer sa volonté. Que la personne protégée ait une assistance ou une représentation, qu'elle bénéficie d'une protection aux biens, associée ou non à la protection à la personne, elle garde par principe toute sa capacité d'exercice pour les décisions relatives à sa personne.<sup>33</sup> Cette prévalence de la volonté exprimée par la personne est accrue lorsque la protection est limitée aux biens dans la mesure où le curateur ou tuteur ne peut en principe pas intervenir, sauf pour les actes mixtes et sauf à faire une application large de son obligation d'apporter à la gestion du patrimoine de la personne « des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée » (article 496 alinéa 2). Et lorsque la protection vise la personne, le curateur ou le tuteur intervient, à titre exceptionnel, d'une manière encadrée et graduée, si l'état de la personne protégée ne permet plus à cette dernière de prendre seule ses décisions<sup>34</sup>.

Il faut donc apprécier, mesurer, adapter la situation de la personne dans le but de respecter au mieux l'intimité et l'autonomie de la personne protégée, sans exclure les cas dans lesquels il est parfois nécessaire d'agir pour elle. La loi du 5 mars 2007 appelle donc à bousculer les cadres pour entrer véritablement dans une approche humaine et un questionnement permanent. En effet, cette démarche prend en considération l'ensemble des valeurs marquant nos relations sociales<sup>35</sup>, mettant en exergue les conflits possibles entre elles<sup>36</sup> et, surtout, permettant de marquer une préférence pour telle ou telle dans l'intérêt prioritaire, sinon exclusif, de la personne protégée. L'intégrer dans le processus d'évaluation de la capacité de la personne à exprimer sa volonté permet surtout d'adapter la décision juridique à la singularité de sa situation. Puisque la curatelle ou la tutelle décidée pour elle suppose que sa capacité à consentir soit évaluée, il est fondamental que le juge, puis le curateur ou le tuteur prenne en considération toutes les valeurs mises en jeu. Il s'agit ici de déterminer un

<sup>33</sup> Articles 458 et 459 du Code civil.

<sup>34</sup> Encore faut-il réserver cette intervention pour certaines décisions, celles dont le consentement est strictement personnel (article 458 du Code civil) ne peuvent être l'objet ni d'une assistance ni d'une représentation.

<sup>35</sup> Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, 3<sup>ème</sup> éd., Défrénois, coll. Droit civil, n°25.

<sup>36</sup> P. Ricoeur V<sup>o</sup> « Éthique », in *Encyclopaedia Universalis*, 2012 ; *Éthique et droit*, F. Dermange et L. Flachon (ss dir.), Labor et Fides, coll. Le champ éthique, n°38, 2002.

processus de réflexion vigilant parce que la décision est pour autrui et relève du champ de l'intime. Il s'agit de s'astreindre à une procédure intégrant des éléments permettant alors de trancher un conflit de valeurs dans le cadre juridique posé par les textes. La décision de la personne protégée ou celle posée pour elle sera d'autant plus légitimée : la plus juste possible conformément au cadre juridique appliqué, à la personnalité et la volonté de la personne.<sup>37</sup>

Cette démarche et ce questionnement éthique doivent ainsi être partagés à la fois par le juge, les proches et le représentant de la personne protégée<sup>38</sup> dans plusieurs champs d'appréciation. Tout d'abord, la capacité de la personne protégée à exprimer sa volonté doit être déterminée. Ensuite, la manière dont l'expression de la volonté opère est évaluée, parfois de manière délicate notamment lorsqu'elle n'est pas verbale. Enfin, la recherche du consentement aux actes envisagés pour la personne protégée peut s'avérer, dans d'autres circonstances, vaine, supposant alors de mettre en œuvre un processus de substitution. Ce questionnement permanent permet ainsi d'atteindre l'équilibre et la proportionnalité tant recherchés par le législateur<sup>39</sup>. Il oblige celui qui agit aux côtés ou à la place de l'autre à mesurer les conséquences et agir pour le mieux dans l'intérêt de la personne protégée. Il s'inscrit donc utilement dans le cadre juridique posé par la loi du 5 mars 2007.

**Expression d'une décision personnelle ou recueil de l'expression d'une volonté ?** La démarche évoquée précédemment sera de nature différente selon que la personne protégée est en capacité d'exprimer un choix, un consentement aux actes proposés ou selon qu'il n'est plus possible pour elle de prendre une décision personnelle éclairée en raison de son absence de discernement. Les premiers cas renvoient aux décisions personnelles visées par les articles 458 et 459 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil et à la notion d'« expression de la volonté circonscrite » afin de vérifier sa capacité à consentir à l'acte<sup>40</sup>, notion classique du droit des obligations. Si le Code civil ne la définit pas, les lois contemporaines en précisent les qualités attendues. Souvent, le consentement est présenté comme devant être libre et éclairé<sup>41</sup>. Ce consentement est ainsi imposé dans plusieurs textes que ce soit pour les décisions de la personne protégée relevant de sa vie privée, d'ordre médical ou social. De manière plus originale, le législateur de 2007 a introduit pour les personnes protégées une distinction originale entre les actes strictement personnels ou simplement personnels. Ainsi, placé symboliquement en tête des actes concernés, l'article 458 du Code civil vise les actes « dont la nature implique un consentement strictement personnel ». A ses côtés, l'article 459 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil pose en principe que « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet », tout en réservant le cas où « l'état de la personne ne lui permet pas de prendre seule une décision éclairée. » Il en est de même pour le lieu et les relations personnelles de la personne dans la mesure où l'article 459-2 du Code civil précise qu'elle les choisit librement, le juge ou le conseil de famille ne statuant qu'en cas de difficulté. Ces dispositions déterminent de nouvelles réflexions. Non seulement l'expression de la volonté de la personne protégée doit être

<sup>37</sup> Cf. *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles, Le questionnement éthique dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux, octobre 2010, §2-2, p. 19.

<sup>38</sup> La formation imposée par la loi nouvelle doit prévoir une formation relative à l'éthique au titre des items du domaine de formation 4 notamment à propos des limites de l'intervention du mandataire ou encore de la construction du projet tutélaire, cf. arrêté de formation du 2 janvier 2009 relatif à la formation complémentaire préparant aux certificats nationaux de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de délégué aux prestations familiales, *JORF* n°0012 du 15 janvier 2009 page 820 texte n° 27.

<sup>39</sup> Cf. la solitude évoquée par les professionnels dans les décisions délicates devant être prises dans l'intérêt du majeur protégé : L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, « réforme de la protection des majeurs : premier bilan », *AJ Famille* 2012, p. 119.

<sup>40</sup> Article 1108 du Code civil : « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige (...) ».

<sup>41</sup> Article 459 du Code civil : « (...) lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée (...) ».

recherchée : le style impératif de la loi ne laisse aucun doute sur cette démarche. Mais, dans certaines circonstances, elle seule compte. A la lecture des dispositions, nous constatons qu'ils visent les actes importants de la vie identitaire et la vie familiale de la personne protégée mais il revient actuellement à la jurisprudence de déterminer, au fur et à mesure des recours, les actes concernés par cet article 458 du Code civil.

Le poids décisionnel conféré aux juges est donc particulièrement important car de leurs décisions dépend l'étendue de la capacité naturelle de la personne protégée mais aussi la possibilité d'un tiers d'agir pour lui dans son intérêt. En effet, dans la mesure où l'article 458 du Code civil rend inefficace tout mécanisme de substitution, la qualification d'actes strictement personnels peut priver la personne protégée de mécanismes juridiques utiles lorsqu'elle n'exprime aucune volonté ou qu'il est impossible de l'interpréter. Pour preuve le débat relatif au consentement de la personne protégée à sa propre adoption. Sous l'empire de la loi ancienne, les juges avaient décidé qu'il était impossible de pallier l'absence de consentement, empêchant ainsi une personne protégée de bénéficier d'une adoption simple.<sup>42</sup> Une réponse ministérielle a confirmé cette position dans le cadre de loi nouvelle<sup>43</sup>. Même s'il est dans l'intérêt de la personne protégée de bénéficier de ce mécanisme juridique, il n'est possible d'y recourir que si la personne protégée exprime son consentement sans qu'il n'y ait d'interprétation possible. La prudence s'impose, le conflit de valeurs est latent en cette matière, la réflexion éthique sous-jacente à ce conflit trouve ici toute sa place. Il appartient donc aux juges d'être vigilants pour circonscrire les actes relevant de l'article 458 du Code civil.

La gradation apparaît en revanche lorsque le consentement est « simplement » personnel, par opposition au consentement « strictement » personnel. Dans ce sens, si l'article 459 du Code civil pose en principe que la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne, il introduit immédiatement une nuance obligeant à rechercher si la personne protégée peut ou non « prendre seule une décision personnelle éclairée. » Il est alors nécessaire de le rechercher.

Cette recherche spécifique, comme celle d'un consentement valable au sens du Code civil, est imposée par le législateur qui a souhaité que le tiers s'interpose le moins possible dans les décisions personnelles de la personne protégée. Mais les outils nécessaires à l'appréciation du consentement sont actuellement insuffisants, comme la manière dont il est recueilli et par qui. De surcroît, comment exactement traduire l'expression verbale de la personne ? Une personne protégée qui consentirait à tout, exprimerait-elle un véritable consentement ? Comment traduire le consentement ou le refus non verbal alors que nous savons qu'il est possible de prendre en compte l'expression du corps, les symptômes cliniques comme des problèmes soudains de santé ou des pleurs laissant comprendre un refus ou un malaise ?<sup>44</sup> Le recueil de consentement ou de la volonté de la personne est constitué par un faisceau d'indices permettant de comprendre le sens donné par la parole mais aussi le geste ou le corps.

**Un questionnement éthique qui s'impose pour les décisions personnelles en l'absence de discernement de la personne protégée.** Lorsque l'absence de discernement empêche la personne protégée de communiquer et d'exprimer une quelconque volonté, son intérêt doit être protégé. Le législateur a prévu un mécanisme particulier pour les décisions « simplement » personnelles relevant des articles 459 et suivants du Code civil. La loi vise un état ne permettant plus à la personne protégée de prendre seule une décision personnelle éclairée. Il faut à tout le moins que le juge ait envisagé une protection à la personne, souvent d'ailleurs associée à une protection aux biens. Cela

<sup>42</sup> Cass. Civ.1, 8 octobre 2008, *RTDCiv 2008*, p. 655, obs. J. Hauser.

<sup>43</sup> Réponse ministérielle n°08660, *JO Sénat* 8 octobre 2009, p. 2369.

<sup>44</sup> D. Tacnet Auzzino, « la place du consentement de la personne âgée lors de l'entrée en EHPAD », *Gérontologie et société*, 2009/4, n°131, pp. 91-121 et D. Thorez *et al.*, « le libre choix du patient dément en institution », *Gérontologie et société*, 2009/4, n°131, pp. 131-146.

ne suffit pas, il est nécessaire d'une part, que l'absence de discernement soit appréciée et, d'autre part, qu'elle soit supplée.

La réflexion éthique est fondamentale pour permettre d'apprécier l'état de la personne rendant impossible l'expression d'une volonté libre et éclairée. Cette capacité doit être appréciée par le juge à partir des éléments donnés par le requérant lorsqu'il apparaît que l'état de la personne doit être déterminé dès l'instruction de la mesure de protection. Si la personne est déjà sous curatelle ou tutelle et qu'il faut étendre la protection, les éléments seront donnés par le curateur ou le tuteur. Le contrôle du juge sur ces éléments est nécessaire et doit intervenir dans une interprétation stricte. Parce qu'un tiers peut prendre une décision intime pour autrui, la protection doit être limitée dans l'espace de cette substitution. Mais aussi parce que l'absence de discernement est fluctuante, ce qui peut être le cas notamment pour certains handicaps mentaux, la nouvelle protection doit être limitée dans le temps.

En effet, l'article 459 du Code civil procède à une gradation très utile, qui est d'ailleurs l'outil même de la proportionnalité de la mesure de protection. Le législateur a exclu tout effet de seuil opposant une volonté seulement exprimée par le majeur à, dans l'autre versant, une représentation totale donnant tout pouvoir au représentant légal. Concrètement, une personne sous protection pourra être assistée ou représentée pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne mais le juge peut aussi énumérer certains d'entre eux afin de déterminer le champ d'application de cet accompagnement juridique. De plus, une personne sous curatelle ne peut qu'être assistée pour ces décisions personnelles. Le mécanisme gradué prend toute son ampleur lorsque le législateur prévoit, dans l'alinéa 2 de cet article 459 du Code civil que la personne sous tutelle pourra bénéficier d'une simple assistance si le juge l'estime suffisante à protéger ses intérêts, la décision du juge des tutelles portera alors soit sur des actes particuliers ou sur un accompagnement général. Le législateur a cherché à offrir au majeur protégé une protection ciselée. Il donne ainsi au juge des outils pour adapter au mieux la protection de la personne dans le respect de son intimité. Cela suppose de connaître au mieux la personne et de pouvoir trancher les conflits de valeurs la concernant. C'est ici encore que la réflexion éthique prend tout son sens sur le principe même d'une protection plus accrue encore de la personne protégée mais aussi sur les décisions qui seront supplées.

Il s'agit alors de vérifier jusqu'où la protection doit s'appliquer et de s'assurer de la stricte nécessité d'intervenir à l'égard de la personne du majeur protégé. Le contrôle du juge se poursuit donc au-delà de l'appréciation de l'état de la personne à prendre une décision éclairée. Il lui appartient de donner ou non son autorisation lorsque la décision envisagée par le tuteur ou le curateur aura pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée. Le législateur ayant réservé le cas où la personne protégée a un comportement dangereux pour elle-même, le curateur ou le tuteur a la possibilité d'agir seul en prenant « les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger » et doit en informer sans délai le juge.

L'article 459 du Code civil dévoile ainsi des notions flexibles permettant de s'adapter à chaque situation. Tous les aspects de la vie de la personne seront ainsi envisagés, notamment en interpellant les personnes connaissant le mieux la personne protégée. Mais cette flexibilité appelle aussi à la vigilance et à une réflexion commune sur la notion d'actes graves portant atteinte à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée, sur celle de comportement mettant en danger la personne protégée elle-même. En ce sens, afin de s'adapter mais aussi d'uniformiser les pratiques, les comités et les procédures internes mis en place dans les établissements<sup>45</sup> répondent à cette démarche

<sup>45</sup> *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles, Le questionnement éthique dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et

éthique. Le temps de cette réflexion œuvre ainsi pour l'intérêt du majeur protégé. Plus encore, des questions fondamentales de droit des personnes, de libertés individuelles et de dignité doivent être posées sur les conditions d'application des dispositions du code civil relatives à la personne et sur leur articulation avec le code de la santé publique d'une part et avec le code de l'action sociale et des familles d'autre part, que l'article 459-1 du code civil réserve laissant béantes les nombreuses contradictions ainsi suscitées dans l'application.

L'accès au droit pour ces personnes si vulnérables, et le respect de leurs droits fondamentaux, doit passer par une simplification des procédures, du champs lexical afin que se déploient tous les items pertinents et solidaires de cette loi de protection des personnes dans un souci d'éthique des pratiques de responsabilité pour autrui rendu vulnérable par sa maladie ou son handicap mais jamais de façon globale. Nous savons, intuitivement, qu'il subsiste toujours une capacité en chacun. Une « **capabilité** » ou « **capacité** » ou « **liberté substantielle** » qui est la possibilité effective qu'un individu a de choisir diverses combinaisons de fonctionnements, autrement dit une évaluation de la liberté dont il jouit effectivement, au sens d'Amartya Sen (prix Nobel d'économie).

### C. Un décentrage nécessaire des pratiques françaises.

La volonté de sortir des logiques et des représentations habituelles nous a conduits à ouvrir notre réflexion sur d'autres modèles, européens et anglo-saxons. Le format de ce rapport limitera la démarche comparative à l'approche anglo-saxonne, plutôt pragmatique qui est de plus en plus prégnante et privilégie le « person centered planning »<sup>46</sup>. Cette démarche de « planification centrée sur la personne » consiste à valoriser la participation des individus spécifiquement pour qu'ils soient, le plus possible, acteurs concrètement de leur inclusion sociale, en défiant ainsi l'éventuelle risque de « dévaluation »<sup>47</sup> qui est faite de leurs capacités.<sup>48</sup> Cette « réflexion par anticipation des choix à partir de la personne » plutôt qu'à partir du système, tente de faire face aux systèmes, institutions ou services qui, traitant des problèmes d'exclusion sociale, limitent forcément le pouvoir d'action des personnes, « dévalorisent » les personnes de manière non intentionnelle et peuvent parfois aggraver l'aliénation sociale et relationnelle des personnes fragilisées. Cette philosophie d'action est inspirée d'une réflexion plus large sur le handicap mental, les déficiences intellectuelles ou, ce que les Américains nomment, les « developmental disabilities ». Inspiré notamment des théories sur les « capabilities » et plus généralement d'une vision relationnelle des obstacles à la capacité, non imputables à la personne, ce cadre d'analyse rappelle aussi la définition relationnelle des personnes handicapées telle qu'elle ressort de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.<sup>49</sup> Il s'agit davantage de réfléchir à la manière d'agir et aux outils dans la gestion des

---

services sociaux et médico-sociaux, octobre 2010. Les procédures mises en place permettent à des comités d'éthiques d'envisager des problématiques particulières et de renvoyer des questionnements ou des propositions aux personnels des établissements (suggestion de formation, guide pour bénéficier d'informations relatives à la situation posée).

<sup>46</sup> Taylor, S., Racino, J., Knoll, J., & Lutfiyya, Z. The nonrestrictive environment: On community integration for persons with the most severe disabilities. Syracuse, NY: Human Policy Press 1987; Sanderson H. Lewis J., A Practical Guide to Delivering Personalisation; Person-Centred Practice in Health and Social Care. London; Jessica Kingsley Publishers 2012; Helen Sanderson, **Jeanette** Thompson, Jackie Kilbane; The Emergence of Person Centred Planning as Evidence Based Practice (2006) Journal of Integrated care Vol 14, Issue 2 2006.

<sup>47</sup> « Dévaluation » au sens où l'évaluation de la capacité semble réduire la valeur ou le statut des personnes

<sup>48</sup> A. Frank Johns, PERSON-CENTERED PLANNING IN GUARDIANSHIP: A LITTLE HOPE FOR THE FUTURE, Utah L. Rev. n°2 2012, p. 1541

<sup>49</sup> Article 1 de la Convention de 2006 : « par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables **dont l'interaction avec diverses**

capacités plutôt qu'à un débat sur les contours de la capacité.

Or traditionnellement, les régimes de protection font partie d'un système dans tous les pays : il existe une procédure devant les tribunaux, une définition de l'incapacité, une contribution d'experts médicaux et un choix ou un non choix de régimes de protection. Au lieu de travailler « avec » la personne, les régimes de protection travaillent « pour » la personne. C'est une démarche qui met en exergue davantage le processus de « valorisation » de la personne plutôt qu'une vision plus classique en droit de « promotion » de la personne à travers la consécration de ses droits comme le prône la loi de 2007: l'objectif n'est pas que la protection est importante *pour* la personne comme l'exige la prise en charge par la protection sociale et le milieu médical mais il est important *de faire* telle, telle action car l'individu estime que c'est important. Cette méthode d'appréhension de la personne est indissociable d'une cartographie des relations<sup>50</sup> auxquelles la personne est attachée puisque cette pro-activité de la personne dépend évidemment aussi de sa perception de son entourage et de la possibilité d'exprimer ses souhaits en amont ; elle implique forcément des étapes, des outils, des guides qui sondent la façon dont les personnes aidantes ou celles qui apprécient la capacité de façon plus formelle (juge, médecin, famille, tuteur), instaurent une dialectique sur les capacités d'agir de ceux qu'ils accompagnent et croisent leurs différentes perceptions de cette capacité fonctionnelle à entrer en relation. Dans la perspective d'une détermination de l'incapacité, cette démarche privilégie avant tout les capacités restantes (ou le potentiel) pour tisser des liens quel qu'en soit la nature. Dans cet esprit, l'aptitude à consentir et la qualité du consentement sont forcément relatives en fonction des situations et de l'environnement relationnel de la personne.

Cette contextualisation qui est au centre de la construction, l'application et l'interprétation du droit des incapacités aux Etats-Unis se retrouve à la fois dans le contrôle judiciaire américain des droits fondamentaux et dans une mise en perspective du processus de qualification de l'incapacité. S'il ne saurait être question d'en faire un modèle transposable, les ouvertures qu'il génère incontestablement dans nos modes habituels de raisonnement et d'approches doivent nous interpeler.

L'analyse comparée, notamment avec des pays de *common law*, est utile lorsqu'elle permet, en regardant ailleurs, de mieux comprendre son propre système juridique et permet d'offrir une critique constructive<sup>51</sup> malgré les différences de tradition juridique. Alors que le droit des personnes paraît être une matière très sensible au contexte national, le prisme de la personne et de l'éthique de sa protection revêt un caractère universel et les évolutions sociales telles que le vieillissement de la population ou une prise en compte plus globale des relations à la source des différentes formes de vulnérabilité<sup>52</sup> constituent des défis communs dans une majorité des pays occidentaux. En effet, aujourd'hui, certaines notions juridiques et non juridiques sont transnationales ; elles sont liées à la mise en œuvre des droits « humains » ainsi que des standards d'appréciation judiciaire, circulant<sup>53</sup>

---

**barrières peut faire obstacle** à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres. » ; V. aussi article 12

<sup>50</sup> « mapping relationships »

<sup>51</sup> Sur l'intérêt de la fonction critique du droit comparé : « une meilleure connaissance de soi-même que favorise le regard porté sur l'autre V. H. Muir Watt, La fonction subversive du droit comparé R.I.D.C. 2000, p. 518 ; G. Frankenberg, Critical comparisons : rethinking comparative law, Harvard International Law Journal vol. 26 1985, p. 411

<sup>52</sup> La notion de vulnérabilité est toute relative et dépend de sa perception. Il existe le risque de favoriser une définition trop normative de la vulnérabilité V. « Sont ainsi des personnes vulnérables celles qui, dans une situation pathologique ou hors norme, ne sont de fait pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés. », X. Lagarde, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation Rapport Annuel de la Cour de cassation 2009, p. 59

<sup>53</sup> Sur le concept de circulation du droit, V. les travaux de R. Sacco : P. Legrand, « Questions à Rodolpho Sacco, RIDC 1995, n°4, p. 943

d'un pays à l'autre, dans un contexte de quête des droits fondamentaux<sup>54</sup>, qui sont réappropriés et enrichis selon les cultures juridiques nationales.<sup>55</sup> Au-delà d'une réflexion sur le fond à propos de l'évolution ou l'interprétation du droit, la question de l'éthique et de la protection de la personne pose la question de l'accès au droit des personnes fragilisées. Dans une perspective plus globale, le défi propre à l'accès au droit pose une question plus générale sur les individus en relation : quelles sont les conditions individuelles et systémiques<sup>56</sup> de la pleine participation<sup>57</sup> à la société des personnes marginalisées, compte tenu de la perception de leur vulnérabilité<sup>58</sup> aux différentes étapes de la vie ? Tout individu est potentiellement vulnérable. Cette conjecture plus large insère l'accès au droit dans une démarche où, à la fois les règles et les institutions, jouent un rôle majeur pour comprendre les rapports complexes entre l'accès effectif au droit et l'effectivité des droits. Ce cadre d'analyse exige de diversifier la façon dont on peut penser l'usage collectif du droit, la traductibilité du droit, la transparence du droit par la confection de guides d'appropriation à l'instar des Etats-Unis et du Royaume Uni, afin de permettre à l'ensemble des personnes, le cas échéant de façon anticipée, de se saisir du droit de façon efficiente, valorisante et interactive : l'aspiration à une éthique de la protection de la personne s'inscrit dans un mouvement plus global que certains nomment le « **legal empowerment** ».<sup>59</sup> Deux échelles d'analyse, individuelle et systémique, sont privilégiées pour comprendre l'intérêt des travaux et certaines initiatives américaines en matière de capacité. La construction de guides d'appropriation du droit permet de relier la grille de lecture individuelle à la portée et l'interprétation plus globale des normes qui favorisent l'accès au droit pour l'ensemble des acteurs juridiques et sociaux.

<sup>54</sup> Sous l'impulsion également du droit européen (droit de l'Union européenne et droit conventionnel), V. M. Mercat-Bruno, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Dalloz 2013, p. 7

<sup>55</sup> Sur l'évolution des Etats et le processus juridique transnational, « on peut distinguer effectivement deux façons de définir le droit transnational plus ou moins restrictivement: la première définition plus étroite du droit transnational renvoie au droit qui s'intéresse aux événements et activités transnationales (ces situations transnationales mobilisent plus la recherche d'une compétence juridictionnelle ou d'un champ de compétence nationale (le droit transnational qui s'applique aux situations transnationales). Mais de plus en plus d'études s'intéressent au droit transnational en termes de catalyseur de changement, d'évolution des normes à l'intérieur même d'un système juridique. A l'aune de cette deuxième conception, le droit transnational vise des normes juridiques qui sont exportées ou importées en traversant les frontières et impliquent des réseaux internationaux, des institutions internationales et régionales qui aident à les construire, les interpréter ou les comprendre », peu importe les questions d'applicabilité des normes ou de compétence des juridictions : « c'est le droit transnational comme construction transnationale et comme flux d'idées », de circulation des normes juridiques reprises et adaptées par le législateur ou le juge national afin d'éclairer leur raisonnement et leur argumentation sur des questions de droit complexes ou en mutation, V. G. Schaffer, *Transnational legal process and state change*, *Law and social inquiry* 2012, p. 1

<sup>56</sup> Cette analyse systémique qui s'affiche en tant que telle est plus courante dans d'autres pays, V. généralement M-T. Chicha-Pontbriand, *Discrimination systémique-Fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Commission des Droits de la Personne du Québec, Ed. Yvon Blais 1989

<sup>57</sup> Dans l'optique internationale de la prise en compte des « capacités », V. M ; Nussbaum, *Frontiers of Justice* Harvard University Press 2006, p. 281,

<sup>58</sup> Pour une vision plus institutionnelle et moins stigmatisante de la vulnérabilité, V. M. Fineman, *The vulnerable subject : anchoring equality in the human condition*, *Yale Journal of Law and Feminism* Vol. 20 2008, p. 1

<sup>59</sup> Définition du « Legal empowerment » d'inspiration internationale : l'objectif est de valoriser la capacité des individus à faire face à l'exclusion, la pauvreté notamment par leur appréhension du droit. Quatre piliers sont souvent rappelés : l'accès à la justice et à la règle de droit, le droit de propriété, le droit du travail et le droit de l'entreprise dans son volet, accès à l'entrepreneuriat. V. les réflexions de l'ONU sur le sujet depuis 2009 : [http://www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/democraticgovernance/focus\\_areas/focus\\_justice\\_la\\_w/legal\\_empowerment.html](http://www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/democraticgovernance/focus_areas/focus_justice_la_w/legal_empowerment.html).

## 1. Echelle individuelle d'analyse :

Comme nous l'avons souligné en introduction, il existe dans le champ de la protection des personnes, une approche anglo-saxonne pragmatique qui privilégie le « person centered planning » et qui valorise la participation des personnes. Cette démarche privilégie avant tout les capacités restantes (ou le potentiel) pour tisser des liens quel qu'en soit la nature. Dans cet esprit, l'aptitude à consentir et la qualité du consentement sont forcément relatives en fonction des situations et de l'environnement relationnel de la personne.

Cette « contextualisation » qui est au centre de la construction, l'application et l'interprétation du droit des incapacités aux Etats-Unis se retrouve à la fois dans le contrôle judiciaire américain des droits fondamentaux et dans une mise en perspective du processus de qualification de l'incapacité.

**L'incidence des droits fondamentaux sur le droit des incapacités :** Les mesures de protection sont présumées beaucoup plus intrusives aux Etats-Unis. L'ambivalence des mesures de protection qui sauvegardent les intérêts des majeurs tout en limitant leur possibilité d'exercer des droits selon l'altération de leurs facultés mentales et parfois physiques est moins caractéristique du discours sur la portée du droit américain des incapacités. Même si dans le droit de chaque Etat fédéré qui encadre de façon souveraine les régimes de protection, selon le concept de *parens patriae*, l'Etat veille à la prise en charge des personnes incapables comme un « père », les mesures de protection sont perçues comme une restriction des droits fondamentaux, fortement mobilisée dans la clause « due process » du 14<sup>ème</sup> amendement à la Constitution. En effet, toute personne ne peut faire l'objet d'une atteinte à sa liberté sans garanties procédurales. Le contrôle de constitutionnalité irrigue l'ensemble du droit privé dont le droit des incapacités et en modifie souvent sa teneur et son interprétation. Le législateur de chaque Etat et les juges doivent constamment concilier les droits fondamentaux de la personne avec ses besoins au sens large, son autonomie avec la nécessité de bienfaisance enfin le droit à l'auto-détermination de la personne avec sa protection.

Cette préoccupation forte du juge pour le respect des droits fondamentaux aboutit à l'application d'un standard d'appréciation rigoureux appliqué à l'ensemble du droit des tutelles : le juge recherche toujours « l'alternative la moins restrictive de libertés<sup>60</sup> » dans l'ensemble de son travail d'interprétation et d'application du droit. Ainsi dans le choix de la mesure, le juge privilégie d'abord les alternatives à la tutelle, dénommée souvent tutelle limitée,<sup>61</sup> l'élaboration éventuelle d'une procuration, la création possible d'un trust selon le niveau de patrimoine, l'adoption d'une mesure d'accompagnement judiciaire pour la gestion des prestations sociales<sup>62</sup> ou la préférence accordée à un mandat de protection future<sup>63</sup> : cette démarche nous rappelle l'équivalent français dans le code civil de la recherche de la mesure nécessaire, subsidiaire et proportionnée inscrite dans la loi de 2007.<sup>64</sup> Si un tuteur est choisi, le juge ne doit accorder qu'une responsabilité subsidiaire, que les missions et pouvoirs qu'un individu n'est pas capable d'exercer. La quête judiciaire du « sur mesure » en fonction de la personne sous protection peut préciser un cahier des charges pour sauvegarder sa marge de manœuvre, ses libertés et sa faculté déjà restreinte d'autonomie. Par exemple, le majeur doit, dans la mesure du possible, choisir son lieu de vie, gérer un pécule, prendre des décisions sur ses compagnons ou compagnes de chambre et ses visiteurs si sa prise en charge est institutionnelle, gérer son emploi du temps, entretenir des relations personnelles de son choix et, le cas échéant, pratiquer sa religion.

<sup>60</sup> « less restrictive alternative »

<sup>61</sup> Limited guardianship

<sup>62</sup> Representative payee

<sup>63</sup> Le dispositif ressemble à celui adopté en France mais il concerne seulement le consentement à l'acte médical

<sup>64</sup> Article 428 du Code civil, précité

Mais cette posture du juge est également reprise par d'autres acteurs de la tutelle. La personne en charge de la mesure (si c'est le tuteur) doit chercher le plus possible à représenter<sup>65</sup> le majeur en étant le plus fidèle à l'expression de sa volonté ou ses choix par substitution<sup>66</sup>, au lieu de simplement « agir dans son intérêt » et substituer son propre jugement à celui du majeur dans une optique protectrice de recherche « d'intérêt supérieur », plus paternaliste<sup>67</sup>. Enfin, quant au choix du tuteur, il est évidemment « intuitu personae » : la préférence du majeur dans la désignation du tuteur prime souvent et la priorité familiale ne va pas de soi : elle dépend effectivement des Etats (voir l'étude distincte).<sup>68</sup>

En raison de nombreux abus à l'encontre des personnes âgées, même une fois couvertes par une mesure de protection, dont la fréquence a été dénoncée dans la presse américaine depuis un reportage clé de 1987<sup>69</sup>, environ 2/3 des Etats ont modifié leurs lois. Ainsi, le panorama global du droit des incapacités se caractérise par un discours de méfiance intrinsèque des juges de tout abus de pouvoir des tuteurs et toute restriction non justifiée ou excessive des libertés du majeur sous couvert du régime de protection. La jurisprudence reflète cette tendance dans l'exégèse des dispositifs même si, en pratique, les décisions sont plus ou moins rigoureuses sur ce point selon les Etats.<sup>70</sup>

On retrouve une même précaution aux Etats-Unis pour restreindre les contours de l'incapacité par des définitions de cette notion. Elles sont souvent empreintes de relativisme de peur de céder à l'arbitraire d'une seule appréciation par le juge qui évalue l'altération des facultés de la personne à la lumière de l'expertise médicale et les données sociales.

**Mise en perspective de la qualification de l'incapacité :** La crainte américaine de restreindre excessivement l'exercice des droits d'une personne protégée au détriment de ses droits fondamentaux a permis à ceux qui voulaient réformer le droit des incapacités<sup>71</sup> de soutenir une notion plus fonctionnelle de l'incapacité selon l'acte du majeur qui doit être accomplie (acte patrimonial, acte personnel). En fonction des actes à exécuter, l'idée est de cerner clairement les différentes aptitudes du majeur qui doivent tenir compte de la partialité des différentes expertises mobilisées (évaluation médicale, cognitive ou sociale). En effet, aucune démarche globale de l'appréciation de l'incapacité ne peut réellement rendre compte de l'état du majeur en constante évolution dynamique ; la mesure de protection choisie doit tenir compte du fait que la plupart du

<sup>65</sup> "substituted judgment standard of decision making » plutôt que la recherche des meilleurs intérêts/"best interest" standard

<sup>66</sup> Parfois le tuteur utilise un mode de représentation hybride (parfois il cherche à être fidèle exactement aux souhaits du majeur et à défaut de volonté exprimée clairement pour d'autres décisions, il cherche l'intérêt du majeur tel qu'il le présume (V. Code d'éthique des tuteurs)

<sup>67</sup> Ce standard nous rappelle « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

<sup>68</sup> Le tuteur peut être un membre de la famille, un proche, tuteurs professionnels privés, une organisation privée à but non lucratif ou lucratif ou un tuteur d'Etat

<sup>69</sup> Fred Bayles & Scott McCartney, *Lack of Safeguards Leaves Elderly at Risk*, in *Guardians of the Elderly: An Ailing System*, AP Special Report (Sept. 1987), in *ABUSES IN GUARDIANSHIP OF THE ELDERLY AND INFIRM: A NATIONAL DISGRACE* 13, 31-32 (H.R. Comm. Print 100-639, 1987)

<sup>70</sup> Par exemple, la jurisprudence selon les Etats dénoncent des abus de pouvoir grâce aux tuteurs : *Shears v. Myers*, 280 P.2d 552 (Alaska 2012), ou à l'encontre du tuteur : *Conservatorship of Guinn v. Lucido*, 2012 WL 3644815 (Calif. App. Aug. 26, 2012)

<sup>71</sup> Action de l'American Association of Retired Persons (AARP), de l' American Bar Association Commission on Law and Aging, du National Senior Citizens Law Center, Conférence en 1988 National Guardianship Symposium (Wingspread), Conférence Nationale en 2001 (Wingspan), Third National Guardianship Summit en 2011 avec la National Guardianship Association et création de Wings (Working Interdisciplinary Networks of Guardianship Stakeholders), V. aussi General Accounting Office Report on guardianship (2004), auditions en 2003 de la US Senate Special Committee on Aging, création en 2008 du Center for Elders and the Courts....

temps, le majeur adulte, quel que soit son âge, n'est pas **incapable** mais il est **incapable de...** faire un acte ou plusieurs actes. Pour écarter toute évaluation qui aboutit à une solution du « tout ou rien », capable ou incapable, le juge doit privilégier quatre types d'informations en les pondérant, les combinant, selon l'importance variable que chaque Etat leur accorde : il s'agit des données médicales sur l'altération des facultés mentales mais parfois physiques (impossibilité d'exprimer sa volonté), l'appréciation cognitive (faculté de comprendre, discerner et réagir aux informations recueillies), l'appréciation fonctionnelle qui englobe la capacité d'accomplir concrètement un acte selon l'environnement et le contexte et enfin l'incidence du risque physique que court l'individu s'il exerce le droit seul. Lors de leur qualification de l'incapacité, les juges tiennent également compte des « valeurs et préférences » des majeurs et des moyens de valoriser la « capacité restante » du majeur.<sup>72</sup>

Cette prudence dans la formulation de la définition de l'incapacité se retrouve dans le modèle uniforme de loi sur le droit des incapacités, élaboré au niveau national, dont peut s'inspirer un Etat dans l'élaboration ou l'évolution de son dispositif juridique propre : selon l'UGPPA<sup>73</sup>, « une personne incapable est un individu qui, pour des raisons autres que la minorité, n'est pas apte à recevoir ou évaluer une information ou prendre des décisions ou les communiquer au point où il n'arrive pas à satisfaire certaines exigences pour sa santé physique, sa sécurité, et ses soins de manière plus globale, même avec une aide technique.»<sup>74</sup> La définition implique une gradation, une relativité de l'incapacité selon les individus avec une mise en exergue des aptitudes cognitives sans référence à un diagnostic médical ou social précis. La jurisprudence confirme la nécessité d'avoir des faits précis relevés qui prouvent l'incapacité<sup>75</sup> et l'hypothèse de restaurer la capacité d'une personne incapable est désormais plus souvent envisagée.<sup>76</sup> Selon les Etats, cette définition se décline différemment. Par exemple, dans le New Jersey, tout en se relativisant la notion d'incapacité, la référence à l'état de santé est plus forte : « un individu incapable est un individu qui souffre d'une inaptitude liée à une maladie mentale ou une déficience mentale au point où il n'a pas la capacité de s'occuper de sa personne ou de gérer ses biens. Une personne incapable désigne également une personne souffrant d'une maladie physique, d'un recours chronique aux stupéfiants, à l'alcool ou d'une autre cause (sauf la minorité) au point où il n'a pas la capacité suffisante de s'occuper de sa personne ou de gérer ses biens. »<sup>77</sup> Cette définition du New Jersey prend en compte d'autres causes d'incapacité comme l'alcoolisme mais en tempérant toujours par une appréciation de l'étendue de l'incapacité réelle selon le contexte de la personne malgré la présence de la cause d'incapacité. Au Texas, une personne incapable signifie « un individu adulte qui, en raison d'une condition physique ou mentale est, de façon importante, inapte à se nourrir, se vêtir ou se loger, de s'occuper de sa santé physique ou de gérer ses affaires sur le plan financier. »<sup>78</sup> A la différence de celle du New Jersey, cette dernière définition semble plus précise et concrète et se rapproche plus de celle de la dépendance en s'éloignant davantage d'une évaluation relative des capacités.

<sup>72</sup> Capacity Assessment Model ABA Handbook for judges

<sup>73</sup> NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS UNIFORM GUARDIANSHIP, AND PROTECTIVE PROCEEDINGS ACT (1998)

<sup>74</sup> "Incapacitated person" means an individual who, for reasons other than being a minor, is unable to receive and evaluate information or make or communicate decisions to such an extent that the individual lacks the ability to meet essential requirements for physical health, safety, or self-care, even with appropriate technological assistance." (UGPPA)

<sup>75</sup> Krumholz v. Guardianship of H.K., 2013 WL 1980504 (Fla. Dist. App. ) (May 15, 2013)

<sup>76</sup> V. Cassidy, J., "State Statutory Authority for Restoration of Rights in Termination of Adult Guardianship," ABA Commission on Law and Aging, *Bifocal*, Vol. 34, Issue 6 (August 2013)

<sup>77</sup> 3B:1-2, New Jersey Statutes Title 3B: Administration of Estates

<sup>78</sup> Texas Probate Code: A. Section 601, 13 B; les autres définitions des Etats fédérés évoluent aussi et peuvent être trouvées sur le site de l'Association du barreau américain :

[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/law\\_aging/2012\\_state\\_adult\\_guardianship\\_legislation.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/law_aging/2012_state_adult_guardianship_legislation.authcheckdam.pdf)

De l'analyse de ces textes et de la doctrine sur la question<sup>79</sup>, il ressort trois points forts dans la réflexion sur la notion d'incapacité aux Etats-Unis sur le plan individuel. Les deux premières concernent le cadre d'analyse de l'incapacité et le troisième concerne une analyse plus critique du rapport entre l'incapacité et la qualité du consentement requis. En effet, pour mettre en perspective le droit des incapacités en général et caractériser la délicate tâche d'apprécier l'incapacité, personne peut ignorer que l'évaluation de la capacité dépend de la position de celui qui porte le jugement. Or aux Etats-Unis, depuis le mouvement réaliste, toutes les études jurisprudentielles ou études de lois prennent en compte le rôle cardinal du juge et la nécessité de prendre en compte le fait qu'il n'est pas neutre. Le juge est situé; son jugement est forcément teinté par son expérience propre et sa situation sociale, son parcours. C'est en tenant compte de sa nécessaire subjectivité que le juge peut ensuite tenir compte, grâce à une mise à distance dans la mesure du possible, de l'expérience de la tutelle ou de l'incapacité : « dans son Traité de 1881, La *common law*, le Juge Oliver Wendell Holmes exprime ce réalisme nécessaire des juges : « la vie du droit n'a pas été logique : elle a été l'expérience ». Dans cette perspective d'une démarche empirique du droit, quelle est l'expérience de l'incapacité? On voit bien que la question posée aux Etats-Unis est liée au rôle prédominant de la jurisprudence comme source du droit dans la Common law mais cette différence avec les systèmes germano-romanistes ne doit pas tout à fait occulter en France la nécessité de rappeler que le droit des incapacités dans l'Hexagone est rythmé par l'importance des jugements pour sa mise en œuvre, nécessitant également un discernement du juge sur son pouvoir d'interprétation.

Le deuxième point fort de la réflexion juridique sur la notion d'incapacité concerne la mesure de l'incapacité en fonction d'une norme implicite de capacité. Les écrits de la doctrine américaine sur l'invalidité et l'importance de l'aménagement raisonnable, donc de l'obligation de faire pour adapter l'environnement et limiter les obstacles à l'intégration des personnes handicapées qu'elles soient au travail, à l'école ou en institution, ont été cruciaux pour comprendre que toute évaluation de l'incapacité présume un modèle de capacité implicite qui a été construit par les valides ; on pose rarement la question : incapable par rapport à quoi ou à qui ? Or celui-ci n'est jamais explicité en droit que par défaut. La personne est incapable car elle n'est pas apte à faire tel ou tel acte seul ou sans assistance. Quelles sont les contours de la capacité ? Le Code civil ne le dit pas. En creux, c'est la personne en pleine possession de ses moyens mais dans certains cas, n'existe-t-il pas des personnes moins performantes sans être pourtant incapables ? Si l'appréciation de l'incapacité ne partait pas du manque de capacités, l'altération des facultés mais des capacités restantes comme l'indique le guide des juges américains, l'appréciation des juges français serait-elle différente ? Le principe de nécessité et de proportionnalité de la mesure de protection veille implicitement à modérer le jugement des incapacités en fonction des capacités restantes : est-ce suffisant ? On voit poindre ainsi l'importance d'une réflexion sur l'égalité dans l'approche de la notion d'incapacité.

Enfin le troisième point que suscite une réflexion sur la notion d'incapacité aux Etats-Unis porte précisément sur l'égalité et les figures du consentement.<sup>80</sup> De nombreux auteurs américains s'interrogent sur la capacité des juges à apprécier la qualité du consentement de la personne incapable mais aussi de la personne capable. Comment faire face à la réalité concrète de l'absence d'autonomie réelle de la volonté, même pour les personnes capables : le consentement, prétendu libre, peut être synonyme d'oppression dans différents contextes de subordination qui existe dans les faits.<sup>81</sup> W. Eskridge, dans un tout autre domaine celui du viol distingue « les multiples figures du

<sup>79</sup> V. la synthèse de la National Guardianship Association 2013 LEGAL & LEGISLATIVE REVIEW (Association du Barreau Américain ABA)

<sup>80</sup> V. Aussi nos travaux M. Mercat-Bruno, La personne au prisme des discriminations indirectes Recueil Dalloz n°37, 31 oct. 2013, p. 2475

<sup>81</sup> G. Pignarre, Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie RDC 1<sup>er</sup> avril 2011 n°2, p. 611 ; « ce sont les faibles qui consentent, et on a pu justement soutenir qu'il y avait toujours de l'aliénation dans le consentement », V. M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la

consentement »<sup>82</sup> qui l'éloignent de la vision traditionnelle de la qualité du consentement dans le cadre des vices du consentement.<sup>83</sup> Dans toute relation qu'elle soit ou non contractualisée, des rapports de pouvoir émergent du contexte dans lequel se trouvent les parties, même celles capables de consentir. En dehors de l'appréciation de l'incapacité liée à l'altération des facultés, les juges peuvent répertorier différentes négations du consentement réel liées à l'environnement de la personne ou à son statut: par exemple, une personne âgée dépendante qui semble capable dans le sens du droit civil (pas d'altération de ses facultés) peut donner son consentement sans le vouloir en raison de pressions économiques (vente nécessaire de son logement pour payer éventuellement la maison de retraite) ou pour des raisons liées à son statut de résident d'établissement (elle consent à des adaptations de son mode de vie car elle sent des pressions physiques liées à la nécessité de continuité de soins professionnels ou une pression mentale liée à la charge que la personne représente pour ses proches).

Les apports du droit comparé et plus particulièrement du droit américain ne se situent pas seulement sur le plan individuel mais permettent aussi de nourrir une analyse plus systémique du sort des personnes soumises au droit des incapacités, les majeurs et tous les acteurs de ce droit.

## 2. De l'échelle individuelle à l'échelle systémique :

Pour comprendre les enjeux du droit des incapacités en France, la réflexion nord-américaine est utile aussi pour décloisonner, d'une autre façon, l'analyse. Dans le champ du droit des personnes, la lecture du droit des incapacités focalise souvent sur la dimension individuelle du sujet de droit. Il part essentiellement d'une analyse des conditions d'exercice des droits au regard des régimes de protection et de l'importance de la procédure dans ce champ.

Or si on veut prendre le « droit au sérieux »<sup>84</sup> et si on veut réfléchir à la nature du droit plutôt qu'à l'objet du droit,<sup>85</sup> il faut embrasser plus largement toutes les dimensions de prise en charge de la vulnérabilité en amont et en aval des personnes âgées capables et incapables sans renforcer leur stigmatisation. La question plus large est alors l'accès opportun au droit des personnes fragilisées et une perspective plus proactive « d'égalité inclusive » comme l'envisage une chercheuse canadienne.<sup>86</sup> Pour garantir l'égalité, l'approche systémique doit aussi être privilégiée : « il est essentiel d'examiner à la fois les résultats inévitables en termes de droits substantiels dans différents contextes sociaux et *l'arbitraire et les exclusions dans les structures, les « process », les relations et les normes (juridiques et non juridiques)* qui constituent les contextes inconstitutionnels de notre vie quotidienne. »<sup>87</sup> Privilégier cette lecture de l'inégalité par ce prisme plus large permet de comprendre, de façon dynamique, comment certaines relations institutionnelles, si elles ne sont pas améliorées (notamment les rapports avec les acteurs de l'incapacité<sup>88</sup> et les familles),

---

volonté et du consentement en droit des contrats RTDC 1995, p. 573

<sup>82</sup> W. Eskridge, *The many faces of sexual consent*, Wm. & Mary L. Rev. Vol 37 1995, p. 47

<sup>83</sup> En France, l'article 1108 du Code civil distingue le dol, la violence et l'erreur comme vices du consentement qui peuvent constituer des causes de nullité du contrat

<sup>84</sup> Comme le préconise R. Dworkin dans son ouvrage « *Taking Rights Seriously* » (1977), il s'agit « d'un plaidoyer en faveur d'une certaine conception du droit, une conception libérale qui, à la différence de la conception libérale dominante, se donnerait pour objectif ultime de garantir à chacun une égale attention et un égal respect », V sa traduction « *Prendre les droits au sérieux*, PUF Léviathan 1995 p. 23

<sup>85</sup> V. l'ouvrage de S. Shapiro, *Legality*, Belknap Press of Harvard University Press 2011 p. 7

<sup>86</sup> V. C. Sheppard, *Inclusive Equality : The relational dimensions of systemic discrimination in Canada*, McGill Queen's University Press 2010, p. 4; V. aussi les travaux et l'action pour le changement institutionnel menée par le professeur de Columbia University Law School S. Sturm sur l'architecture de l'inclusion: <http://www.changecenter.org/core-concepts/the-architecture-of-inclusion>

<sup>87</sup> C. Sheppard, précité, p. 4

<sup>88</sup> Sally Balch Hurme, *Guardian Accountability, in GUARDIANSHIPS OF ADULTS:*

reproduisent l'inégalité et l'exclusion dans le temps et en sens inverse, comment il est possible de mettre en place des mécanismes plus institutionnels pour réduire les obstacles à l'égalité. Par exemple, la question du droit des incapacités des personnes âgées se situe dans le contexte plus large du défi du « care »<sup>89</sup> : la mise en œuvre du droit des incapacités suppose d'intégrer non seulement le risque éventuel de discrimination à l'encontre de personnes âgées dépendantes, présumées parfois incapables, mais aussi comment l'accent mis sur les relations de « care » peut éviter d'autres modes institutionnels de reproduction des inégalités pour ces personnes âgées qu'elles soient ou non sous un régime de protection<sup>90</sup>.

L'avantage est de lier, de façon dynamique, les deux échelles d'analyse, individuelle et systémique, qui sont privilégiées et montrent l'intérêt des travaux et certaines initiatives nord américaines en matière de capacité. Ces préoccupations rejoignent les réflexions françaises sur l'égalité. Selon Rosenvallon, « l'égalité est une question de vie sociale autant que de justice individuelle »<sup>91</sup>... Citant des recherches anglaises, l'auteur affirme que « le bien être est une affaire de qualité des rapports à autrui, de reconnaissance, de sentiment d'utilité... »<sup>92</sup> Aujourd'hui, « l'idée d'égalité doit être reformulée dans un âge reconnu de la singularité. L'enjeu est de constituer une « économie politique élargie » du lien social qui permette de fonder une véritable théorie générale de l'égalité intégrant ses différentes dimensions afin de donner des bases solides et universalisables aux actions réformatrices. »<sup>93</sup>

Aux Etats-Unis, la mobilisation collective s'inscrit dans une démarche pragmatique de recherche d'outils de mise à disposition du droit, de mise en réseau des acteurs et d'institution de veille. Au titre d'une perspective plus institutionnelle d'accès au droit pour toute personne, même vulnérable, les acteurs juridiques ont d'abord conçu la construction de guides d'appropriation du droit des incapacités qui permettent de relier la grille de lecture individuelle à la portée de tous pour garantir la meilleure interprétation et application des normes. En outre, après la crise bancaire et dans le cadre de la F. Dobbin Act, a émergé une volonté de transparence financière et d'éradication de l'exploitation financière ou d'abus de confiance des consommateurs âgés.<sup>94</sup> L'idée était de permettre aux familles ou tuteurs non professionnels moins outillées que les tuteurs professionnels d'anticiper les questions d'incapacité et de prise en charge des personnes âgées sans recours aux régimes de protection. Il s'agit de guides très simples qui posent toutes les questions nécessaires pour anticiper ou mettre en œuvre une question d'incapacité sans avoir des connaissances juridiques. La formulation doit pouvoir être comprise par un enfant de 4<sup>ème</sup> ; elle prend la forme de questions et réponses avec de multiples illustrations. Elle « contextualise » le droit en montrant comment chaque droit et obligation du tuteur aux biens entraîne des conséquences vis-à-vis d'un réseau d'acteurs : le juge, la personne du majeur.... Le guide précise les responsabilités encourues et les actes qui doivent être évités. Ces guides complètent une série de supports pour la mise en œuvre du droit des incapacités à l'intention des tuteurs<sup>95</sup> et des juges. Ces guides posent des standards pour la pratique du droit des incapacités<sup>96</sup> envisagent les questions éthiques<sup>97</sup> qui se posent dans cette matière<sup>98</sup> et

---

ACHIEVING JUSTICE, AUTONOMY, AND SAFETY 161, 168 (Mary Joy Quinn ed., Springer Publishing 2005).

<sup>89</sup> C. Martin, « Qu'est-ce que le social care ? Revue Française de Socio-Economie 2008 n°2, p. 27-42

<sup>90</sup> V les réflexions de C. Sheppard sur « le caring et les relations d'égalité », op. cit., p. 103

<sup>91</sup> P. Rosenvallon, La société des égaux, Points, 2011, p. 353

<sup>92</sup> V. généralement R. Wilkinson, K. Pickett, The Spirit Level : why more equal societies almost always do better, Londres Allen Lane 2009

<sup>93</sup> P. Rosenvallon, op. cit., p. 354

<sup>94</sup> Consumer Financial Protection Bureau, Managing someone else's money, Help for court-appointed guardians and conservator's 2013 (lay fiduciary guides)

<sup>95</sup> National Guardianship Association : <http://www.guardianship.org/>

<sup>96</sup> Il existe 25 standards pour gérer une tutelle. Leur formulation cherche à déconstruire pour expliquer chaque relation ou situation vis-à-vis du majeur: rapport au juge, vis-à-vis de la famille, l'existence d'un consentement

sont repris par les juges dans leurs décisions de justice.

La deuxième démarche américaine institutionnelle d'accès au droit concerne la mise en réseau des acteurs de l'incapacité<sup>99</sup> par la création dans chaque Etat de comités interdisciplinaires de tutelle composés de juges, tuteurs et associations qui œuvrent en matière de droit des incapacités.<sup>100</sup> Leur rôle est de faciliter la circulation d'informations, d'expertise et d'aide aux acteurs en charge de ce droit.

La troisième façon de valoriser un bon usage du droit des incapacités a consisté à créer un organisme gouvernemental de veille et de coordination de la tutelle comme observatoire de la mise en œuvre de ce droit à l'égard des personnes âgées : c'est le Conseil coordinateur de la justice en faveur des personnes âgées (Elder Justice Coordinating Council)<sup>101</sup> ; c'est une instance interministérielle qui lutte ainsi contre les situations d'abus, de maltraitance physique et financière et se réunit deux fois par an. Il est composé de membres du Secrétaire d'Etat aux affaires sociales, du bureau du Procureur Général des Etats-Unis, de responsables du Département en charge des personnes âgées et de responsables de tout service fédéral de l'Etat en charge de lutter contre l'exploitation, la négligence et l'abus à l'encontre des personnes. En mai 2013, neuf propositions d'évolution législative ont été proposées par ce conseil.

Ainsi ce panorama de l'action individuelle et systémique s'inscrit dans une volonté globale d'adapter le droit des incapacités dans une optique d'accès au droit au-delà de son application. Le pilote et les auteurs de ce numéro proposent également une grille de lecture plus pragmatique du droit des incapacités à travers les normes formelles et informelles qui le régissent.

---

éclairé, le principe de nécessité de la mesure, le consentement à l'acte médical, le respect de l'autodétermination de la personne. Ces standards fixent l'ambition des dispositifs et des consignes pratiques pour les utilisateurs du droit.

<sup>97</sup> Model Code of Ethics for Guardian,

<sup>98</sup> SURROGATE DECISION-MAKING STANDARDS FOR GUARDIANS: THEORY AND REALITY

<sup>99</sup> Working Interdisciplinary Networks of Guardianship Stakeholders (WINGS)

<sup>100</sup> Julia R. Nack, Carolyn L. Dessin & Judge Thomas Swift, CREATING AND SUSTAINING INTERDISCIPLINARY GUARDIANSHIP COMMITTEES UTAH LAW REVIEW 2012, p. 1667

<sup>101</sup> Créé par la Elder Justice Act de 2009

## II. Une dynamique nouvelle de l'action publique à initier pour sortir de la fragmentation des interventions :

### A. Décloisonner les dispositifs et parvenir à une évaluation pluridisciplinaire en situation

Les personnes majeures en situation de vulnérabilité et/ou de perte d'autonomie peuvent recevoir diverses aides et soutiens destinés à les accompagner, à permettre une compensation de leur perte d'autonomie et parfois aussi à les protéger. Les codes de la santé, de l'action sociale et des familles, civil et pénal –pour ne citer qu'eux, contiennent des dispositions dans ce sens. Les propositions faites par les professionnels, à la personne elle-même ou à ses proches, seront fonction de l'évaluation de l'état de santé, de l'âge et des restrictions de capacités fonctionnelles constatées chez la personne elle-même mais également des situations particulières dans lesquelles elle se trouve au moment de la demande ou de la proposition d'accompagnement (lieu où elle se trouve : hôpital, établissement, domicile ; faits qu'elle relate et dont elle a pu être victime, par exemple). Elles supposent tout à la fois que la personne concernée et ses proches aient une véritable connaissance des dispositifs, que les informations recueillies puissent être partagées et qu'elles soient traitées dans le respect des droits de la personne.

#### 1. Favoriser l'information et la participation des personnes.

L'information sur les droits spécifiques, et notamment à prestations, est de plus en plus largement favorisée par la diffusion de nombreuses plaquettes ou sites dédiés et par les professionnels eux-mêmes. L'accès à la compréhension de l'information et son traitement est beaucoup plus complexe. Ainsi, par exemple chez les personnes âgées, les professionnels des Centres Locaux d'Information et de Coordination (CLIC) en gérontologie observent que les dispositifs d'aide et de soutien à domicile tels que les proposent les caisses de retraite ou les Conseils généraux via l'Allocation Personnalisée d'Autonomie (APA) sont utilisés tardivement dans le parcours de vie des personnes. De même, en matière de santé, on remarque que les personnes âgées n'ont pas toutes une mutuelle santé, soit qu'elles n'en aient jamais eu dans leur parcours de vie, soit qu'elles aient mal compris les dispositifs liés à une Affection de Longue Durée (ALD) et qu'elles considèrent être suffisamment couvertes, soit qu'elles aient du faire un choix dans leurs dépenses et considéré qu'elles pouvaient en faire l'économie. Ainsi, l'Aide pour une complémentaire santé (ACS) semble sous-utilisée.

Ces dispositifs font souvent l'objet d'idées reçues qui peuvent, en partie, expliquer leur non-recours. Ainsi, les personnes âgées peuvent être persuadées qu'elles ne sont pas assez « dépendantes » ou encore qu'elles ont des ressources trop élevées pour y prétendre. Elles peuvent aussi éprouver la crainte de ne plus maîtriser l'après. Au surplus, les modes d'information, pour aussi nombreux qu'ils soient, ne sont parfois pas accessibles aux personnes qui peuvent être concernées et à leurs proches :

- soit l'information est délivrée à un moment où les personnes ne sont pas en capacité de la recevoir : « cela ne me concerne pas, je n'en suis pas encore là » ;
- soit le message n'est pas compris car il relève d'un « jargon » spécialisé trop éloigné de la réalité des personnes ;
- soit les modes de communication ne sont pas utilisables par les personnes : boîte vocale à options, site Internet, information dématérialisée...

Les familles, et en particulier les enfants des personnes âgées, sont plus à même de se renseigner et d'obtenir des informations, notamment parce qu'elles ont accès aux modes de communication et d'information en cours. Il faut pour cela avoir une famille ou avoir tissé les liens nécessaires à des mécanismes d'entraide et de soutien. En cas d'isolement de la personne âgée, la demande d'aide est souvent tardive, car non spontanée. Elle va parfois émaner du voisinage, motivé tant par la solidarité que par l'exaspération face à ce qu'il considère être une nuisance occasionnée par la personne âgée.

**Le droit à l'information dans les textes et ses limites.** Bien que l'information soit l'un des droits les plus débattus dans la loi sur les droits des malades, au point d'être considéré comme « *irriguant* <sup>102</sup> » tout le droit de la santé, il mérite d'être appréhendé d'une façon beaucoup plus générale. Des articles spécifiques lui sont consacrés au cœur de différentes lois consacrées aux droits des usagers des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux depuis 2002. Ce droit est par ailleurs repris dans chacune des chartes sur les droits des personnes issus de ces textes <sup>103</sup>.

Dans la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale comme dans la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé, l'information occupe une place de choix. Elle est un droit pour les usagers résidents ou les patients et un devoir pour les professionnels. L'article 5 de la loi du 2 janvier 2002, qui cite de façon symbolique et significative l'information <sup>104</sup> comme la première des six missions de l'action sociale et médico-sociale, en est une bonne illustration. Il est intéressant de comparer les approches des deux secteurs, médico-social d'une part et sanitaire d'autre part. Dans le secteur médico-social, l'article L 311-3 du code de l'action sociale et des familles dispose que l'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Parmi les droits énumérés, figure l'information sur les droits fondamentaux et les protections légales et contractuelles dont la personne bénéficie, ainsi que sur les voies de recours. De même, l'accès à toute information ou document relatif à sa prise en charge est garanti, ce qui en pratique doit permettre à l'utilisateur d'accéder à l'ensemble des pièces de son dossier. Des chartes ont affiné le périmètre du droit à l'information, en particulier celle relative aux droits et libertés de la personne accueillie qui, dans son article 3, précise que la personne bénéficiaire de prestations ou de services a droit à « une information claire, compréhensible et adaptée » tant sur la prise en charge et l'accompagnement que sur les droits, l'organisation et le fonctionnement de l'établissement ou service. Les associations d'utilisateurs pourront l'aider dans le respect de ce droit. Il est intéressant de souligner que le texte encadre la mise en œuvre du droit d'accès au dossier qui pourrait comporter des risques à l'égard d'une personne considérée comme vulnérable. Il est alors prévu « un accompagnement adapté de nature psychologique, médicale, thérapeutique ou socio-éducative » selon le contexte et la personnalité.

Dans le champ sanitaire, le droit à l'information est plus précis. L'article L 1111-2 du code de la santé publique consacre des développements assez longs au droit de « toute » personne d'être informée sur son état de santé dès lors qu'elle le demande, ce qui doit exclure toute autre restriction que le degré de maturité ou la faculté de discernement du patient. S'agissant des mineurs et des majeurs sous tutelle, il doit être relevé que le texte précise que les droits sont exercés respectivement par les titulaires de l'autorité parentale et par le tuteur. L'article L 1111-2 détaille le champ de l'information qui porte sur « les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles en cas de refus. » Délivrée au cours d'un entretien individuel, elle

<sup>102</sup> Colloque sur « *La loi sur les droits des malades, 10 ans après* », Université Paris Descartes, IDS, SciencesPo, EHESP, LIARES ; Paris, 5 et 6 mars 2012.

<sup>103</sup> Citons la charte des droits et libertés de la personne accueillie, la charte des droits de la personne âgée dépendante, la charte des droits de la personne hospitalisée, ou encore la charte des droits de la personne protégée.

<sup>104</sup> Avec le conseil et l'orientation.

incombe à tout professionnel de santé qui doit en rapporter la preuve en cas de litige. Le droit à l'information s'accompagne du droit de refuser d'être informé. Il ne s'agit donc pas d'un droit à l'information « à tout prix » et dans n'importe quelles conditions au nom du respect des libertés individuelles. En 2011, la Haute Autorité de Santé a publié des recommandations de bonnes pratiques professionnelles sur la délivrance de l'information au patient. Comme pour le résident, le patient se voit reconnaître le droit d'accéder à son dossier, l'article L 1111-7 du code de la santé publique étant plus précis que le code de l'action sociale et des familles et conditionnant la mise en œuvre du droit d'accès au dossier à une procédure formalisée.

Le principe du droit à l'information a été en outre clairement affirmé dans la loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs, dans des termes très voisins de ceux utilisés par le code de la santé publique. L'article 457-1 du Code civil dispose ainsi que « la personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part. »

Proclamer et inscrire ce principe fort dans le droit est essentiel mais il est tout aussi indispensable de le faire vivre concrètement. Le contenu de l'information donnée, les conditions de sa délivrance, sa qualité, l'état de santé et de compréhension de ceux qui la reçoivent, la compétence et la bienveillance de ceux qui la délivrent, ses enjeux, le temps et le moment de sa transmission sont autant de questions fondamentales que le législateur ne peut organiser sans risques de déshumanisation. Elles doivent faire l'objet de toutes les attentions, et être réfléchies en termes de bonnes pratiques professionnelles bien sûr mais aussi de formations pluridisciplinaires et au-delà d'approches citoyennes.

**La problématique liée à la délivrance de l'information aux personnes dont les facultés de compréhension sont altérées, l'exemple du malade d'Alzheimer.** La délivrance de l'information est souvent rendue délicate par les difficultés de compréhension de la personne à qui elle est destinée. Il s'agit alors non seulement d'un obstacle à l'effectivité du droit à l'information mais plus encore d'une brèche considérable dans la légitimité des actes que les proches, les professionnels ou les tiers accompliront aux-côtés, avec ou pour la personne elle-même, avec tous les risques induits notamment de maltraitance. L'exemple des personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer ou de maladies apparentées permet de rendre compte de l'extrême difficulté du sujet.

La « fragilité<sup>105</sup> » physique et psychique de ces personnes, matérialisée par une altération de leurs facultés psychiques liées à la pathologie, accroît les risques d'atteintes à leurs droits. Dès avant le diagnostic, lorsque les troubles se font présents, et une fois le diagnostic posé, les professionnels, même sensibilisés, et a fortiori les familles, peuvent être amenés, par des pratiques qui finissent par se systématiser, consciemment ou pas, à prendre le pouvoir sur l'intéressé réduit au rang de malade et non plus de personne. Cela peut se traduire en pratique par une délivrance très restreinte voire réduite des informations au patient lui-même alors même que les situations varient d'une personne à l'autre, d'une situation à l'autre, d'un environnement à un autre.

Pour autant, le principe de réalité vis-à-vis de la maladie d'Alzheimer impose une mise en œuvre de ce droit « *dans la mesure où son état le permet*<sup>106</sup> », adaptée au patient, et surtout dictée par le strict intérêt de ce dernier. Ce n'est donc bien qu'en cas de difficultés majeures, voire d'impossibilité

<sup>105</sup> Selon la terminologie des gériatres.

<sup>106</sup> Cette expression est largement employée dans les dispositions de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Elle témoigne du principe de réalité posé par le législateur, par exception au principe selon lequel le majeur protégé peut prendre seul les décisions relatives à sa personne notamment (art. 458 et s. C.civil)

d'informer le patient, parce que cette hypothèse en la matière n'est évidemment pas un cas d'école, que doit se poser la question de savoir vers qui se tourner pour honorer l'application de ce droit.

A cet égard, l'organisation d'une mesure de protection juridique (mandat de protection future, sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle) peut sinon garantir, du moins renforcer l'application effective de ce droit et offrir aux professionnels un cadre d'intervention plus précis et respectueux du droit des personnes<sup>107</sup>. En effet, le cadre réglementaire qui repose aujourd'hui sur l'articulation entre les dispositions de la loi Kouchner du 4 mars 2002<sup>108</sup> et celles de la loi du 5 mars 2007 offre une sécurisation plus forte au bénéfice de la personne vulnérable, même s'il mérite encore quelques ajustements<sup>109</sup>.

Bien évidemment, la problématique abordée ici sous l'angle de la maladie d'Alzheimer vaut pour toutes les pathologies apparentées. En outre, elle ne se réduit pas au champ de la santé, car ses enjeux sont plus vastes et recouvrent notamment des questions sociales, donc liées à une prise en charge plus globale de ces patients.

En tout état de cause, au-delà du paradoxe apparent qui réside dans l'obligation de délivrance d'une information à un malade souffrant d'une altération de ses facultés, se cachent des réalités plus subtiles et distinctes qui sont un vrai défi pour les proches et pour les professionnels. Les limites à l'effectivité de l'information sont de plusieurs natures, il s'en dégage quatre principales. La première tient à la volonté de l'entourage de protéger le plus longtemps possible la personne d'un diagnostic dont, en l'état de la science, l'issue n'est pas la perspective d'une stabilisation de l'état de santé en moins encore une guérison. La deuxième tient au refus de l'utilisateur d'être informé, de savoir ou à l'absence de questions sur son état exact. Ce refus peut être partiel ou total. Le bon sens et la posture des professionnels, font qu'ils ne peuvent accepter ce refus à « l'état brut », mais doivent l'accompagner, et être particulièrement attentifs aux risques liés au défaut d'information. La loi du 5 mars 2007 prévoit que la personne investie de la protection doit informer le majeur « *des effets et conséquences du refus* »<sup>110</sup> comme celle du 4 mars 2002 dispose qu'en cas de refus, le médecin doit « *tout mettre en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensables* »<sup>111</sup>. Mais de quels soins parle-t-on et quelle valeur donner au refus ? D'autant que le refus ne peut être validé juridiquement que dans la mesure où le patient conserve une partie de son discernement.

La troisième tient justement au discernement souvent insuffisant du malade pour saisir la teneur et la portée de l'information communiquée. Depuis la réforme du 5 mars 2007, l'information doit en effet être délivrée au majeur protégé « *dans la mesure où son état le permet* », ce n'est qu'à défaut que le représentant légal<sup>112</sup> en devient le destinataire. C'est la règle clairement posée pour les actes qui touchent à la personne, et qui s'appliquent au malade d'Alzheimer sous curatelle ou sous tutelle : le principe pour l'intéressé réside dans la prise « *d'une décision personnelle éclairée* »<sup>113</sup> et l'exception dans la possibilité d'y passer outre par l'assistance ou la représentation, subordonnée à la

<sup>107</sup> En l'absence de régime de protection, les professionnels hésitent souvent sur le fait de savoir s'ils peuvent délivrer une information et qui peut en être le destinataire au sein de la famille ou de l'entourage du malade d'Alzheimer. Une clarification de l'articulation avec les missions de la personne de confiance et bientôt le mandataire de protection future lorsque cette mission sera connue et adoptée par nos concitoyens, s'impose souvent, tant elle demeure source de confusion pour les professionnels de terrain.

<sup>108</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 sur les droits des patients et la qualité du système de santé.

<sup>109</sup> Cf sur ce point le volet consacré aux majeurs protégés, et l'argumentaire, in Recommandations de bonnes pratiques professionnelles sur « *La délivrance de l'information à la personne sur son état de santé* », HAS, groupe de travail piloté par Mme la Professeur Dominique Thouvenin, mai 2012.

<sup>110</sup> Art. 457-1 C.civil.

<sup>111</sup> Art. L. 1111-4 C.santé publique.

<sup>112</sup> Qu'il s'agisse du tuteur ou du curateur.

<sup>113</sup> Art. 459 C.civil.

décision du juge des tutelles<sup>114</sup>.

La quatrième limite à la délivrance de l'information tient à la balance bénéfico-risque au regard de l'intérêt de la personne vulnérable. Seul un risque majeur pour la santé et l'équilibre psychologique de la personne pourrait justifier la délivrance d'une information parcellaire ou un défaut d'information, à l'instar de ce qui anime l'exception prévue dans l'article 35 du Code de déontologie médicale. Le danger résiderait bien évidemment dans le recours systématique à un tel argument en contribuant au non-respect de ce droit. Seul le refus légitime reste donc soutenable. Cette exception est d'interprétation stricte, en ce qu'elle porte atteinte aux droits et libertés attachés à la personne.

La cinquième exception tient à une situation exceptionnelle dans le champ de la santé, lorsque l'information peut être délivrée aux proches en cas de diagnostic ou pronostic grave<sup>115</sup>. Peut-on considérer que la maladie d'Alzheimer entre dans cette catégorie, étant de surcroît rappelé que dans tous les cas, le malade d'Alzheimer peut comme tout autre patient s'y opposer en amont, sous réserve d'un discernement suffisant.

Le vrai défi ici réside pour les proches et pour les professionnels dans la mise en œuvre effective du droit à être informé. C'est le « *comment faire vivre ces droits ?* » qui doit animer et guider leur action. Les risques réels d'atteintes tenant à vulnérabilité de ces personnes appellent en effet une vigilance renforcée et une démarche active des acteurs professionnels. Elle n'est pas obligatoirement naturelle ou intuitive et la formation des professionnels de l'aide et de l'accompagnement, y compris à domicile, doit s'attacher à favoriser la dimension participative de la personne elle-même en insistant pour faire évoluer la présomption d'incapacité vers une présomption de compétence, ce qui permet de reconnaître la valeur de la parole. Par « vigilance renforcée », il faut entendre une attention singulière et propre au degré de compréhension de chaque personne, justement parce que le risque est réel d'une information mal comprise, parcellaire ou non délivrée tenant à des déviations et systématismes de certaines pratiques. La « démarche éthique », répond quant à elle à une démarche professionnelle « active » en ce sens que la délivrance de l'information et la recherche du consentement sont bien plus qu'une « simple » obligation légale. Il ne s'agit pas d'informer pour informer mais bien de s'inscrire dans une temporalité qui est celle de l'autre. L'information ne peut être donnée en une fois, et une fois pour toutes. C'est un travail qui ne peut s'effectuer qu'au « au long court », en amont de l'accompagnement et des soins, de la mesure de protection quand elle est organisée, lors de son ouverture et durant la vie de celle-ci. Cela implique de respecter sans doute plusieurs étapes, de prendre le soin de vérifier la bonne compréhension. Savoir prendre le temps d'échanger avec la personne notamment à l'occasion de cette étape essentielle qu'est l'organisation d'une mesure de protection : elle n'est jamais une perte de temps pour la suite, en dépit du fait qu'elle puisse être ressentie comme telle parfois pour le mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM)<sup>116</sup> face à la pression et au nombre de mesures à suivre. En effet, le temps de l'information préalable à la recherche de l'expression de ce que la personne a à exprimer constitue une étape essentielle pour travailler dans un climat de confiance.

**Les outils prévus par la loi du 5 mars 2007 et ses décrets d'application pour assurer à la personne**

<sup>114</sup> Idem : Hormis le cas des actes « *strictement personnels* » où la décision éclairée appartient au seul majeur (actes touchant principalement à la filiation prévus à l'article 458), « *la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection. Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après l'ouverture d'une mesure de protection, autoriser le tuteur à représenter l'intéressé* ».

<sup>115</sup> Il s'agit alors d'une exception au droit à être informé, qui appartient en principe au seul patient.

<sup>116</sup> Il s'agit de la nouvelle appellation issue de la loi du 5 mars 2007 qui professionnalise cette activité. Cette appellation est désormais unique et s'accompagne du nouveau signe MJPM.

protégée une information la plus complète possible sur ses droits et les modalités de sa prise en charge et de son accompagnement font courir le risque, non négligeable à chaque nouvelle prise en charge, de « noyer » l'utilisateur vulnérable sous un flot d'informations dont il ne saisit pas forcément le sens. Ainsi les services MJPM doivent remettre une notice d'information à laquelle est annexée la Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée, ainsi que le règlement de fonctionnement du service. Enfin, le professionnel chargé de la protection a l'obligation de délivrer le document individuel de protection des majeurs (DIPM) dans les trois mois de l'ouverture de la mesure. Le contenu de ces outils est décrit précisément dans le décret 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des MJPM et des délégués des prestations familiales.

L'enjeu doit évidemment résider dans l'accessibilité de l'information délivrée et dans la création des conditions les plus propices à la compréhension de la personne elle-même compte tenu de ses difficultés de discernement. Si le décret du 31 décembre 2008 prévoit le moment de la remise des documents et leur contenu, d'une façon même assez précise, cela ne dispense pas les professionnels d'une réflexion en termes de procédures internes (sur le moment, les acteurs, les mots choisis, le principe d'adaptation, la preuve), pour une pratique homogène et répondant à des valeurs communes. Il s'agit d'un enjeu de qualité mais aussi d'équité de traitement entre les usagers.

Dépasser l'écueil du « mille-feuilles » d'informations, implique à chacun d'être le plus clair et simple possible sans trahir néanmoins le sens et le contenu de chaque document, en illustrant par des exemples parlants. Le temps d'appropriation comme la nature des informations ne seront pas toujours identiques, car adaptés à chaque personne. Cela implique un certain pragmatisme dans l'application du droit, tout en respectant l'esprit. Il serait un non-sens, pour ne pas dire qu'il serait insensé pour un professionnel, de vouloir donner une information complète, guidé par le souci exclusif de rentrer dans le cadre strict de la loi. Cela renvoie à la posture professionnelle et à la démarche éthique de chacun reposant sur un socle commun, discuté, débattu et compris au sein des équipes.

L'effectivité, la portée réelle en pratique de l'information et du respect des personnes repose donc d'abord sur la lisibilité des documents, leur compréhension et les modalités pratiques de transmission des contenus. Les professionnels, quelles que soient leurs fonctions et leur contexte d'intervention auprès des malades d'Alzheimer protégés, en sont les premiers vecteurs et les premiers garants. A chacun d'en saisir les enjeux, et aux MJPM privés et préposés d'établissement de réfléchir dans leur contexte propre à cette même problématique.

Des démarches communes de réflexion, transversales, initiées sur le territoire, témoignent sans conteste de cette prise de conscience. Qu'elles soient individuelles ou collectives par le biais des fédérations, ou encore à travers les recommandations de bonnes pratiques de l'HAS ou de l'ANESM, ces démarches traduisent un souci commun au service de l'utilisateur, qui dépasse bien évidemment la question de la diversité des statuts des MJPM.

## 2. Une évaluation qui doit impérativement être renouvelée.

Repérer et décrire les personnes suffisamment vulnérables pour envisager un dispositif spécifique d'aide est un enjeu de politique publique et un véritable défi compte tenu des difficultés évidentes à poser des définitions communes, à choisir des indicateurs et des méthodes d'enquête. Les conceptions de la vulnérabilité, de l'altération des facultés physiques ou mentales, du handicap, de la dépendance évoluent suivant les époques, les lieux géographiques, les cultures et les choix politiques posés. Historiquement, et pour les populations spécifiques du handicap et de l'âge, nous sommes globalement passés d'un système tendant à l'intégration à un système visant l'inclusion en passant

par un système de réadaptation,<sup>117</sup> ce qui a évidemment des conséquences sur l'approche de l'évaluation. Aujourd'hui, dans un contexte d'essoufflement des systèmes de protection mais aussi de fortes revendications à l'autonomie des personnes, le principe et les objectifs de l'évaluation est nécessairement discuté, d'autant plus que la réalité de la participation de la personne elle-même n'est que rarement interrogée en terme de droit et que les outils utilisés sont trop nombreux, trop figés et trop techniques pour parvenir à une approche globale permettant de rendre compte des évolutions de la personne elle-même et de ses besoins.

A l'égard des personnes adultes dites en perte d'autonomie, plusieurs types d'outils d'évaluation peuvent ainsi être mobilisés : GEVA, DESIR, Grille AGGIR, MAP, GEMAPA, OSE ... sans qu'aucune n'entre véritablement dans une approche globale intégrant les droits des personnes ni la question de l'aptitude à comprendre les informations données, à les analyser puis à décider. Le cadre juridique est en général contenu dans deux lois, habituellement invoquées : la loi du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) et la loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. La première introduit la notion de droit, pour toute personne âgée résidant en France, qui se trouve dans l'incapacité d'assumer les conséquences du manque ou de la perte d'autonomie liés à son état physique ou mental, à une prestation permettant une prise en charge adaptée à ses besoins (article L 232-1 CASF). La seconde pose le principe de droit à compensation des conséquences du handicap et lui donne un contenu (article L 114-1-1 CASF). La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des personnes majeures souffrant d'altérations de leurs facultés personnelles et contenant pourtant des dispositions essentielles pour les droits des personnes n'est quant à elle quasiment jamais invitée, sans doute par méconnaissance. Elle dispose pourtant que « Les personnes reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire. (...) Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité des personnes. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique. »

En effet, l'évaluation de la situation et des besoins de la personne qui permettra l'accès effectif à ses droits implique qu'elle soit conduite dans un dialogue avec elle et prenne en compte non seulement son environnement mais aussi son projet de vie. Plus généralement, doit être interrogée la réalité d'une libre expression de la personne elle-même sur ses attentes, ses besoins et ses souhaits. Au-delà d'une approche de la perte d'autonomie ou de la restriction des capacités fonctionnelles en termes de compensation et de prestations, la question d'une protection plus globale peut devenir indispensable. En particulier lorsque l'altération des facultés personnes, physiques et/ou mentales, restreint considérablement ou supprime les capacités de décision.

**Processus habituel d'évaluation : le schéma CNSA.** La CNSA s'est vue confier un rôle spécifique dans le domaine de l'évaluation des besoins des personnes par la loi du 11 février 2005. Elle doit ainsi assurer un rôle d'expertise technique et de proposition pour les référentiels nationaux d'évaluation des déficiences et de la perte d'autonomie ainsi que pour les méthodes et outils utilisés pour apprécier les besoins individuels de compensation. Elle doit également assurer un échange d'expériences et d'informations entre Maisons départementales des personnes handicapées (MDPH), diffuser les bonnes pratiques d'évaluation individuelle des besoins et veiller à l'équité de traitement des demandes de compensation. Sa commission spécialisée du Conseil scientifique travaille en particulier à préciser le processus d'évaluation des besoins de compensation des personnes et son articulation avec le projet de vie, à identifier les nouveaux repères pour les pratiques des professionnels en s'assurant qu'ils accordent une juste place aux personnes et à leur

<sup>117</sup> Sociologie du handicap, I. Ville, E. Fillion, JF Ravaud, De Boeck

entourage et à analyser les outils et démarches d'évaluation.<sup>118</sup>

Dans ce sens la CNSA, dont les 1ères rencontres scientifiques de 2009 portait précisément sur l'évaluation (« Evaluer pour accompagner »), insiste sur les objectifs poursuivis par l'évaluation : prendre en compte les besoins et les attentes de chacun, adapter les réponses à chaque situation, garantir à tous un traitement équitable, échanger et croiser des regards différents et complémentaires sur les besoins d'une personne (professionnels du champ sanitaire, médico-social et social, de l'éducation, du logement, de l'emploi, décideurs locaux, personnes ayant besoin d'aide à l'autonomie, leurs familles et les associations qui les représentent ...). Elle résume ainsi les étapes successives du processus :

- Evaluation des attentes et des besoins à partir d'une demande qui peut être faite par la personne elle-même, l'entourage familial ou les professionnels, notamment ;
- Evaluation de la situation et des besoins ;
- Identification et préconisation de réponses (aide humaine, orientation, aides techniques, aménagement du logement, soins ...) ;
- Eligibilité éventuelle aux dispositifs d'aides (APA, PCH, aides facultatives ...) ;
- Décisions et mise en œuvre des réponses (plan d'aide individualisé, d'accompagnement, de soins ...).

Pourtant, la réalité est souvent plus complexe et le cloisonnement des principaux outils et des réflexes de trop nombreux professionnels encore dénoncés tant au regard des publics (PA, PH ...) que des lieux où est réalisée l'évaluation. Ainsi, en est-il par exemple de l'évaluation de la perte d'autonomie des personnes âgées dont les conditions sont à l'évidence très différentes suivant qu'elle intervient lors d'un moment aigu de type hospitalisation après une chute par exemple ou à domicile, suivant qu'elle est isolée ou non. Les actions d'évaluation personnalisées, à domicile, semblent les plus opérantes. D'une part, la personne âgée est peu mobile : elle ne conduit pas ou plus, elle se déplace mal en transport en commun. D'autre part, le domicile est le reflet de l'évolution de la vie quotidienne d'une personne, de son mode de vie et de la façon dont elle utilise son environnement, depuis l'hygiène corporelle, la prise des repas, jusqu'à l'entretien du domicile. Evaluer les conditions de vie à domicile va permettre de faire cheminer la personne, de la demande exprimée, et souvent de l'absence de demande, vers une prise de conscience des besoins patents et des dispositifs existants.

L'évaluation de la personne âgée vivant à domicile se fait souvent, dans un premier temps, sous un angle médico-social, lorsque la personne a demandé, ou qu'un tiers a demandé pour elle, une aide financière à sa caisse de retraite ou au Conseil général pour mettre en place une aide à la vie quotidienne. L'évaluation des besoins doit se faire dans le respect du principe d'autonomie qui donne le droit à chaque personne de prendre les décisions qui la concerne notamment l'acceptation ou le refus d'aide, sous réserve d'une information bien comprise et acceptée.

L'efficacité de l'offre de soutien suppose que les aides apportées soient bénéfiques et que les inconforts générés ne dépassent pas le bénéfice escompté. Il est toujours question ici de juste équilibre, dans cette rencontre entre une personne, à un moment de son histoire et les professionnels qui souhaitent l'accompagner. Ainsi, au cours de l'évaluation de la perte d'autonomie peut se révéler une vulnérabilité physique ou psychique, voire une maltraitance. Il est dans ce cas

---

<sup>118</sup> Brochure [www.cnsa.fr](http://www.cnsa.fr)

nécessaire de faire appel au médecin traitant, s'il a été désigné, pour aider à réaliser une évaluation gériatrique qui permettra d'estimer les fonctions cognitives et la capacité de jugement de la personne. Si la personne âgée n'a pas ou plus de lien avec un médecin depuis quelques années, il est indispensable de pouvoir avoir recours à un réseau de santé gérontologique qui met en œuvre une équipe mobile de gériatrie pour se rendre au domicile de la personne.

Une information en amont de la personne mais aussi de son entourage pourrait éviter des incompréhensions des décisions prises dans le cadre de la mesure. Il semble ainsi souvent plus opérant de :

- privilégier la concertation, la médiation ;
- associer la personne à la prise des décisions en vue de le rendre acteur de ses choix ;
- solliciter ses proches.
- renforcer la prise en compte des aidants et accroître leur soutien pourrait permettre d'optimiser le recours aux droits
- favoriser les lieux d'expression de la parole, tels les CVS dans les établissements.

**L'évaluation en vue d'une demande de protection juridique.** Dans un certain nombre de cas, une demande de protection juridique peut être faite. En vertu des dispositions de l'article 431 du Code civil, toute demande d'ouverture de mesure de protection doit être obligatoirement accompagnée d'un certificat médical circonstancié établissant l'altération des facultés personnelles, physiques et/ou mentales, de la personne. Ce certificat ne peut être rédigé que par un médecin inscrit sur une liste établie par le procureur de la République. Ce médecin a la possibilité de demander l'avis du médecin traitant de la personne. Il peut également, dans certaines conditions, rédiger un « certificat de carence » lorsque la personne refuse de se laisser examiner ou ne répond pas à ses propositions de rendez-vous.

Le certificat médical circonstancié décrit l'altération des facultés dont souffre la personne et leur évolution prévisible (article 1219 du code de procédure civile). Il précise les conséquences de cette altération sur la nécessité d'être assisté ou représenté, et indique si la personne est en état d'être auditionnée. Le coût du certificat médical est de 160 € (192 pour les médecins soumis à la TVA). Si la personne faisant objet de la demande ne se rend pas au rendez-vous, 30 € forfaitaires seront à verser. Le certificat est remis au demandeur de la mesure sous pli cacheté, à l'attention exclusive du juge des tutelles ou du procureur de la République.

Ce certificat médical circonstancié (CMC) base incontournable de l'ouverture de la requête doit répondre à des critères très précis sur lesquels le juge des tutelles pourra s'appuyer pour motiver et graduer la protection à mettre en place, le cas échéant. Le certificat médical circonstancié (CMC) occupe une place essentielle dans ce nouveau dispositif. Il aide le juge dans sa prise de décision lorsqu'il est saisi d'une demande de mise sous protection et lors de la révision de la mesure. Mais il peut aussi guider le juge et le tuteur ou curateur au cours de la mesure. Un certificat détaillé et approfondi donne des indications utiles en ce qui concerne le mode relationnel et les préoccupations de la personne, surtout dans le cas où elle ne peut pas être entendue par le juge.

Un avis médical est aussi demandé lorsqu'interviennent des décisions importantes en cours de mesure, notamment sur le choix du lieu de résidence de la personne protégée, sur la vente du bien immobilier constituant sa résidence principale ou secondaire dans le but de financer le coût de son accueil en établissement ou par exemple, pour autoriser une personne sous tutelle à faire un testament. Dans tous les cas, il s'agit de savoir si la personne est en état d'exprimer sa volonté et de connaître cette volonté, autant que faire se peut. Lorsque la résiliation du bail ou de la vente du

logement du majeur protégé est envisagée, un certificat a été baptisé “de non retour à domicile” ce qui, dans la pratique, aboutit à la rédaction de simples certificats peu motivés et ne permettant pas une approche globale de la situation, l’examen clinique se limitant à une appréciation sur l’état de santé physique de la personne. Certes, ces situations sont le plus souvent très délicates et complexes : il s’agit à la fois de faire respecter les droits de la personne protégée, même sous tutelle, à décider elle-même alors que, précisément, ce sont les altérations dont elle souffre qui ont conduit à sa mise sous protection. Comment respecter ses libertés individuelles et sa volonté tout en la protégeant et en évitant dans certains cas sa mise en danger ? Le rôle du médecin rédacteur du certificat est fondamental. Il doit donc, après un examen clinique et si nécessaire un contact avec le médecin traitant, rechercher d’abord si la personne est en mesure d’exprimer sa volonté et des choix. Puis, dans un second temps, le médecin doit se prononcer sur la faisabilité d’un retour à domicile et déterminer les conditions de ce retour. Le document médical qu’il établit doit donc incontestablement être circonstancié dans l’intérêt même de la personne protégée. Le tuteur ou curateur pourra par la suite étudier l’aspect financier du maintien à domicile et faire des propositions argumentées au juge.

Le certificat médical circonstancié nécessaire à l’ouverture d’une mesure de protection doit contenir les informations suivantes, énumérées à l’article 1219 du code de procédure civile :

- description précise des altérations des facultés de la personne à protéger
- tous éléments d’informations sur l’évolution prévisible de l’altération
- conséquences de l’altération sur la nécessité d’une assistance ou d’une représentation de la personne dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu’à caractère personnel, ainsi que, en cas de tutelle, sur l’exercice du droit de vote
- avis sur la possibilité d’audition de la personne à protéger par le juge ; s’il estime que cette audition est impossible, le médecin doit dire précisément en quoi l’audition est de nature à porter atteinte à la santé de la personne ou en quoi celle-ci est hors d’état de manifester sa volonté puisque seules ces deux exceptions au principe d’obligation par le juge sont admises.

L’avis médical sollicité lors de la demande d’ouverture d’une mesure de protection, ou de mise à exécution d’un mandat de protection future doit donc être suffisamment argumenté pour que le juge dans le premier cas et le médecin inscrit dans le second concluent à une altération des facultés personnelles rendant nécessaire une assistance ou une représentation (seule celle-ci est possible, en l’état des textes, dans l’hypothèse d’un mandat de protection future). On le voit bien, dans les questions posées par le code de procédure civile, aucun outil suffisamment fin n’est interrogé sur la capacité à comprendre, à analyser et à décider. Ce constat peut aussi être fait pour les évaluations réalisées hors demande de protection.

**La nécessité d’évaluer la capacité à comprendre, à analyser et à décider.** Les outils d’évaluation classiques évoqués précédemment ont aujourd’hui démontré leurs évidentes limites en particulier parce que chacun évolue dans son propre cadre et pour une finalité souvent réductrice, l’octroi d’une aide ou d’un type d’accompagnement ou une mesure de protection juridique sans que les liens entre les acteurs se fassent par une approche à partir de la personne dans la recherche de sa capacité à continuer de décider pour elle-même. Si les intervenants sociaux et médico-sociaux sont formés à mettre en place des partenariats et des accompagnements, tel n’est pas le cas la plupart du temps pour le champ sanitaire en notamment les médecins. Le médecin (le plus souvent un généraliste) qui se voit impliqué dans l’évaluation de la vulnérabilité d’un patient, de sa perte d’autonomie, des troubles somatiques ou cognitifs, éprouve encore d’importantes difficultés à véritablement entrer dans un réseau d’évaluation. Par méconnaissance, par choix ou par refus des

conséquences possibles. Il peut aussi lui arriver de banaliser les troubles cognitifs parfois importants les attribuant à tort à l'âge et se sentant incapable d'anticiper une situation de dépendance interrogeant sur une protection juridique ou une entrée en institution. Toute autre est la situation du praticien hospitalier qui doit signaler au juge des tutelles ou au procureur de la République toutes situations de mise en danger social, physique, psychique ou cognitif afin de protéger et de préparer l'avenir de ce patient qu'il ne connaît pas et pour lequel, dans un temps très contraint par la T2A (tarification à l'activité) et la DMS (durée moyenne d'hospitalisation) il doit prendre des décisions dépassant largement le strict champ médical.

Certes il peut être aidé en cela par des tests neuropsychologiques ou un bilan gériatrique approfondi mais comment évaluer l'aptitude à comprendre, à analyser et ensuite à décider ? D'autant que, dans de trop nombreux cas l'expression, le niveau social, culturel, la langue maternelle, l'isolement empêchent toute communication. Que faire quand une personne présente manifestement des troubles fonctionnels (perceptifs, moteurs, affectifs ou cognitifs) et commence à prendre des décisions ou à adopter des comportements qui paraissent la mettre en danger ou mettre en danger les autres ? Que faire quand elle semble faire des choix qui sont contraires à ce qu'elle décidait auparavant ? Comment évaluer ce qu'elle comprend et comment déterminer à partir de quand les troubles fonctionnels affectent le discernement et le jugement au point que la personne n'est plus autonome dans ses choix et ses actes ? Comment, ensuite, l'accompagner et la protéger contre les abus, les accidents et l'abandon auxquels son état l'expose ? Car l'évaluation n'a de sens que si elle aboutit à des propositions d'accompagnement qui doivent être elles-mêmes rigoureusement encadrées pour éviter toute dérive et toute atteinte excessive aux libertés individuelles.

Le recueil de l'avis des proches, s'il est souvent utile parmi d'autres éléments dont les tests, ne peut suffire à réaliser une évaluation rigoureuse des capacités décisionnelles de la personne, tant le risque est souvent fort de voir d'exprimer des croyances, des représentations ou des intérêts qui ne sont pas un témoignage sur les capacités réelles de la personne. La famille est d'ailleurs rarement consensuelle sur ces questions éminemment humaines et douloureuses. Des outils doivent sans doute être recherchés afin d'analyser les atteintes aux capacités décisionnelles et il y aurait un intérêt évident de mettre à l'épreuve l'ensemble de nos outils d'évaluation en les réinterrogeant sous cet angle.

Les démarches étrangères de recherche peuvent dans ce sens être utiles, tels les travaux du groupe Mac Arthur décrits par Fabrice Gzil dans un article paru dans la revue *Responsabilité*<sup>119</sup> qui ont conceptualisé la compétence décisionnelle autour de quatre habiletés : comprendre, apprécier, raisonner, exprimer un choix. Cette manière d'aborder la question, dit Fabrice Gzil, repose sur un présupposé théorique essentiel : « l'aptitude à prendre des décisions est finalement relative, elle dépend à la fois de la nature de la décision et de la situation spécifique qui est celle de la personne. » Il n'est donc pas possible de soutenir qu'on puisse être absolument capable ou incapable de décider. Les tests neuropsychologiques peuvent donner des indications, tout comme le diagnostic, mais ce ne sont que des outils du jugement clinique qui intègre par ailleurs des éléments sur l'état fonctionnel, psychologique, socio-économique et médical de la personne. Il faut également y ajouter une appréciation sur l'importance de la décision à prendre et sur l'environnement de la personne.

La comparaison de nos outils d'évaluation avec ceux d'autres pays doit se poursuivre, étant observé que jusqu'à une époque récente ces outils étaient d'abord destinés à aider les cliniciens à évaluer les capacités décisionnelles des patients, donc dans la sphère des décisions d'ordre médical. D'autres outils existent pour évaluer d'autres compétences : la capacité à gérer les finances, à voter, à désigner un décisionnaire supplétif, à prendre des décisions de la vie quotidienne. Mis en perspective avec les droits des personnes et le respect de leur dignité et de leur autonomie de principe (jusqu'à

<sup>119</sup> *Responsabilité* 2008, vol. 8, n°31, p.29-31 ;

preuve contraire) tels que posés dans la loi du 5 mars 2007, ils peuvent nous permettre d'avancer plus encore sur l'évaluation des capacités restantes des personnes et de sortir d'une tendance de plus en plus lourde à tirer des conséquences univoques et « enfermantes » des évaluations pratiquées.

- **Proposition 01**: Permettre une information accessible, et notamment facile à lire et à comprendre
- **Proposition 02** : Garantir l'accessibilité des espaces de participation.
- **Proposition 03** : Développer la mise en place de formes multiples de participation et de recueil de la parole des personnes et de leurs proches.
- **Proposition 04** : Développer, en les adaptant, les instances de participation et en particulier les CVS
- **Proposition 05** : Etudier l'ensemble des outils actuels d'évaluation pour parvenir à une véritable évaluation multidimensionnelle et pluridisciplinaire des capacités décisionnelles
- **Proposition 06** : Développer, dans la formation des professionnels de l'aide et de l'accompagnement, y compris à domicile, la dimension participative de la personne elle-même en insistant pour faire évoluer la présomption d'incapacité vers une présomption de compétence, ce qui permet de reconnaître la valeur de la parole.
- **Proposition 07** : Développer la formation des acteurs du champ sanitaire, social et médico-social en insistant sur tous les aspects de l'évaluation de la personne
- **Proposition 08** : Mettre en place, dans la formation initiale des médecins, un module sur le droit des (in)capacités et d'évaluation de capacités décisionnelles des personnes vulnérables
- **Proposition 09** : Mettre en place une formation spécifique (initiale et continue) destinée aux médecins inscrits sur les listes établis par les procureurs de la République dans le cadre des demandes de protection juridique
- **Proposition 10** : Mettre en place des modules de formation commune entre les acteurs des champs du social/du médico-social/du sanitaire et du judiciaire.
- **Proposition 11** : Mettre en place un même type de formation au niveau des cadres et des décideurs (EHESP/ENM par exemple)

## B. Un pilotage plus efficace autour d'un outil de connaissances partagé

### 1. Penser les niveaux territoriaux d'intervention.

Mieux évaluer les situations en pensant les outils pour qu'ils soient pluridisciplinaires, multidimensionnels et dynamiques, c'est à dire évolutifs, est indispensable. Organiser les réponses à apporter aux besoins recensés est tout aussi crucial. Cela implique de s'interroger en commun sur le niveau pertinent d'intervention qui doit à la fois être en proximité suffisante pour répondre efficacement aux demandes des personnes et de leurs familles mais aussi à un niveau plus large pour avoir une approche opérationnelle plus efficiente et globale.

L'articulation entre la région (ARS, DRJSCS, Magistrat délégué à la protection des majeurs de cour d'appel), le département (DDCS, Procureur de la République des tribunaux de grande instance, Conseils généraux, MDPH notamment) et le niveau de plus grande proximité qu'est l'arrondissement ou l'agglomération (CCAS, juge des tutelles des tribunaux d'instance) est primordiale.

Les propositions envisagées par le CNBD pour une coordination départementale des informations préoccupantes (Charte proposée par le groupe 2.2) constituent une avancée majeure dans la lutte contre la maltraitance et il serait sans doute pertinent d'instituer un lien entre cette cellule de recueil et une instance de coordination plus large afin de permettre, dans les meilleurs délais et quand c'est nécessaire, une protection civile de la personne, en plus des éventuelles poursuites pénales.

Plus généralement, et pour véritablement répondre aux objectifs du législateur de 2007, un pilotage régional/ départemental associant tous les acteurs concernés permettrait de mieux appréhender les besoins réels des personnes au regard de l'offre proposée par les dispositifs sociaux, judiciaires et sanitaires. Notons à cet égard les extrêmes difficultés rencontrées sur le terrain pour mettre en place un accompagnement cohérent et en continu des personnes souffrant de pathologies mentales lourdes. Les mesures d'accompagnement social personnalisé (MASP) sont quant à elles sous-utilisées pour tous les publics (3.317 au 31 décembre 2013).<sup>120</sup>

Une réflexion nationale doit être initiée sur le pilotage général du dispositif de protection des personnes les plus vulnérables et une dynamique nouvelle de l'action publique doit impérativement être mise en place. Cette dynamique doit intégrer les travaux déjà réalisés, par exemple dans le cadre du rapport de Joël Ménard remis au Président de la République le 8 novembre 2007, mais aussi du plan maladies neurodégénératives et du plan prévention. Elle devra ne pas oublier la question spécifique, mais très sensible et douloureuse, des prises en charge à l'étranger et en particulier en Belgique. Plus globalement, elle devra imaginer les cohérences de proximité sous tous leurs aspects et dans leur grande complexité. Le rapport Ménard, en particulier, a très bien montré combien « les personnes devenues très dépendantes se caractérisent par des problèmes médicaux associés à des problèmes psychologiques ou comportementaux aux conséquences sociales parfois dramatiques. La grande difficulté réside dans la coordination des intervenants pour accompagner le parcours de vie de ces malades. Une meilleure articulation entre les structures de soins, d'information et d'accompagnement doit permettre de construire un parcours de prise en charge correspondant à la fois au cas de chaque patient et à la situation de chaque famille. Il s'agit d'offrir une réponse graduée et adaptée à chaque cas, dans une logique d'organisation et de rationalisation de l'existant et non de création ex nihilo. Si, dans une démarche idéale, l'ensemble des malades devrait être pris en charge, à terme, par un référent médico-social unique, ce besoin est indispensable à court terme pour des malades complexes vivant à domicile, soit 15 à 20 % des malades, caractérisés par un déclin cognitif significatif, une perte d'autonomie, un isolement social et/ou l'épuisement des aidants, la nécessité

<sup>120</sup> Source : Ministère de la Justice

de mobiliser des professionnels de plusieurs champs de compétence ou un risque accru de fréquentation hospitalo-institutionnelle. Ce correspondant unique, responsable de la prise en charge globale, doit être l'interlocuteur direct de la personne et du médecin traitant. Sa mission, continue dans le temps, y compris lors des éventuels épisodes d'hospitalisation, doit s'exercer dans les deux champs sanitaire et social : évaluation et élaboration d'un projet individualisé, lien avec les différents intervenants et suivi de la réalisation des actions menées. » La réflexion territoriale que nous devons engager devra donc aussi se pencher sur le rôle et la place du métier de gestionnaire de cas. Dans le prolongement de l'expérimentation sur les gestionnaires de cas, inspiré des expériences conduites au Québec, au Danemark ou en Suède, cette fonction actuelle dédiée aux « cas complexes » pourrait être mobilisée dans le cadre d'une coordination de proximité garantissant une véritable prise en charge multidisciplinaire adaptée à la situation de chacun.

## 2. Mieux coordonner les acteurs pour améliorer les dispositifs de protection.

Les principes posés par la loi de 2007 visent à renforcer la coordination des acteurs de la protection juridique des majeurs. La philosophie de la loi du 5 mars 2007 et de ses décrets d'application tend clairement à renforcer le pilotage de la politique publique de la protection juridique des majeurs. Par pilotage, il faut entendre le besoin de mettre en œuvre une politique publique régulée et contrôlée et impulsée par deux principaux acteurs :

- L'institution judiciaire qui décide la mise sous protection et son attribution et donc créé le besoin d'une prise en charge ;
- Le ministère des affaires sociales et de la santé qui via l'autorité préfectorale et les directions de la cohésion sociale a une action de régulation et de contrôle du secteur de la protection juridique par le biais les professionnels : les Mandataires Judiciaires à la Protection des Majeurs (MJPM)

La construction de liens et de partenariats locaux, en proximité et à un niveau régional et départemental, entre les juridictions (cours d'appel et tribunaux d'instance) d'une part et les directions régionales et départementales de la cohésion sociale d'autre part est indispensable à une mise en œuvre effective, adaptée et de qualité, de la protection juridique des personnes majeures vulnérables. L'intervention de l'autorité judiciaire ne saurait en effet être déconnectée de l'action des intervenants sanitaires et sociaux et des directions de la cohésion sociale. Elle est nécessairement « contextualisée » et la subsidiarité des mesures qu'elle est amenée à prendre dépendra du tissu sanitaire et social déployé sur le territoire où elle opère. Au-delà, lorsque des mesures de protection judiciaires sont organisées, le tandem entre l'institution judiciaire et les directions de la cohésion sociale doit impérativement être opérationnel. Le rôle de ces dernières est particulièrement important à l'égard des MJPM puisqu'elles régulent le cycle partant de la formation (habilitation et contrôle qualité du certificat national de compétence MJPM), à l'habilitation et au financement des MJPM. Plus généralement, les objectifs de la loi du 5 mars 2007, tendant à favoriser l'autonomie des personnes lorsqu'elle est possible et valorisant les capacités restantes ou relatives, conduisent nécessairement à un rapprochement entre la situation des personnes souffrant d'altérations de leurs facultés personnelles au sens de la loi de 2007 et les problématiques rencontrées dans le champ des personnes âgées et des personnes en situation de handicap.

Cette approche globale est tout aussi importante pour favoriser la coordination des acteurs. La personne juridiquement protégée a par définition une pathologie ou des altérations qui impliquent des interventions au niveau social, médico-social et sanitaire qui dépassent la seule dimension judiciaire de la décision du juge et l'action de protection attendue du MJPM. A cette fin, il est devenu indispensable à l'organisation d'une protection respectueuse et « bientraitante » des personnes, qu'un cadre de coordination transversale et plus globale des acteurs soit mis en place, associant également les collectivités locales et les Agences Régionales de Santé. « *Les personnes sous*

*protection juridique doivent ainsi être élevées en indicateurs plus globaux des réalités des prises en charge (services, hébergements, prestations sociales...) dans notre société. L'action publique à destination des majeurs protégés peut être la clef d'une réussite plus globale de la prise en charge individualisée et « bientraitante » des personnes en incapacité ou dépendantes. »* L'ensemble de ces acteurs a également un rôle à jouer au niveau des mandataires familiaux (voir infra IV) qui ont besoin d'une aide et d'un soutien s'inscrivant dans la logique de l'aide aux aidants familiaux.

### 3. Un pilotage local associant la Justice et la Cohésion sociale.

**Une meilleure intégration du rôle des DRJSCS et des DDCS.** Dans la réalité, pour bien fonctionner, les services (DRJSCS et DDCS) doivent s'inscrire dans une logique « intégrée » du fait des champs de compétences croisées qui sont difficilement dissociables. Certaines régions et quelques départements l'ont mise en œuvre et le Nord-Pas-de-Calais en est un exemple significatif. La DRJSCS y définit la stratégie et pilote la tarification des services MJPM et la DDCS (référént de proximité) instruit les propositions budgétaires de ces services et leur compte administratif. Les DDCS ouvrent les autorisations à de nouveaux MJPM individuels suite à une concertation pilotée par la DRJSCS en lien avec la justice après définition du besoin dans le cadre de la mise en œuvre du schéma régional MJPM et DPF en particulier. Des bonnes pratiques s'y développent tel l'établissement de listes départementales de MJPM par tribunal d'Instance, ce qui permet un vrai pilotage territorialisé des autorisations au vu des besoins évalués en concertation. DRJSCS et DDCS se relaient dans les différents comités de pilotage et groupes de travail locaux et nationaux.

La dimension intégrée n'implique donc pas la disparition d'un échelon pour un autre mais l'institution d'un échelon qui pilote, arbitre et organise l'action des deux différents niveaux. Si les niveaux sont en opposition ou ne se coordonnent pas alors l'action globale que nécessite la régulation du secteur de la protection juridique des majeurs ne peut être pleinement effective. Le niveau régional, en raison de son rôle de pilote du schéma régional MJPM et DPF, semble le mieux placé pour organiser cette démarche intégrée entre les directions régionales et les directions départementales, démarche de management transversal qui doit être fluide et directe entre les équipes techniques.

Sans doute conviendrait-il aussi de rationaliser certaines compétences afin de dégager des ETPT et de simplifier les procédures, par exemple en simplifiant la tarification des services MJPM en créant une vraie logique de contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens sur 3 ans au vu d'indicateurs spécifiques (exemples VPS) afin de sécuriser les logiques de gestion des opérateurs et en élevant la procédure d'autorisation des services MJPM au niveau régional afin de permettre des appels à projets régionaux sur les extensions de mesures et les créations de service (tout en conservant les listes départementales) et faire des appels à candidatures pour les agréments MJPM individuels.

**La coordination Justice-Cohésion sociale et des autres financeurs : une condition critique de la réussite de cette politique publique.** Clairement, le juge de tutelles (niveau de proximité) et le magistrat délégué à la protection des majeurs (niveau régional) ont un rôle qui ne se limite pas à la décision judiciaire de mise sous protection mais implique de s'intéresser et de contribuer à la décision publique au côté de la cohésion sociale. De même, les autres financeurs publics, essentiellement la sécurité sociale, ont eux aussi un rôle plus politique et de contrôle à prendre pour qu'une véritable politique publique de protection de qualité puisse être mise en place.

Sur les territoires, de bonnes pratiques ont été instituées et pourraient servir de points d'appui à des réflexions plus larges. Ainsi, dans le Nord-Pas-de-Calais, une réunion trimestrielle est organisée avec les services de la Cohésion Sociale (DRJSCS et DDCS) et une représentation de la Justice formalisée de la manière suivante : à minima le magistrat délégué à la protection des majeurs de la cour d'appel, le

représentant du procureur général, 2 juges des tutelles du tribunal d'instance chef-lieu du département du Nord et du Pas-de-Calais. Un SharePoint, espace collaboratif Internet sécurisé de travail, a été créé pour cette instance. Cette instance a en particulier vocation à coordonner les actions de la Justice et de la Cohésion sociale sur l'activité des MJPM (dont une dimension observatoire statistique partagée), le contrôle MJPM, les doctrines, les problématiques rencontrées, la programmation des agréments des MJPM, les problèmes de droit. La parole y est libre, les réunions sont animées par la DRJSCS et la recherche de la co-construction Justice-Cohésion sociale de la réponse à une situation ou à enjeux est une ligne directrice. En Ile De France, un Observatoire régional a été mis en place par la DRJSCS et les cours d'appel de Paris et Versailles. Il réunit les DDCS, des représentants des juges des tutelles et du parquet, les conseils généraux, un représentant de l'Agence Régionale de Santé, des représentants des MJPM, des médecins inscrits, des familles. Il vise, à partir d'un état des lieux croisé entre les participants, à une diffusion de la connaissance et une coordination plus large des interventions. Il est un point d'appui précieux pour l'élaboration du schéma régional.

Ces exemples démontrent qu'il est particulièrement important d'institutionnaliser une rencontre régulière sur les territoires entre des représentants de la Justice et les agents en charge du dossier pour la Cohésion sociale. Ces rencontres doivent permettre la diffusion de la connaissance et l'analyse commune des situations et problématiques. Elles doivent aussi pouvoir décider des suites à donner et de doctrines communes et pratiques à mettre en œuvre entre ces deux univers. La présence des collectivités territoriales et de l'ARS serait un atout supplémentaire.

Pour les financeurs publics, seul le Nord-Pas-de-Calais, organise une réunion à un niveau régional chaque année en mars-avril pour échanger sur le bilan des financeurs publics en N-1 et anticiper les enjeux financiers N. L'objectif est de discuter des problématiques de financement et des actualités (pré-dialogue de gestion avec les financeurs publics). Un SharePoint a été créé pour cette instance. Sont invités à cette instance tous les financeurs publics de la région : CAF 59 et 62, CARSAT, MSA, RSI, CG 59 et 62, CPAM « référente régionale ». Il est à noter que cette instance réunit surtout des personnels techniques et des agents comptables qui sont dans une logique plutôt d'instruction nationale pour cadrer leur action que de développement via l'animation locale et l'expérimentation.

#### 4. La nécessaire coordination avec les autres acteurs pour améliorer la prise en charge des personnes protégées (ARS, CPAM, Conseil Régional...).

Comme évoqué précédemment, les collectivités locales et l'Agence Régionale de Santé ont un rôle essentiel dans les prises en charge de droit commun compte tenu de la spécificité des publics que sont les majeurs protégés. A ces institutions, il faut aussi ajouter les organismes de sécurité sociale dans leur action sociale/travail social. Ainsi, si les professionnels de ces institutions et ceux des organismes et structures sous leur tutelle ne sont pas bien préparés et informés sur la situation des majeurs protégés, alors ces derniers malgré leur protection se verront potentiellement « maltraités » dans leurs droits et prises en charge du fait de la mauvaise compréhension des acteurs. Il convient donc de trouver les espaces de politiques publiques qui permettent d'intégrer opérationnellement les problématiques des majeurs protégés dans l'action de politique publique des ces différents acteurs.

L'Agence Régionale de Santé et les Conseils généraux ont une action commune (exclusive et partagée) sur les publics handicapés (dont ceux relevant de la psychiatrie) et les personnes âgées. Ces deux catégories de publics correspondent pour une grande partie aux personnes sous protection juridique. Ainsi, il est stratégique que soient pris en compte les majeurs protégés et les mandataires professionnels et familiaux dans le cadre de certains documents du **Projet Régional de Santé de l'ARS**. Par exemple, il paraît incontournable de reconnaître des actions concernant les majeurs protégés dans les actions transversales du Schéma Régional de l'Offre Médico-Sociale (**SROMS**). Ainsi

par exemple, une telle reconnaissance a abouti dans le SROMS du Nord-Pas-de-Calais suite au travail réalisé par la DRJSCS lors de son écriture. Cela a conduit depuis 2011 à mener des actions communes, dont : une étude sur la connaissance par les professionnels en services et établissements sanitaire et médico-sociaux de la protection juridique des majeurs ; un guide des majeurs protégés en établissements et services sanitaires et médico-sociaux ; un outil sur l'autorisation de soins des majeurs protégés en établissement hospitalier ; une étude sur le vieillissement des personnes handicapées dont les majeurs protégés. La commission de coordination du médico-social permet ensuite de s'assurer de la mise en œuvre des actions décidées et de la prise en compte des problématiques transversales. Il semble important que la DRJSCS et un représentant de la justice y soient bien présents. Le SROMS et la commission de coordination sur le médico-social permet à minima de réunir sur ces sujets l'ARS et les Conseils Généraux.

Plus technique, le PProgramme Interdépartemental d'ACcompagnement des handicaps et de la perte d'autonomie (**PRIAC**), est chaque année actualisé par l'ARS qui mène en ce sens une consultation. Ce programme est important car il s'intéresse aussi très pratiquement à la question des aides aux aidants familiaux. Une thématique qui doit pleinement s'inscrire dans la recherche de la mise en œuvre des services d'information et de soutien aux tuteurs familiaux.

**Le Programme régional pour l'accès à la prévention et aux soins des plus démunis (PRAPS)** semble aussi un document très important car il développe une dimension forte sur l'accès aux droits. Cette occasion doit aussi être saisie pour cette fois-ci permettre une action plus efficace des organismes de sécurité sociale (qui doivent participer au PRAPS : CAF, CPAM, CARSAT ...) sur la thématique de l'accès aux droits de la santé (sens large) et d'action sociale auprès du public des personnes protégées qui n'est pas, par nature, un public qui peut être facilement sollicité pour un entretien dans les locaux des organismes de sécurité sociale ou par téléphone et internet. Des actions sont certainement à construire avec les MJPM et les mandataires familiaux en ce sens.

A titre d'exemple, dans le Nord-Pas-de-Calais, une expérimentation sur le Valenciennois regroupe la **CPAM** et des MJPM afin de leur donner des accès privilégiés (convention CPAM-MJPM : contact dédié à la CPAM, facilité de gestion des comptes AMELI des protégés, appui à l'ouverture des droits de la CPAM sur les ACS et la CMU-C, information ciblée pour les actions de santé et de prévention gratuite, formation gratuite des MJPM sur la CMU-C et l'ACS...) pour s'assurer de l'accès aux soins et de la bonne ouverture des droits de leurs protégés ! C'est une conséquence directe du PRAPS. L'expérimentation est un succès et devrait être présentée par la CPAM du Hainaut à la CNAMTS afin d'élever la bonne pratique au niveau national.

Au niveau de la région, le Contrat de plan régional des formations professionnelles (CPRFP) du Conseil régional, donne lieu à l'élaboration de contrats d'objectifs sectoriels dont un sur le **Contrat d'objectifs sectoriels sanitaire, social et médico-social (COS)**. Cet outil est intéressant pour intégrer la réflexion sur la formation initiale et continue des MJPM. C'est un moyen de partager la problématique avec le Conseil régional.

Parmi les exemples de bonnes pratiques de coordination mises en place sur les territoires, citons l'expérience originale et intéressante menée dans le département de l'Aveyron. Dans ce département, sous l'égide du Conseil général de l'Aveyron, la volonté de mettre en œuvre une politique d'action sociale et médico-sociale de prévention et de protection des personnes vulnérables en s'appuyant sur un partenariat étroit d'acteurs départementaux et locaux a permis aux services de l'Etat, autorités judiciaires, collectivités locales, institutions à caractère social ou médical, professionnels de santé, mandataires judiciaires à la protection des majeurs de se mobiliser aux côtés du Conseil général et d'adopter un « **Schéma Prévention et Protection des Majeurs**

**Vulnérables** »<sup>121</sup> permettant au Conseil général et à ses partenaires de :

- se doter d'un outil de pilotage et de planification partagé pour la prévention et la protection des majeurs vulnérables pour la période de 2014-2019,
- dresser un bilan de l'offre partenariale existante en la matière,
- déterminer les perspectives et les objectifs de développement de cette offre,
- définir et mettre en œuvre l'organisation nécessaire pour prendre en compte dans les meilleures conditions ces problématiques, dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne,
- conforter et améliorer, au travers de protocoles de travail, les relations partenariales pour prévenir les risques de danger,
- mettre en place les moyens d'aide ou de protection des personnes vulnérables,
- définir les critères d'évaluation des actions mises en place dans le cadre du schéma.

Enfin, en deçà des organisations territoriales et à un niveau de proximité immédiat pour les personnes, citons la mise en place de Chartes telle celle des bonnes pratiques partagées entre professionnels des établissements publics de santé mentale et des services de MJPM dans le Morbihan destinée à renforcer la coordination des professionnels de santé et des MJPM au sein des établissements. Co-construite par des associations d'usagers, les EPSM et les services mandataires judiciaires, elle se donne 4 objectifs : renforcer la connaissance mutuelle des professionnels des EPSM et des MJPM, de leurs missions et prérogatives ; optimiser le partenariat au bénéfice des personnes protégées dans le cadre d'une relation concertée ; garantir le respect des droits fondamentaux et la dignité des personnes ; accompagner vers l'autonomie de vie sociale en rendant la personne protégée actrice de son projet de soins et de vie.

## 5. Une connaissance partagée à mieux développer et outiller

**Pour un SI global et partagé sur l'activité des mesures de protection.** Fin 2010 (opérationnel en janvier 2011) a été créé le Système d'Information RI-MJPM dans la région Nord-Pas-de-Calais. Il est depuis devenu essentiel pour comprendre l'évolution des mesures de protection confiées à des MJPM sur les territoires et les croiser avec les chiffres de la Justice sur l'ensemble des mesures. Il est certain pour les acteurs locaux que, sans ce SI, aucun pilotage réactif de l'offre et du besoin ne serait possible. La programmation des agréments et des éléments financiers répond ensuite à ces analyses du besoin sur les territoires des tribunaux d'instance dont les juges des tutelles sont prescripteurs de mesures de protection, et non uniquement par une simple logique d'interpellation des acteurs. Il serait donc pertinent d'étudier la possibilité de professionnaliser ces SI afin d'avoir une connaissance des phénomènes statistiques par territoire opérationnel (au niveau du tribunal d'instance) et par MJPM quel que soit le mode d'exercice (contrôle d'activité).

Aujourd'hui, il n'existe pour étudier les flux de données que des enquêtes nationales exploitables localement en N-1/ N-2, ou le suivi fastidieux des remontées semestrielles des MJPM individuels, ou

<sup>121</sup> Schéma signé par le Président du Conseil général de l'Aveyron, le Président et le Procureur de la République du TGI de Rodez, la DDCS de l'Aveyron, la DDSP de l'Aveyron, le Groupement de Gendarmerie Départementale de l'Aveyron, l'ARS, l'Association des Maires de l'Aveyron, l'Union départementale des CCAS, la MSA, le Conseil départemental de l'Ordre des médecins, l'Association tutélaire de l'Aveyron Lozère, l'UDAF 12, l'Union des Mutuelles Millavoises, les différents centres hospitaliers du département, l'Association d'aide aux victimes et de médiation de l'Aveyron

encore des indicateurs de tarification des services MJPM durant les phases de la campagne budgétaire annuelle. Un Système d'information dynamique et global sur l'activité des mesures de protection partagé entre la Justice et la Cohésion sociale sur les territoires semble incontournable pour assurer une réelle connaissance des phénomènes et des besoins.

**Pour des plateformes locales et nationales de diffusion de la connaissance et des bonnes pratiques.**

A ce jour, il n'existe pas d'espace ressource national labélisé par le ministère de la Justice et le ministère des Affaires sociales et de la santé qui diffuserait une information sur la protection juridique des personnes, gratuite aussi bien pour le grand public que pour les professionnels. La demande est pourtant réelle tant de la part des familles que des professionnels et des chercheurs.

Il faut cependant veiller à la fois à garantir des espaces de diffusion de l'information pour tous (même si des catégorisations peuvent être étudiées pour permettre des accès ciblés) et des espaces dédiés aux usagers, familles, professionnels. S'agissant des professionnels, il est devenu urgent de construire, par exemple, un outil de partage d'information entre les acteurs de la Justice et de la Cohésion sociale tant au niveau national entre les ministères concernés qu'au niveau territorial.

Des territoires ont déjà mis en place des plateformes à l'image du centre de ressources régionales sur la protection juridique des majeurs dans le Nord-Pas-de-Calais : <http://protection-juridique.creainpdc.fr/> (espaces dédiés, boîtes à outils, annuaire, cartographie, base documentaire,... interface avec le SRISTF Nord-Pas-de-Calais). Cette expérience locale bénéficie du double label et permet un relai d'information fiable et organisé aussi bien pour le grand public que les familles, les professionnels mais aussi les différents partenaires institutionnels.

Au-delà de cette diffusion d'informations pratiques, force est de constater que plus de 6 années après l'entrée en vigueur de la loi du 5 Mars 2007, la connaissance de la loi elle-même et de ces effets qualitatifs est encore à développer. Il est donc absolument nécessaire de favoriser des études qualitatives sur ces thématiques pour mieux comprendre les situations des parcours des personnes et des phénomènes statistiques, puis de les diffuser sur ce type de plateforme. A titre d'exemple, le Nord-Pas-Calais procède à des études depuis 2010 sur les MJPM. Il semble également souhaitable de développer la mise en commun des productions des formations de MJPM, notamment des mémoires réalisés par les stagiaires, et de l'information locale et nationale diffusées aux MJPM. Des espaces neutres de mise en commun et de réflexion transdisciplinaire pourraient répondre à ce besoin, avec le soutien de l'Université par exemple ou d'autres instances. Dans le Nord-Pas-de-Calais, un centre de ressources régionales sur la protection juridique des majeurs a ainsi été mis en place avec espace dédié, veille jurisprudentielle, commentaires d'arrêts..., ainsi qu'un groupe de travail sur l'harmonisation et le protocole régional du certificat national de compétence des MJPM pour garantir une vraie qualité du certificat.

Il est enfin indispensable de répondre au besoin primordial d'organiser et de garantir sur les territoires une information et un soutien aux tuteurs familiaux (Voir partie dédiée du rapport sur ce point).

- **Proposition 12 : Créer une instance nationale de coordination Affaires Sociales-Santé/Justice en lien avec gouvernance territoriale**
- **Proposition 13 : Instituer un lien entre cette instance et la cellule de recueil des informations préoccupantes relative à la maltraitance des personnes afin de permettre, dans les meilleurs délais et quand c'est nécessaire, une protection civile de la personne, en plus des éventuelles poursuites pénales**

- **Proposition 14 :** Inscrire les DRJSCS et les DDCS dans une logique intégrée de travail sur la protection juridique des majeurs avec un vrai rôle affirmé de pilote et de coordination du niveau régional fondé sur le schéma régional des MJPM et des DPF
- **Proposition 15 :** Instituer un pilotage régional des MJPM (animation, inscription-habilitation, contrôle) animé par les services de la cohésion sociale et les acteurs judiciaires dans le cadre des schémas régionaux MJPM et DPF aux compétences élargies à la protection des personnes vulnérables
- **Proposition 16 :** Elever la procédure d'autorisation des services MJPM (dont la question de l'extension du nombre de mesures) au niveau régional afin de pouvoir organiser des appels à projets régionaux mutualisés (services mandataires) ou des appels à candidatures régionaux (MJPM individuels) pour l'ensemble des territoires avec pour objectifs de mettre en cohérence, de simplifier et d'optimiser les ressources humaines
- **Proposition 17 :** Définir le tribunal d'instance comme le territoire opérationnel de cette politique publique et donc acter en droit la construction de listes départementales ou régionales des MJPM autorisant l'exercice par tribunal d'instance, avec pour objectif la mise en cohérence et la sécurisation du pilotage territorial au vu de l'analyse pertinente des besoins
- **Proposition 18 :** Aller au bout de la logique de tarification au vu des indicateurs spécifiques des services MJPM (définir seuil et plafond VPS et cible régionale...) et passer à une logique de Contrat Pluriannuel (3 ans) d'Objectifs et de Moyens sur la base de valeurs (activité en points et en mesures, charges autorisées, produits anticipées) et d'indicateurs cibles (VPS, P2M...) avec arrêté annuel de tarification pour affiner la DGF et les quotes-parts, avec pour objectifs la simplification, la meilleure responsabilisation et la programmation de gestion des services MJPM, donc une meilleure utilisation des fonds publics, la possibilité de dégager du temps de travail pour l'animation et pour l'inspection contrôle des dispositifs
- **Proposition 19 :** Transférer la tarification des services Délégué aux Prestations Familiales aux CAF et MSA, qui sont quasiment les seuls financeurs, avec pour objectifs la simplification et la mise en cohérence, outre le temps de travail ainsi repris pour l'animation et l'inspection contrôle des dispositifs
- **Proposition 20 :** Repenser la Mesure d'Accompagnement Personnalisée (MASP) et garantir son application plus large afin de s'assurer de la vraie implication des Conseils Généraux et ouvrir la MASP aux personnes sans prestations sociales
- **Proposition 21 :** Créer un service MJPM à compétence nationale via un financement national pour les mesures de protection en Belgique, dans des objectifs de meilleur contrôle des droits des personnes, de rationalisation et de maîtrise des coûts et des prises en charge des mesures de protection venant de toute la France pour les ressortissants Français hébergés en Belgique, et ouverture d'antennes de proximité en Belgique.

## C. L'enjeu de l'appropriation du droit par les acteurs : pour un Guide d'appropriation des règles de protection des personnes vulnérables et de leurs capacités

Les transformations démographiques, économiques et sociales des dernières décennies conduisant à la mise en avant de l'autonomie comme valeur sociale et comme horizon ont été prises en compte par les pouvoirs publics par la succession de lois visant toutes à mieux préserver et acquérir une autonomie personnelle et la protection des vulnérabilités. Ce cycle législatif s'est traduit par la multiplication de nouvelles dispositions relatives au droit civil, au droit de la santé, au droit de la famille, et de l'action sociale, dispositions qui se sont accumulées sans que le grand public ne puisse saisir l'ensemble de cette dynamique. De nombreux acteurs professionnels, de la société civile, ont répondu à cette pluralité législative en élaborant des guides de bonnes pratiques, des chartes éthiques, ou encore des recommandations. Des autorités indépendantes ont également contribué à cette production de préconisations. Tous ces textes s'adressent à des publics spécifiques ou traitent d'interventions particulières, mais aucun n'a jusqu'alors proposé un cadre général permettant à tous les acteurs de la prise en considération de la vulnérabilité, grand public ou professionnels.

Un rapide panorama international conduit à constater que de tels documents ne sont pas nombreux, mais qu'ils existent dans certains Etats. Pour répondre au déficit d'intelligibilité publique produite par la profusion législative pas toujours coordonnée, participer à une meilleure effectivité des lois, et expliciter le souffle commun qui traverse ces différentes dispositions, la commission « droit et éthique de la protection » propose la production d'un « guide d'appropriation des règles de protection des personnes vulnérables et de leurs capacités », qui pourrait être prévue dans le cadre de « la loi d'orientation et de programmation pour l'adaptation de la société au vieillissement ».

### 1. La présentation du Guide.

**Les objectifs du Guide :** Le « guide d'appropriation » vise à présenter dans un même écrit les différentes règles juridiques générales relatives à la protection que la personne peut recevoir lorsque son état ou sa situation la rend particulièrement vulnérable. Il rassemble toutes les dispositions relatives à la prise en considération de sa capacité civile et des vulnérabilités spécifiques qui peuvent affecter des sujets de droit.

Il donne des informations juridiques, des repères éthiques et s'appuie sur des exemples de situation où l'autonomie d'une personne est incertaine. Il s'adresse à toutes les personnes qui sont amenées, pour des raisons professionnelles, familiales, ou simplement relationnelles, à accompagner, soigner, et prendre soin, des adultes dont la particulière vulnérabilité empêche de prendre des décisions ou agir dans leur propre intérêt. Il s'adresse tout particulièrement aux personnes qui sont dans l'obligation d'intervenir alors que les destinataires de l'intervention ne peuvent y consentir.

**L'organisation du Guide :** Le guide propose des repères relatifs à la place du droit dans la visée sociale de préservation de l'autonomie des personnes vulnérables.

Après avoir rappelé les différentes dispositions législatives énonçant le principe d'autonomie personnelle et la garantie juridique que lui donne la présomption de capacité, le guide propose de décliner les différentes procédures d'accompagnement (aide à la décision, assistance, représentation) permettant d'intervenir dans les cas où la vulnérabilité de la personne induit une potentielle réduction de ses aptitudes à décider et à agir dans son intérêt.

Il présente sous une forme accessible les modalités d'évaluation des capacités des personnes et la définition de la décision et de l'action au meilleur intérêt. Le guide décrit la mise en œuvre des

différentes dispositions anticipatrices (directives anticipées, Mandat de protection future), ainsi que le rôle des différentes instances (judiciaires, médicales, administratives...) amenées à contrôler la protection des personnes.

**Le statut juridique du Guide :** Ce guide n'a pas vocation à être opposable devant une instance judiciaire. Mais son statut est défini par une disposition législative. Si les personnes auxquelles il s'adresse n'ont pas obligation de s'y conformer, elles doivent néanmoins pouvoir justifier des raisons les conduisant à ne pas suivre ses orientations. Sa promulgation se fait après concertation et validation par les différentes instances concernées.

## 2. L'esquisse du Guide :

L'esquisse proposée a pour but de donner à voir une structuration possible de ce guide d'appropriation. Il ne s'agit pas d'un plan détaillé. L'élaboration du guide devra être réalisée dans le cadre d'un groupe interdisciplinaire réunissant des praticiens des domaines de la santé, de l'accompagnement social et du droit, ainsi que des universitaires.

### Partie 1. L'autonomie et son accompagnement.

La première partie du guide présente la manière dont le droit et ses différentes composantes protègent l'horizon d'autonomie qui est au fondement des droits civils et sociaux.

#### A/Le principe de capacité :

Toute personne adulte est considérée comme autonome dans sa vie sociale et civique. Cette autonomie est garantie juridiquement par les libertés fondamentales et par la présomption de capacité civile qui comprend la capacité à exercer ses droits, à prendre librement des initiatives et des décisions pour les mettre en œuvre, ou à orienter sa vie selon ses valeurs et ses croyances.

#### *Scénario 1 : garantir le passage à la majorité civile*

#### B/ La subsidiarité de l'accompagnement :

L'autonomie de la personne s'exerce à travers de multiples relations de soin, d'attachement et dépendance. A tout moment, la personne est présumée capable de refuser ces relations, excepté s'il est avéré qu'un accompagnement doit s'imposer à la personne.

Personne ne doit être considéré comme incapable d'exercer ses droits tant que toutes les étapes pour l'accompagner n'ont pas été réalisées. Les incapacités d'exercice ne peuvent être définies que pour des actes délimités.

L'accompagnement assuré par des professionnels est subsidiaire des relations d'accompagnement ordinaires que les personnes ont entre elles.

Quand la personne manque de capacité de manière durable pour prendre des décisions relatives à sa santé, à ses biens, à sa personne, à son logement, en particulier, une protection spécifique lui est apportée sous le contrôle du juge.

#### *Scénario 2 : les étapes d'accompagnement à la prise de décision*

#### *Scénario 3 : la subsidiarité de l'accompagnement professionnel*

#### C/ Les garanties accompagnant les réductions de liberté

Dans certaines circonstances, la sécurité d'une personne manquant de capacité peut nécessiter une restriction de ses libertés. Cette réduction ne peut être réalisée que dans le meilleur intérêt de la

personne et sous le contrôle possible du juge.

*Scénario 4 : S'assurer des procédures de recours*

Les articles de référence : articles 7, 8, 414 du Code civil ; Recommandation N°R99 (4) du Conseil de l'Europe ; article 12 de la Convention de l'ONU sur les personnes en situation de handicap.

## **Partie 2. L'accompagnement des personnes très vulnérables**

### A/ L'accompagnement ordinaire

La protection de la personne est assurée de manière ordinaire par des relations d'attachement (famille, amis, proches) qui accompagnent la personne.

Dans certaines circonstances, l'accompagnement doit se faire de manière spécialisée, par des professionnels des domaines sanitaire, médico-social, social, qui disposent d'un mandat civil ou administratif spécifique à cette fin.

L'accompagnement prend des formes variées : l'assistance, le contrôle, la confiance.

### B/ L'accompagnement des mesures judiciaires de protection

*Le principe de l'accompagnement : la moindre intervention.*

L'accompagnement doit se faire de manière nécessaire, subsidiaire et proportionné.

*L'accompagnement « au meilleur intérêt de la personne. »*

L'accompagnement fait au nom de la protection de l'autonomie d'une personne, et du respect de ses droits, doit être réalisé dans son intérêt.

### C/ L'accompagnement organisé par anticipation

Toute personne peut anticiper l'accompagnement dont elle veut bénéficier au moment où elle sera très vulnérabilisée. Différentes dispositions sont prévues : la personne de confiance, le mandat de protection future, les directives anticipées.

Les articles de référence : articles 525 du Code civil ; articles L 271-1, L 311-3 et R 146-31 du code de l'action sociale et des familles.

## **Partie 3. L'évaluation des (in)capacités et du besoin de protection**

### A/ Les critères du manque de capacités

Le manque de capacités et le besoin de protection doivent être réalisés pour des actes circonstanciés et délimités. De nombreux tests peuvent être utilisés pour évaluer les aptitudes et les capacités des personnes (MMSE, CIM, guide-barème ...).

Le manque de capacités et le besoin de protection sont avérés quand la personne n'est pas en mesure de prendre les dispositions nécessaires à sa santé physique, au soin de sa personne, à sa sécurité, même avec une assistance technique appropriée. Pour ne pas identifier abusivement un manque de capacité, différents critères de vigilance sont requis :

*-la non-discrimination* : la capacité d'une personne ne peut être évaluée uniquement sur la base de son âge, de son apparence extérieure ou d'un aspect de son comportement.

Une personne ne peut pas être considérée comme manquant de capacité uniquement parce qu'elle aurait pris une décision déraisonnable.

*-les critères d'évaluation des mesures judiciaires*

#### B/ Qui évalue ?

L'évaluateur du besoin de protection est d'abord la personne qui est directement en lien avec la personne (incapacité) au moment où celle-ci doit (a besoin de ) prendre une décision. Cela signifie que plusieurs personnes peuvent être impliquées par l'évaluation pour des décisions diverses à des moments différents.

Si un médecin ou un professionnel du soin proposent un traitement ou un examen, ils doivent évaluer la capacité de la personne à consentir.

Un notaire, un agent de gestion, doit évaluer la capacité de la personne à l'acte.

Des professionnels du psychisme peuvent aussi donner leur avis au moment où la personne doit prendre une décision. Mais l'évaluation finale est souvent faite par la personne qui accompagne au moment où la décision doit être prise ou l'action mise en œuvre (sous réserve des rôles spécifiques des notaires et des médecins).

Les instances spécialisées/ « expertes » : les consultations mémoire, les MDPH , les psychiatres, les médecins spécialistes.

Textes de référence : Recommandation HAS de 2005.

#### **Partie 4. Le traitement des désaccords et les voies de recours**

Quand l'autonomie de la personne est très vulnérabilisée, et que ses capacités à exercer ses droits sont altérées, la loi prévoit qu'une mesure de protection peut être demandée soit directement au juge des tutelles soit par l'intermédiaire du procureur de la République. Cette mesure sera ou non ouverte après instruction de la demande par le juge.

#### A/ La place et le rôle des juges

Le juge des tutelles

Le juge des libertés et de la détention

Le juge administratif

#### B/ Les voies de médiation

#### **Partie 5. Les liens entre les dispositions des différents codes**

##### A/ Le Code civil et le code de la santé publique

Les articulations entre les codes, notamment sur la question du consentement

Les soins sans consentement

Les mesures de contention dans les établissements

##### B/ Le Code civil et le code de l'action sociale et des familles

L'accompagnement de la signature des contrats de séjour

L'entrée, le séjour et la sortie, dans les services renforcés (UHR)

#### **Partie 6. Les dispositions particulières**

##### A/ La capacité à consentir aux travaux de recherche

Recherches en sciences dures, en sciences sociales

Images, propriétés intellectuelles

B/ La publicité relative aux personnes ayant besoin de protection (très vulnérabilisées)

- **Proposition 22 : Valider un Guide d'appropriation unique et instituer dans le Projet de loi d'adaptation de la société au vieillissement ou dans tout autre vecteur législatif adapté le principe d'un Guide d'appropriation de référence sur le droit des (in)capacités**

### III. Propositions pour une effectivité des droits des personnes en situation de particulière vulnérabilité.

#### A. Comment décider ou consentir quand les facultés sont altérées ?

L'expression et le recueil du consentement éclairé de ce qu'on appelle « l'usager » en santé ou dans le médico-social, et qui est simplement ce que le droit civil dénomme « la personne », constitue un véritable enjeu. Tandis que les droits à l'information et l'obligation de recueillir le consentement sont précisément encadrés par les textes, leur mise en œuvre se heurte à des écueils considérables en pratique. Pourtant, chacune des lois françaises consacrées aux droits des usagers depuis 2002, inscrit comme un leitmotiv la recherche systématique du consentement éclairé de la personne qu'elle soit hébergée<sup>122</sup>, hospitalisée<sup>123</sup>, y compris dans le contexte spécifique de la fin de vie<sup>124</sup>, handicapée<sup>125</sup> ou protégée.<sup>126</sup>

#### 6. La question du consentement.

Cette question fait aujourd'hui débat et appelle sans doute à une évolution du concept juridique actuel. En effet, de plus en plus de voix font valoir que le consentement, même dûment éclairé, relève d'une grande complexité parce qu'il est très difficile à recueillir, ou n'est pas véritablement libre. Un des exemples les plus fréquemment cités est celui de la difficulté voire de l'impossibilité de recueillir le consentement d'une personne âgée lors de son entrée en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) ou de son consentement « forcé ». L'autre exemple qui marque si vivement la Société française en ce moment, porte sur la nature, le poids et la validité juridique d'un refus exprimé par une personne en pleine santé sur l'acharnement thérapeutique, avant qu'elle n'entre dans une phase d'état végétatif chronique ou pauci-relationnel. En droit, (Détenir et comprendre l'info : compléter avec le texte de Fabrice) consentir implique d'exprimer sa volonté, de faire un choix, de donner son accord, son aval, de prendre une décision. En pratique, le consentement est soumis à l'épreuve très forte de la temporalité, notamment lors des trois temps de l'expression, du recueil et du respect de la volonté. Une temporalité qui varie aussi en fonction de la subjectivité, de la personnalité, et de pathologie ou de l'altération des facultés psychiques de chaque individu.

Le pré-requis traditionnel dans notre corpus juridique lie deux droits corollaires : le droit à l'information et l'expression du consentement, ce qui se traduit par la recherche systématique d'un « consentement éclairé ». L'expression imagée communément utilisée par les juristes, fait référence à l'expression d'une volonté préalablement informée, donc donnée en pleine connaissance de cause (y compris des risques). L'information est transmise par les lumières de professionnels compétents lors d'un colloque singulier avec la personne hospitalisée (patient), hébergée (résident) ou prise en charge et accompagnée à domicile. Parmi les droits des patients, c'est justement le droit à l'information qui a donné lieu à la jurisprudence la plus abondante depuis le vote de la loi Kouchner du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

<sup>122</sup> Loi 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

<sup>123</sup> Loi 2002-303 du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé, dite Loi KOUCHNER.

<sup>124</sup> Loi 2005-370 du 25 avril 2005 sur les droits des malades en fin de vie, dite Loi LEONETTI.

<sup>125</sup> Loi 2005-102 du 11 février 2005 sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

<sup>126</sup> Loi 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Le terme d'« usager en santé », privilégié dans le titre de cet article, résulte d'un choix délibéré. L'usager visait à l'origine celui qui recourait à tout service public, il s'est depuis généralisé à la sphère privée. S'il fait parfois l'objet de critiques en ce qu'il est porteur d'une connotation très administrative, par comparaison avec celui plus humaniste de « personne » désormais présent dans les titres de toutes les chartes consacrées à leurs droits, il présente l'avantage de la neutralité dans l'accès aux services de santé. Il permet surtout de se détacher d'une approche trop souvent centrée sur les patients, donc exclusivement sanitaire, en omettant le sort de l'ensemble des personnes, usagers des établissements et services relevant du médico-social. A ce titre, l'usager en santé est bien celui qui recourt, dans le cadre d'un parcours entre son domicile, l'établissement médico-social et l'hôpital, au sanitaire et/ou au médico-social, dans une approche transversale dont personne désormais ne remet en question le bien-fondé<sup>127</sup>.

## 7. Le consentement de l'usager en santé

Dans les deux lois de 2002, information et consentement sont intimement liés. C'est ainsi que l'article L.311-3 3° du Code de l'action sociale et des familles exige pour tout usager le respect de son « *consentement éclairé qui doit systématiquement être recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. A défaut, le consentement de son représentant légal doit être recherché* ». Non seulement l'information prépare le consentement afin qu'il soit pris en pleine connaissance de cause, et le droit au libre choix devrait en principe en être la manifestation la plus évidente, mais elle permet aussi à l'usager de jouer un rôle d'acteur à travers la notion de participation. Celle-ci est un droit en tant que tel, celle de la « *participation directe ou avec l'aide de son représentant légal à la conception et à la mise en œuvre du projet d'accueil et d'accompagnement qui la concerne* »<sup>128</sup>. Il n'est donc pas surprenant que ces trois principes de libre choix, consentement éclairé<sup>129</sup> et participation se retrouvent étroitement liés dans l'article 4 de la Charte de 2003 précitée.

De même, dans le champ sanitaire, sous l'empire de la loi du 4 mars 2002, l'article L.1111-4 du Code de la Santé publique prend le soin de développer précisément le principe du recueil du consentement éclairé tout comme celui du droit au refus, qui mérite d'être tout autant éclairé. Ainsi toute personne prend « *compte tenu des informations et des préconisations* » que le professionnel de santé lui fournit, les décisions concernant sa santé. Le médecin doit respecter la volonté de la personne « *après l'avoir informée des conséquences de ses choix* ». Qui plus est, « *si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables* ». L'alinéa 3 insiste de nouveau sur les liens indissociables entre consentement et information : « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

Pour le résident comme pour le patient, ce qui est déterminant dans le recueil du consentement, c'est donc bien la phase juste en amont qui consiste à accompagner la personne dans la prise de décision, en prenant le soin de délivrer une information la plus adaptée possible à ses capacités, à savoir prendre le temps de le faire, vérifier la bonne compréhension, voire permettre à la personne d'être accompagnée d'un tiers de confiance<sup>130</sup> lors de l'entretien médical, si cela peut la rassurer et

<sup>127</sup> Loi 2009.879, 21 juillet 2009, Loi Hôpital, patient, santé, territoire, dite Loi Bachelot.

<sup>128</sup> Article L. 311-3 7° CASF issu de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002.

<sup>129</sup> Article 4 2° de la Charte des droits et libertés de la personne accueillie : « *Le consentement éclairé de la personne doit être recherché en l'informant par tous les moyens adaptés à sa situation, des conditions et conséquences de la prise en charge et de l'accompagnement et en veillant à sa compréhension* ».

<sup>130</sup> C'est la « personne de confiance » (article L. 1111-6 Code de la Santé publique) ou « la personne de son choix » (article 4 de la Charte des droits et libertés de 2003).

l'aider dans la compréhension et la prise de décision. C'est encore l'accompagnement par un psychologue, un médecin, un thérapeute, un éducateur lorsque le contexte le rend nécessaire<sup>131</sup>.

Mais ces textes ne seraient pas complets s'ils n'avaient pas envisagé toutes les situations où le recueil de l'information et a fortiori du consentement de la personne pose par essence un problème de fond, en raison du manque de maturité, d'une atteinte à l'intégrité des facultés ou à l'impossibilité totale de s'exprimer. C'est ainsi que le Code de la Santé publique prévoit que le droit à l'information « *des mineurs et des majeurs sous tutelle sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur, (tandis que) les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant de majeurs sous tutelle*<sup>132</sup> tandis que « *le consentement du mineur ou du majeur en tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* »<sup>133</sup>. De même, la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite Loi Léonetti, pose un cadre pour l'expression et le recueil de l'expression d'un choix éclairé dans le contexte hautement sensible de la limitation ou de l'arrêt de traitement.

Aussi encadrés soient-ils, le droit à l'information, préalable nécessaire, et le droit au consentement de l'utilisateur en santé ne trouvent leur pleine effectivité que s'ils ont fait l'objet d'une réflexion en amont, que s'ils ont été dans toute la mesure du possible anticipés. Or c'est bien par défaut d'anticipation, ou d'anticipation suffisante, que ces deux droits se heurtent à des écueils en pratique.

## 8. Les écueils dans l'exercice pratique de ces droits en santé.

Les écueils dans la mise en œuvre concrète et la portée du droit au consentement éclairé peut être illustré à partir de deux exemples évoqués dans les propos introductifs, qui cristallisent chacun à leur manière l'attention de tous.

**Le recueil du consentement éclairé lors de l'entrée en EHPAD :** En premier lieu, la question de la recherche et du recueil du consentement lors de l'entrée en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) d'une personne âgée pose souci, tant le fossé entre la théorie et la pratique reste profond. Les professionnels témoignent de l'extrême difficulté à faire respecter le droit au libre choix, pourtant rappelé à plusieurs reprises dans les textes. Certes le nombre de places restreint de facto ce choix, néanmoins c'est bien du libre choix de rester à domicile dont il est ici question. Le problème réside dans le défaut de consentement de l'intéressé ou à son caractère fictif ou « forcé » sous la pression de l'entourage, or l'enjeu est déterminant parce qu'il s'agit du lieu de vie, et dans la grande majorité des cas du lieu de fin de vie. A cela s'ajoute le contexte des accueils en urgence où finalement rien n'a été préparé, ce qui permet d'imaginer le choc psychologique des personnes vulnérables qui doivent à leur corps défendant faire le deuil du retour à domicile. Il n'est donc pas surprenant que ce qui est qualifié aujourd'hui de maltraitance psychologique pour ces personnes fragilisées fasse l'objet des plus grandes attentions du Comité national pour la bientraitance et les droits mis en place par le décret du 7 janvier 2013, sous l'égide des deux anciens ministres délégués aux personnes âgées et aux personnes handicapées<sup>134</sup>. L'attention très forte portée par la Ministre déléguée aux personnes âgées au respect de la liberté d'aller et venir, a témoigné s'il en était encore besoin, des risques encourus et atteintes subies par

<sup>131</sup> Article 3 de la Charte de 2003, op. cit.

<sup>132</sup> Article L.1111-2 alinéa 5 Code de la Santé publique.

<sup>133</sup> Article L. 1111-4 alinéa 6 Code de la Santé publique.

<sup>134</sup> Mme Marie-Arlette Carlotti, Ministre déléguée aux personnes handicapées, et Michèle Delaunay Ministre déléguée aux personnes âgées et à l'autonomie, ont notamment mis en place deux sous-commissions consacrées d'une à « La liberté d'aller et venir », et à l'« Droit et éthique de la protection des personnes », piloté par Mme Anne Caron-Deglise, magistrate, et dont l'auteur est rapporteur.

ces personnes déjà fragilisées. Bien que des équipes fassent parfois des efforts remarquables par la mise en place d'une procédure préparatoire<sup>135</sup>, et certains directeurs mettent tout en œuvre pour respecter le refus exprimé par l'usager, et accompagnent avec leurs équipes un retour à domicile sécurisé grâce à la mise en place ou au rétablissement d'interventions de services à domicile, les pratiques demeurent encore très hétérogènes et les craintes, culpabilité des familles souvent prépondérantes. A cet égard, anticiper la préparation logistique, matérielle et avant tout psychologique de la personne et de son entourage reste un des principaux leviers d'amélioration et du recueil d'un consentement éclairé bien réel. Bien que la structuration des professionnels en réseau au niveau territorial et le développement de la coopération et de la coordination permet de diffuser l'information au public, la représentation de la vieillesse et des établissements « pour personnes âgées dépendantes » fait encore peur, à l'instar de l'image de la fin de vie et de la mort que chacun essaie d'évincer ou de repousser au plus tard.

C'est entre autre, le défi lancé par le projet de loi sur l'adaptation de la société au vieillissement, changer le regard, assumer cette évolution auquel personne n'échappe. Anticiper est un acte raisonnable et responsable, ce qui en fait n'accélère en rien le processus du vieillissement mais permet plutôt de sécuriser et rassurer la personne quant à son avenir et celui de ses proches.

**Le recueil du consentement éclairé d'un patient en état végétatif chronique ou pauci-relationnel: L'exemple de Vincent Lambert.** En second lieu, et à l'extrême des questions que pose la recherche du consentement, du refus ou des manifestations de volonté, la situation de Vincent Lambert doit nous amener collectivement à poser tous les termes du débat. Vincent Lambert, âgé de 38 ans, est un ancien soignant. Il est accueilli dans une unité spécialisée au Centre hospitalier universitaire (CHU) de Reims. Patient tétraplégique suite à un accident de la circulation en 2008, son état pauci-relationnel se traduit par une conscience minimale, ponctuée de phases d'éveil et de sommeil, une conscience néanmoins très limitée. Fin 2012, l'équipe médicale constatant des signes laissant suspecter un refus de soins, engage une réflexion relative à un processus d'arrêt des traitements, en référence au droit au refus de soins prévu dans la loi Kouchner du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé<sup>136</sup>. Elle aboutit à une décision de suspension de l'alimentation. En mai 2013, les parents opposés à la décision saisissent en référé le tribunal administratif qui ordonne la reprise du traitement 31 jours après son arrêt. La scission familiale est très forte entre d'une part l'épouse et 4 frères et sœurs favorables à l'arrêt du traitement arguant que Vincent s'était prononcé avant son accident contre l'acharnement thérapeutique pour lui-même, et d'autre part ses parents et un de leurs enfants qui luttent pour son maintien en vie, et pour qui l'expression d'une volonté exprimée de façon générale avant l'accident ne saurait pouvoir produire effet, car hors contexte, et sans posséder tous les critères nécessaires à la prise de décision. Le 11 janvier 2014, le médecin de Vincent Lambert après avoir réuni deux conseils de famille et mis en place une procédure collégiale annonce une nouvelle fois la décision d'arrêt de la nutrition et de l'hydratation artificielle. Le 16 janvier, le tribunal administratif saisi par les parents suspend la décision, au motif que la poursuite du traitement n'est pas constitutive d'une « obstination déraisonnable »<sup>137</sup> et que la volonté de Vincent Lambert a été mal interprétée. L'épouse, un neveu et le CHU dont lequel est soigné Mr Lambert saisissent alors le Conseil d'Etat. Le 14 février, le Conseil d'Etat se prononce pour une nouvelle expertise médicale, « *décision exceptionnelle dans une procédure d'urgence* »<sup>138</sup>. Le 24 juin 2014, le Conseil d'Etat se prononce pour un « *arrêt du traitement* » avant que la Cour Européenne des droits de l'Homme, saisie en urgence par les parents,

<sup>135</sup> On trouve de plus en plus de protocoles de pré-admission dans les établissements ce qui témoigne de la prise de conscience de la problématique.

<sup>136</sup> A propos du refus de soins dans un autre contexte : Un refus de soins difficile à évaluer, Dr François Baumann, revue Responsabilité n° 9, mars 2003, p.32.

<sup>137</sup> Telle que définie par la loi Leonetti du 22 avril 2005 sur les droits des malades et la fin de vie.

<sup>138</sup> Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'Etat, discours d'annonce de la décision à la presse, 14 février 2014.

ne décide de « *faire suspendre l'exécution de cet arrêt pour la durée de la procédure* » ; « *cette mesure implique que Vincent Lambert ne soit pas déplacé dans le but d'interrompre le maintien de son alimentation et de son hydratation* » ajoute la Cour.

On voit bien comment dans cette affaire emblématique et les rebondissements successifs qu'elle génère, combien Vincent Lambert est « *otage de son corps et d'opinions divergentes au sein de sa famille* »<sup>139</sup>. La décision de la plus haute juridiction administrative et sa portée jurisprudentielle ont donc fait l'objet de toutes les attentions, tout comme celle attendue de la CEDH. Au drame personnel vécu par le patient, par sa famille et ses proches, répond la grande prudence des magistrats administratifs qui, symboliquement et pour appuyer leur décision finale, ont fait le choix de solliciter les plus hautes instances médicales et éthiques<sup>140</sup>.

Dans cette affaire, l'enjeu porte tant sur l'expression orale du refus d'acharnement thérapeutique préalable à l'accident que sur le refus de soins actuel, et sur l'interprétation de manifestations minimales compte tenu de l'état pauci-relationnel. Il a été demandé aux experts de vérifier si le patient est « *en mesure de communiquer, de quelque manière que ce soit avec son entourage, et si les réactions décelées peuvent être interprétées comme un rejet de soins, une souffrance* » ou au contraire « *comme un souhait que ce traitement soit prolongé* », enfin sur le caractère irréversible des lésions cérébrales<sup>141</sup>. Le médecin qui, au terme de la procédure collégiale avec son équipe et la famille, avait conclu que le maintien du traitement constituait une « *obstination déraisonnable* » au sens de la loi Léonetti, approuve le recours aux expertises, qui légitimeront la décision du Conseil d'Etat : « *Ce sont peut-être deux mois supplémentaires nécessaires pour arriver à un apaisement* ».

En l'état des décisions rendues, le champ de l'obstination déraisonnable en fin de vie a été élargi aux patients qui ne sont pas encore en fin de vie (état végétatif ou pauci-relationnel). Le Conseil d'Etat reconnaît par ailleurs, à côté du « *droit au respect de la vie (...), une autre liberté fondamentale* » : le droit de ne pas subir un traitement de nature à constituer une obstination déraisonnable. Mais son Vice-Président Jean-Marc Sauvé<sup>142</sup> estime aussi « *qu'une attention toute particulière doit être accordée à la volonté du patient* » ; or, Vincent Lambert « *avait, avant son accident en 2008, clairement et à plusieurs reprises exprimé le souhait de ne pas être artificiellement maintenu en vie.* » Ces développements témoignent de l'intérêt évident que peut représenter une anticipation formalisée de l'expression de sa volonté. Plus encore, ils rendent compte de l'extrême difficulté à aller rechercher la volonté de la personne en situation quand son expression est entravée ou devenue impossible. Alors, à l'hôpital, les médecins s'appuient sur le code de la santé publique, vérifient si des directives anticipées ont ou non été prises, si une personne de confiance a ou on été désignée puis consultent la famille et les proches. Les recours vont ensuite, le cas échéant et naturellement, devant la juridiction administrative sans se poser davantage de questions. Et pourtant, lorsque c'est la volonté du patient qui est invoquée comme contrepoids aux décisions médicales quel peut être l'arbitre ou le juge légitime ? Que serait-il advenu si, arguant de l'article 425 du Code civil puis des articles 458, 459 et 459-1 du même code, une mesure de protection avait été ouverte ? Que serait-il advenu en d'autres lieux que l'hôpital ?

Ces questions doivent être posées comme les difficultés de coordination entre le code de la santé publique, le code de l'action sociale et le Code civil, les premiers ne prenant pas en compte les évolutions du troisième après la loi du 5 mars 2007.

<sup>139</sup> Affaire Lambert : le Conseil d'Etat joue la prudence, Le Monde, dimanche 16 février 2014.

<sup>140</sup> Trois experts en neuro-sciences ont été désignés par l'Académie nationale de médecine, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et la santé (CCNE), et l'Ordre des médecins.

<sup>141</sup> Décision du Conseil d'Etat, 14 février 2014.

<sup>142</sup> LeMonde.fr Edition du 24 juin 2014

- **Proposition 23 : Engager une réflexion approfondie sur le consentement et l'expression de la volonté**
- **Proposition 24 : Engager un travail de mise en cohérence des dispositions contenues dans le code de la santé publique, le code de l'action sociale et des familles et dans le Code civil relativement à l'expression de la volonté et au consentement de la personne**

## B. Revisiter les modes d'anticipation ciblés du code de la santé et du code de l'action sociale et des familles : personne de confiance et directives anticipées

### 1. La notion d'anticipation.

Si la notion d'anticipation n'est pas nouvelle, elle est aujourd'hui plus que jamais au cœur des débats dans notre société<sup>143</sup>. Anticiper relève d'une démarche intellectuelle tout à fait particulière de projection vers l'avenir. L'anticipation se définit d'une façon générale comme « *l'action de prévoir, supposer ce qui va arriver, faire quelque chose avant le moment venu ou fixé* »<sup>144</sup>. Mais il existe aussi des définitions propres à chaque spécialité telle que la psychologie ou l'économie<sup>145</sup>, chacune pleine de sens.

En France, le corpus juridique préexistant<sup>146</sup> a été considérablement renforcé ces dernières années par plusieurs outils de droit au service du respect de l'expression de la volonté, d'une façon particulièrement aigüe dans le champ de la santé mais aussi plus globalement dans le champ des droits de la personne conçus plus largement avec le mandat de protection future. Cette évolution est tout à fait révélatrice du souci de protéger la personne dans les meilleures conditions possibles en lui permettant, si elle le souhaite, d'organiser les conditions dans lesquelles les décisions pourront être prises à son égard pour le cas où elle ne pourrait plus exprimer un consentement valable. Cela suppose que la personne concernée ait su, voulu et/ou été en capacité de se saisir de cette opportunité. Tous ne le font pas, en particulier parce le débat n'est pas aussi restrictif, entre dépendance et autonomie. Notre psychologie éprouve d'importantes réticences à appréhender des problèmes que nous ne vivons pas. Pour autant, la réalité des situations vécues et les angoisses exprimées nous font obligation d'engager une réflexion pour faire bouger le cadre juridique. C'est à cette condition qu'une chance sera donnée à chaque citoyen de pouvoir garantir, ou tout au moins sécuriser davantage, l'expression de sa volonté s'il lui arrive d'être défaillant d'une façon

<sup>143</sup> Cf Les travaux de l'Université d'été Alzheimer, Ethique et Société, « Vouloir savoir : Anticiper, diagnostiquer, mobiliser », Lille, 17 au 20 septembre 2013, Espace Nationale de réflexion éthique sur la maladie d'Alzheimer.

<sup>144</sup> Dictionnaire Larousse, V° anticipation, [www.larousse.fr](http://www.larousse.fr)

<sup>145</sup> idem, définition en psychologie : « *Activité adaptée à un stimulus futur, qu'un sujet développe lorsqu'il est informé de la prochaine apparition de ce stimulus* », et en économie : « *Prévision des sujets économiques quant à l'évolution future d'une variable qui les intéresse* ». D'autres définitions de l'anticipation se déclinent aussi dans le domaine du commerce, finances, informatique, linguistique, phonétique ou encore dans le sport.

<sup>146</sup> La procuration, le testament permettent depuis longtemps à ceux qui le souhaitent d'exprimer à l'avance un ou des choix sur ou plusieurs actes déterminés

ponctuelle<sup>147</sup> ou plus durable.<sup>148</sup> Telle est bien la clé du défi car il ne saurait être question d'imposer ou d'enjoindre chacun à une anticipation à laquelle il ne veut pas, ou ne peut pas, se livrer. Cela implique un changement profond d'approche, de regard, en quelque sorte une véritable révolution culturelle.<sup>149</sup> Cette démarche doit inviter chacun, pour ce qui le concerne en tant que citoyen, que professionnel ou décideur politique, à remettre à plat les concepts. En effet, favoriser l'anticipation ne résoudra pas la question cruciale de l'effectivité de l'accompagnement à la décision pour ceux nombreux qui n'auront précisément pas fait la démarche. Il est donc impératif de faire évoluer les notions afin d'y mettre un contenu clair, compréhensible dans tous les secteurs d'intervention, d'y poser des limites et d'instaurer des garanties. Il en va simplement du respect de la dignité des personnes.

## 2. La désignation d'une personne de confiance.

La désignation d'une personne de confiance est le premier outil du dispositif d'anticipation des altérations provoquées par l'état de santé. Prévues par la loi Kouchner du 4 mars 2002, elle est règlementée par l'article L 1111-6 du code de la santé publique qui dispose : « Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions (...).» L'intérêt essentiel de cette disposition est d'ouvrir la possibilité à tout patient de choisir une personne suffisamment proche pour la soutenir si elle est malade, l'accompagner dans les démarches concernant les soins, l'assister lors des entretiens médicaux et, le cas échéant, l'aider à prendre les décisions en matière de santé, notamment pour le choix d'un traitement ou l'opportunité d'une opération. La personne de confiance est en principe celle à qui le patient a pu confier ses souhaits, ses craintes, ses refus et, à sa place, elle en témoigne. Sans être totalement un porte-voix, puisqu'elle n'a qu'un rôle de donneur d'avis, elle assume aussi une position de témoin du respect de la dignité et des droits fondamentaux de la personne. Lorsque le patient est isolé, ou lorsqu'il n'a pas désigné de personne de confiance, le médecin doit rechercher la famille, un proche pour émettre un avis avant toute décision le concernant. On voit bien ici, comment cet avis s'il est donné ne prendra la même valeur. Il n'est pas donné de la même place.

Le périmètre d'intervention de la personne de confiance est actuellement borné par le code de la santé publique. Si le patient est lucide et en possession de ses moyens, elle sera plus ou moins présente selon le choix exprimé par celui-ci car il continue de recevoir les informations nécessaires de l'équipe médicale, il a seul accès à son dossier médical sauf demande expresse contraire et demeure seul décisionnaire pour ce qui le concerne. En revanche, lorsque le patient n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté, la personne de confiance deviendra destinataire des informations médicales le concernant et sera consultée par l'équipe médicale. Le code de la santé publique prévoit qu'aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance ait été consultée et qu'aucune décision de limiter ou d'arrêter un traitement susceptible de mettre la vie du patient en danger ne peut être prise sans l'avis de la personne de confiance. Cette dernière doit également être consultée pour toute décision d'arrêt ou de limitation des traitements en cours dans le cas où le patient se trouve en phase avancée, voire terminale, d'une maladie grave et incurable. Dans ces deux cas, il est possible d'anticiper en rédigeant des directives anticipées. A défaut, l'avis de la personne de confiance prévaut sur les avis

<sup>147</sup> Exemple du coma

<sup>148</sup> Exemple d'une pathologie dégénérative qui altère peu à peu le discernement de la personne

<sup>149</sup> C'est le cas dans d'autres pays, par exemple au Québec où le mandat pour inaptitude constitue une démarche naturelle d'anticipation. Ce n'est pas le cas en France, quel que soit l'outil d'anticipation : mandat de protection future, désignation d'une personne de confiance ou directives anticipées

non médicaux de la famille et des proches.

Cette possibilité de désignation d'une personne de confiance est actuellement limitée au code de la santé publique. Si le Code civil y fait référence en prévoyant que le mandant d'un mandat de protection future peut conférer à son mandataire le rôle de personne de confiance, il ne fait que renvoyer aux dispositions du code de la santé publique. Le code de l'action sociale et des familles lui-même ne le prévoit pas. Pourtant, les difficultés auxquelles sont confrontées les personnes en situation de particulière vulnérabilité dans l'expression de leur volonté se rencontrent aussi dans la « vie civile », en dehors des périodes de soins. Les personnes âgées en particulier font de fréquents allers-retours de leur domicile à l'hôpital et à l'établissement d'hébergement. Toutes ne présentent pas un niveau d'altérations de leurs facultés personnelles justifiant la mise en place d'un régime de protection de type curatelle ou tutelle. Il est désormais souhaitable non seulement d'étendre la possibilité de désigner une personne de confiance au code de l'action sociale et des familles en leur donnant une mission d'accompagnement de la personne dans ses démarches et d'aide dans les décisions relatives à sa prise en charge et en prévoyant qu'elle devra être consultée dans les cas où la personne rencontre des difficultés dans la connaissance et la compréhension de ses droits. Elle assumera, comme expliqué précédemment pour le code de la santé publique, une position de témoin du respect de la dignité et des droits fondamentaux de la personne.

Pour ces personnes particulièrement vulnérables, qui pour beaucoup n'ont actuellement pas de mesure de protection<sup>150</sup>, des solutions d'anticipation doivent être proposées ; ne serait-ce que pour faire enfin évoluer des prises en charge encore trop centrées sur une évaluation de la perte d'autonomie et de la dépendance. Il est en effet indispensable d'intégrer dans notre réflexion ce que les travaux réalisés sur du handicap nous ont déjà apporté. Bertrand Quentin<sup>151</sup> et Corinne Pelluchon<sup>152</sup> distinguent ainsi l'autonomie physique et l'autonomie de choix. L'autonomie physique est liée notamment à l'accessibilité des lieux, à la lisibilité des affichages, des éclairages, la qualité sonore des lieux, toutes choses travaillées dans la loi de 2005 afin que la personne en situation de handicap puisse évoluer dans la cité comme les personnes dites valides. L'autonomie va plus loin et est aussi la possibilité pour une personne de choisir ce qui lui correspond, ce qui lui permet de s'épanouir et en tout cas de ne pas être « mal-traitée ». La plupart des proches et des professionnels sont de bonne volonté par rapport aux personnes en situation de handicap, mais agissent à partir de leur propre vécu, en projetant un certain nombre de présupposés. Il faut du temps pour repérer et recueillir le consentement de quelqu'un qui a des difficultés pour s'exprimer ou pour avoir une pensée dans la durée. Il est nécessaire d'avoir une attention aux moments de fulgurance que toute personne peut avoir qu'elle soit une personne souffrant de la maladie d'Alzheimer ou une personne en situation de handicap. Dans ces moments-là, elle peut encore signifier des choses.

La désignation d'une personne de confiance avant l'entrée en établissement, dès la prise en charge à domicile, est de nature à favoriser la bientraitance des personnes. Elle doit faire l'objet de réflexions partagées entre les représentants des personnes, des usagers, des établissements, des professionnels, des ministères concernés (Affaires sociales-Santé et Justice) mais aussi avec le Défenseur des droits afin de proposer des solutions pour tous ceux qui n'auraient pas anticipé cette désignation suffisamment tôt et souhaiteraient le faire. Cette démarche de désignation ne doit bien entendu pas empêcher les professionnels d'être attentifs aux personnes au jour le jour et il faut toujours garder une distance face au risque de segmentation des tâches et de multiplication de formulaires pré-remplis à l'admission qui ne servent que la bonne conscience. La volonté d'efficacité et de maîtrise peut être en contradiction avec des situations par nature flottantes et fluctuantes dans le temps. Mais, la désignation d'un tiers de confiance avec une définition socle claire de ce qu'elle est

<sup>150</sup> Etude Fondation Médéric Alzheimer, La Lettre de l'Observatoire des dispositifs de prise en charge et d'accompagnement de la maladie d'Alzheimer n°33-64

<sup>151</sup> Bertrand Quentin « La philosophie face au handicap », Erès 2003

<sup>152</sup> Corinne Pelluchon, « L'autonomie brisée », Bioéthique et philosophie, PUF 2009

et de la mission qu'elle remplit peut éviter les situations d'abandon de fait et aider à ce que des décisions soient prises.

### 3. Les directives anticipées.

Dans le contexte très particulier de fin de la vie, la loi du 22 avril 2005 dite loi Léonetti relative aux droits des malades et à la fin de vie<sup>153</sup> témoigne d'une avancée majeure du législateur dans le domaine de l'anticipation de la volonté en permettant l'expression anticipée des choix pour la fin de la vie. Au regard du débat si sensible en France sur l'euthanasie, la loi Léonetti a pris le soin d'encadrer très strictement ces « directives » de la personne d'un point de vue procédural.

L'article L 1111-4 du code de la santé publique issu la loi du 4 mars 2002, consacré au consentement, intègre les dispositions de la loi Léonetti de 2005 relatives à la question de la volonté du patient dans le contexte de la fin de la vie. Ainsi, « si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L 1110-10. »<sup>154</sup> Le texte témoigne ici de la prudence du législateur et du respect, tout en l'accompagnant par une information précise et réitérée, du refus de soins exprimé par le patient en fin de vie.

L'article L1111-11 dispose quant à lui que toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées, également appelées « testament de fin de vie », pour préciser ses souhaits quant à sa fin de vie, et en particulier les conditions d'une limitation ou d'un arrêt des traitements, pour le cas où elle ne serait pas en mesure de s'exprimer à ce moment là. Ces directives, valables pendant 3 ans à compter de leur rédaction, n'ont qu'une valeur consultative et le médecin demeure libre d'apprécier les conditions dans lesquelles il convient de les appliquer compte tenu de la situation concrète et de l'éventuelle évolution des connaissances médicales. Il convient de relever que ces « directives » ne peuvent consister qu'en une demande anticipée de non recours à des traitements ou techniques de soins. Il s'agit donc, pour celui qui les rédige, d'imaginer la situation dans laquelle non seulement il sera malade et hors d'état de manifester sa volonté mais encore les conditions dans lesquelles il pourrait refuser la poursuite des soins. Certains disent qu'ils le peuvent et revendiquent cette liberté. Il s'agit alors tout autant de s'interroger sur le moment jusqu'où des personnes lassées de décider pour elles-mêmes et épuisées par la maladie peuvent encore demander d'exercer leur autonomie de décision ? Nombre de professionnels soulignent que, dans la plupart des cas, les patients s'en remettent à l'équipe soignante lorsqu'ils se sentent écoutés dans l'expression des symptômes et des souffrances qu'ils endurent à l'approche de la mort, dont nul ne sait quand exactement elle surviendra. Certaines études réalisées en oncologie montrent que les patients ont généralement la volonté d'être informés de l'évolution de leur maladie mais qu'ils ne revendiquent pas avec la même force leur participation aux décisions les concernant.<sup>155</sup> Dans les services de soins palliatifs, la concertation en équipe et avec les proches n'attend pas que la personne soit en incapacité de s'exprimer, tant pour les traitements à initier que pour les limiter.<sup>156</sup>

Ne pourrait-on pas alors renforcer l'information sur la possibilité non seulement de prendre des

<sup>153</sup> Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005

<sup>154</sup> Soins palliatifs

<sup>155</sup> Mallet et autres, « Aspects éthiques de la décision thérapeutique », 13<sup>ème</sup> congrès de la SFAP, Compétence clinique et dimension spirituelle de l'homme au cœur des soins, Grenoble 2007

<sup>156</sup> Daoût, « L'alimentation et l'hydratation artificielle en fin de vie : réflexion pluridisciplinaire d'une équipe de soins palliatifs », Infokora, vol. 20 n°1/2005, p. 7-13

directives anticipées sur la poursuite ou non des traitements mais aussi de désigner une personne de confiance associée à la suite logique des consentements successivement exprimés pour, le moment venu, faire témoignage éclairé de la proximité qu'elle a construite de la volonté de la personne ?

Au-delà de la sphère des soins, ne doit-on pas engager la réflexion plus loin encore, en particulier en s'appuyant sur les travaux de l'Observatoire national de la fin de vie ? Par ses différentes approches thématiques (sur le domicile et la fin de vie, sur les personnes âgées, sur la fin de vie des précaires et des situations extrêmes), il nous confirme en effet qu'aborder la question de la fin de la vie et de la particulière vulnérabilité des personnes uniquement au moment de la toute fin est bien trop réducteur. La fin de la vie pour nombre de personnes c'est aussi l'entrée en établissement et, en particulier, en EHPAD. Régis Aubry raconte ainsi les paradoxes du système dans lequel nous sommes à propos d'une dame âgée vivant en EHPAD : « Je suis dans le lieu où je ne souhaitais pas vivre et en plus je dois payer. Sur les directives anticipées, mon voisin est mort des suites d'un AVC et il en a fait un second et il a été hospitalisé alors qu'il ne voulait pas être hospitalisé. Il l'avait fait savoir sur ses directives anticipées que tout le monde connaissait dans la maison de retraite et il est mort aux urgences dans les 48 h, seul et sans que ses souhaits soient pris en considération. »

La majeure partie des personnes âgées dit vouloir rester au domicile mais elles sont souvent seules, parfois isolées, et n'ont d'autre relai que les aides à domicile qui sont très vite en difficulté. Les personnes âgées se retrouvent alors très souvent contre leurs souhaits en EHPAD. Une fois en établissement, elles ont le plus grand mal à exprimer leur volonté sur tous les aspects de leur prise en charge, y compris sur leur état de santé. L'Observatoire de la fin de vie souligne que 85% des EHPAD n'ont pas d'infirmières la nuit et qu'un quart des personnes âgées en EHPAD décèdent à l'hôpital, aux urgences ou dans les couloirs des urgences. Les EHPAD sont aussi des lieux de fin de la vie et il est urgent, avec les familles et les professionnels, d'engager vraiment concrètement un travail sur les modalités de signature du contrat de séjour, sur les accompagnements, sur les lieux fermés, sur le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes. Qui décide de quoi ? Que se passe-t-il à l'entrée en EHPAD, le directeur peut-il seul, et est-il suffisamment formé pour cela, prendre des décisions concernant le contrat de séjour ? Peut-on s'engager à signer un contrat quand on ne comprend pas la situation et que celui-ci stipule que je peux être amené à aller, quand mon état l'obligera, dans une unité « protégée » où ma liberté d'aller et venir confronté au risque pour ma santé sera limité ?

Les conditions des propositions de prises en charge doivent être travaillées en amont et l'orientation en établissement ne peut se faire qu'en construisant, autant qu'il est possible, un accompagnement respectueux avec la personne elle-même, ses proches et les professionnels dont services d'aide à domicile. Des formations sont évidemment nécessaires mais l'allongement de la vie, y compris pour beaucoup avec des troubles importants (on peut vivre pendant 10 ans avec une maladie d'Alzheimer et la durée moyenne de séjour en soins de longue durée est de 4 ans, rappelle Régis Aubry), exige qu'on s'y engage pour dépasser la question des lieux et envisager concrètement les situations des personnes sans constamment prendre la parole pour elles. Cette réflexion doit nous conduire à refuser l'installation de zones de non-droit dans lesquelles des décisions sont prises sans recours possible ni véritable contrôle.<sup>157</sup> Des garanties sont donc à construire, sans doute avec les autorités indépendantes dont le Défenseur des droits et les ministères des Affaires sociales et de la Justice.

➤ **Proposition 25 : Rénover le dispositif de la personne de confiance en l'étendant au code de l'action sociale et des familles et en rédigeant une définition socle sur ses missions**

➤ **Proposition 26 : Engager une réflexion approfondie sur les directives anticipées**

<sup>157</sup> Rapport de J.M. Delarue, Contrôleur général des lieux privatifs de libertés, 2013

**d'organisation de la fin de la vie non seulement dans les soins mais aussi dans les prises en charge à domicile ou en établissement**

- **Proposition 27 : Mettre en place un contrat type de séjour pour renforcer la protection de la personne accueillie**
- **Proposition 28 : Mettre en place un groupe de travail interministériel chargé de réfléchir aux modalités de prise en charge des personnes qui, à domicile ou en établissement, font courir des risques pour leur intégrité et leur sécurité**
- **Proposition 29 : Affirmer la compétence du Défenseur des droits pour s'assurer du respect des droits des personnes en établissement, à domicile ou en tout lieu d'accueil**
- **Proposition 30 : Développer une réflexion avec le Défenseur des droits sur les processus à construire pour rendre possible la désignation de personnes de confiance pour les personnes qui ne l'auraient pas anticipée et qui sont isolées ou en conflit avec leur famille et leurs proches**

## C. Permettre une réelle anticipation de l'inaptitude ou des (in) capacités pour ceux qui le souhaitent

### 1. Rénover le mandat de protection future.

Alors qu'il est contracté par plus de 30% de la population québécoise (plus de 50% chez les plus de 55 ans), le mandat de protection future n'est que peu connu en France et ne concernerait aujourd'hui que 1300 personnes (mandats activés)/ 5000 personnes (mandats contractés). Le potentiel de développement est donc considérable si contracter un mandat de protection future devient un réflexe pour chaque Français qui le souhaite.

Principale innovation de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, le mandat de protection future est un dispositif qui permet à toute personne d'anticiper, à ses conditions et en choisissant son ou ses mandataires, ses propres altérations et sa possible incapacité à prendre des décisions. Conclure ce contrat par avance peut éviter, le moment venu, une mesure judiciaire (sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle), le plus souvent engagée dans l'urgence par la famille, les proches ou sur un signalement au procureur de la République en raison de l'impossibilité pour la personne de faire des choix, de prendre des décisions et parfois de se protéger contre les abus de tous ordres. Son intérêt réside dans la souplesse qu'il offre puisque le contrat peut être rédigé sous signatures privées ou avec l'aide d'un avocat ou d'un notaire. Son étendue est plus ou moins large selon les souhaits de la personne mandante et de celle qu'elle choisit comme son futur mandataire. Elle peut comporter une mission de personne de confiance au sens actuel du code de la santé publique. Ce mandat ne peut être mis en œuvre qu'au moment où il sera médicalement constaté, par un médecin inscrit sur la liste des médecins habilités à le faire établie par le procureur de la République, que la personne présente des altérations de ses facultés personnelles rendant nécessaire sa représentation.

Changer le regard de la société et de chacun d'entre nous, pour soi et pour ses proches pourrait permettre de s'approprier mieux cette possibilité d'organiser ses éventuelles futures restrictions de

capacités, si tel est son souhait. Le mandat de protection future peut rassurer les personnes en leur donnant confiance en l'avenir et en clarifiant les conséquences de la mise sous protection juridique, et pas nécessairement judiciaire, auprès de l'ensemble des acteurs. Cependant, il n'est actuellement pas suffisamment sécurisé tant en raison des conditions parfois douteuses de sa signature, notamment en sa forme sous signatures privées, que surtout en raison de son absence de publicité. Une intervention du juge dans le processus, par une homologation judiciaire à l'image du choix fait par exemple par les québécois serait de nature à améliorer le contrôle sur ce passage si délicat qu'est l'appréciation de l'inaptitude et qui, sans doute, ne peut relever d'une seule appréciation médicale. L'organisation d'un régime d'incapacité après homologation éviterait également nombre de difficultés comme un système plus ouvert permettant non seulement une représentation mais aussi des formes d'assistance. Il pourrait en effet être imaginé un système progressif et gradué dans l'accompagnement dans lequel le mandant pourrait limiter le rôle du mandataire désigné selon différents scénarii, à l'image des procurations. A la différence de celles-ci, le mandat porterait sur l'accompagnement de la personne. Seule la représentation ferait l'objet d'une procédure judiciaire classique avec vérification de l'état d'inaptitude par le juge et homologation du mandat pour permettre sa publicité et sa sécurité. La conséquence serait d'en faire un régime d'incapacité, ce qui est la conséquence logique de l'intervention du juge mais est évidemment beaucoup plus protecteur que le dispositif actuel. Une réflexion ouverte sur le sujet mériterait d'être engagée. Un mandat conclu et mis à exécution dans de mauvaises conditions et sans réel contrôle pluridisciplinaire des (in)capacités peut poser de réelles difficultés et générer de nombreux contentieux dont la personne elle-même est la première victime.

Deux évolutions sont d'ores et déjà possibles et attendues par les professionnels et les familles<sup>158</sup>, en particulier la création de registres et limitation de la durée de validité du mandat.

**La création d'un registre des mandats conclus et des mandats activés.** Contrairement à d'autres systèmes, et notamment à celui du Québec, aucun outil ne permet de répertorier les mandats, ni lors de leur conclusion ni leur de leur mise en œuvre. Cette lacune ne permet en particulier pas aux magistrats de faire application des volontés de la personne lorsque celle-ci présente des altérations et doit bénéficier d'une protection. Inscire les mandats contractés, quelle que soit leur forme, dans un registre permettrait non seulement d'en connaître l'existence mais aussi de leur donner date certaine ce qui est de nature à éviter les conflits entre une pluralité de mandats parfois conclus dans des conditions discutables et antidatés. Il sécuriserait davantage le mandat de protection future en obligeant à une démarche effective d'inscription et permettrait par ailleurs au parquet, saisi d'un signalement, ou au juge des tutelles, saisi d'une demande protection, de vérifier si un mandat de protection future a ou non été signé par la personne dont la protection est demandée, ce qui favoriserait la subsidiarité. En outre, si une mesure judiciaire devait tout de même s'avérer nécessaire, la connaissance du mandat de protection par le juge permettrait de faire jouer la priorité de désignation du mandataire voulue par le mandant.

La création d'une rubrique dans ce même registre ou d'un registre des mandats mis à exécution est également essentielle tant pour que les autorités judiciaires en aient une réelle connaissance que pour en assurer le suivi. La question de la publicité de ces mandats mis à exécution est en effet elle-même fondamentale pour assurer la sécurité juridique des tiers.

Le ou les registres pourraient être tenus par les notaires qui ont fait cette proposition, y compris sous une forme dématérialisée, selon des modalités voisines de celles du registre des dernières volontés. Une inscription au Répertoire Civil n'apparaît pas, en l'état, une bonne solution puisque le mandat de protection future mis à exécution ne crée aucune incapacité juridique. Si les textes devaient évoluer sur cette question et si un véritable contrôle de l'inaptitude était réalisé (nécessairement par un juge judiciaire et non, comme actuellement, un simple contrôle formel par le greffe) avec pour

<sup>158</sup> Livre blanc de la protection juridique des majeurs (CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI), septembre 2012

conséquence un régime d'incapacité juridique, alors la question de la mention en marge de l'acte de naissance pourrait se poser.

**L'insertion d'une clause de renouvellement du mandat de protection future.** Lorsqu'un mandat de protection future a été conclu, quelle qu'en soit la forme, il peut être modifié à tout moment par le mandant tant qu'il est encore en mesure de le faire. Aucune limitation dans le temps du mandat ainsi donné n'est prévue alors que, dans la réalité des situations, ce qui a été décidé à un moment précis de sa vie peut n'être plus du tout d'actualité du fait des modifications intervenues dans l'environnement de la personne elle-même, notamment en raison des recompositions familiales. Or, le renouvellement de la volonté de confier par avance sa protection juridique à tel proche ou tiers n'est aujourd'hui pas automatique ni obligatoire.

S'il est juridiquement toujours possible de mettre fin à un mandat de protection future et d'en contracter un nouveau tant que les facultés personnelles ne sont pas atteintes, force est de constater que cette démarche qui n'est ni spontanée ni courante. D'autant que le mandant peut avoir oublié qu'il a signé un mandat et que le mandataire lui-même peut s'être éloigné. Qui, alors, fera les démarches nécessaires pour faire constater les altérations des facultés personnelles par un médecin inscrit et pour mettre à exécution le mandat ? Une personne qui n'a pas pensé en amont de l'exécution du mandat à en modifier les paramètres et qui est soumise à des rapports difficiles avec le membre de la famille ou le proche désigné mandataire peut par ailleurs « subir » la situation au moment où elle voit ses capacités altérées, sans avoir renouvelé au préalable son consentement. Ceci va donc à l'encontre de l'esprit et de l'objectif affiché de la réforme de 2007 qui étaient de remettre la personne protégée au cœur du dispositif.

Il apparaît donc utile de prévoir une clause de confirmation obligatoire de l'organisation de sa protection tous les 5 ans, sous peine de caducité du mandat, dès la date de conclusion du mandat de protection future. Cette confirmation pourrait être réalisée sous une forme simplifiée par mention au registre. A défaut, la limitation à 5 ans de la durée de validité du mandat pourrait être de nature à favoriser la signature de tels actes. En tout état de cause, il serait nécessaire de prévoir une clause selon laquelle le mandat révoque tout mandat éventuellement conclu antérieurement, étant observé que la mise en place d'un registre des mandats conclus est de nature en elle-même à mettre fin aux difficultés posées par la coexistence de plusieurs mandats conclus à des dates différentes.

Une telle clause permettrait également de rendre ce mandat de protection future plus attractif pour l'ensemble des Français en excluant ainsi un décalage entre les mesures prévues par le mandat initial et la volonté du mandant. Elle rendrait la mise sous protection juridique beaucoup mieux anticipée par le majeur lui-même, donc moins douloureuse.

## 2. Les dispositifs de désignation anticipée du mandataire-curateur ou tuteur.

La loi du 5 mars 2007 a institué la désignation anticipée prévue à l'article 448 du Code civil, comme mode prioritaire de désignation du curateur ou du tuteur. Saisi d'une demande d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle, le juge est tenu, sauf exceptions, de respecter le choix de l'intéressé.

Toutefois, l'efficacité de cette désignation anticipée est subordonnée à la connaissance que le juge des tutelles peut en avoir. A défaut, la volonté du déclarant n'est pas respectée et l'altération des facultés qu'il subit peut l'empêcher d'informer le juge de l'existence d'une telle désignation. Or, la loi du 5 mars 2007 et ses décrets d'application ne prévoient aucune publicité à cet effet de sorte que le juge ne peut pas toujours avoir connaissance, de manière systématique, de toute désignation faite en application de l'article 448 du Code civil ?

Il apparaît donc nécessaire de prévoir la création d'un registre, qui peut être celui dans lequel sont

inscrits les mandats de protection future, qui recenserait ces actes de désignation anticipée et qui serait uniquement accessible aux magistrats.

- **Proposition 31** : Sécuriser le mandat de protection future conclu en créant un registre des mandats conclus pour lui faire prendre date certaine
- **Proposition 32** : Sécuriser le mandat de protection future mis à exécution en créant un registre des mandats activés
- **Proposition 33** : Rénover le mandat de protection future en créant un dispositif particulier et gradué de mandat tenant compte de la volonté du mandant
- **Proposition 34** : prévoir la création d'un registre, qui peut être celui dans lequel sont inscrits les mandats de protection future, qui recenserait ces actes de désignation anticipée

## IV. Enjeux et propositions d'évolution du dispositif de protection juridique

### A. UN JUGE A QUELLE PLACE ?

#### 1. Une mesure décidée par un juge et qui doit préserver l'intérêt de la personne.

Lorsqu'une mesure judiciaire de protection est décidée par le juge, il lui incombe à sa place et avec d'autres (la famille, les proches, les mandataires judiciaires, les professionnels du sanitaire, du social et du médico-social, les greffiers et les greffiers en chef en particulier) de veiller au respect des libertés, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne protégée, tout en favorisant autant qu'il est possible son autonomie.<sup>159</sup> Les mandataires doivent eux-mêmes apporter des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée.<sup>160</sup> Tous sont ensemble responsables du bon fonctionnement de la mesure de protection, pour le temps nécessaire fixé par le jugement ou en deçà si les circonstances permettent de faire évoluer la mesure, voire de la lever. Afin d'assurer la pleine efficacité de la protection, tout en respectant la personne elle-même en particulier dans le regard qui est posé sur elle lorsque des tiers la savent « sous protection », des mesures de publicité sont nécessaires. Elles se traduisent en pratique par une inscription au Répertoire civil des décisions d'organisation d'une mesure de curatelle ou de tutelle. Aucune inscription n'est prévue en l'état des textes s'agissant de la sauvegarde de justice, même lorsqu'y est associée la désignation par le juge d'un mandataire spécial<sup>161</sup>. Certes, la sauvegarde de justice ne crée aucune incapacité juridique, ce qui en fait d'ailleurs l'intérêt, mais la situation créée par l'absence de toute publicité de la mesure pour les tiers crée une insécurité juridique certaine et empêche bien souvent les juges d'utiliser cette mesure qu'il serait donc utile de faire évoluer.

Surtout, l'organisation de la protection judiciaire des personnes souffrant d'altérations de leurs facultés personnelles et le plus souvent mentales oblige à interroger en profondeur le sens et les finalités d'un dispositif qui exige, sous le regard du juge garant des libertés individuelles mais certainement pas omniprésent, que les familles, les proches et tous les professionnels s'engagent à leur place mais ensemble à préserver les capacités des personnes les plus vulnérables dans le quotidien de leur vie. Le droit pose un cadre mais la dimension éthique des interventions est bien présente. Parce qu'accompagner, assister, représenter une personne reconnue particulièrement vulnérable et la protéger ne peut être décidé en une fois et pour toutes les circonstances de sa vie. Ces positions se vivent au quotidien et amènent à prendre des risques, parfois au nom de l'autonomie qui doit « autant qu'il est possible » être favorisée. Mais toujours avec la possibilité de saisir le juge, dans les conditions prévues par la loi, et avec des délais d'intervention parfois qui obligent à repenser les organisations, dans l'intérêt des personnes.

#### 2. Un juge qui doit être à un juste place dans la protection.

<sup>159</sup> Article 415 du Code civil

<sup>160</sup> Article 496 al. 2 du Code civil

<sup>161</sup> Article 435 du Code civil

Le Garde des Sceaux a reçu les rapports des deux groupes de travail sur les thèmes des juridictions et du juge du XXI<sup>ème</sup> siècle, et celui de l'IHEJ<sup>162</sup> qui aborde les réflexions en cours autour de l'évolution de l'office du juge et de son périmètre d'intervention. Il est indispensable d'aller plus loin sur le positionnement très particulier de ce juge, mal nommé « juge des tutelles ». Son rôle est tout à la fois de vérifier les conséquences des altérations dont souffrent les personnes sur leur aptitude à agir elles-mêmes pour les actes importants de leur vie, de décider d'une éventuelle restriction de leurs capacités civiles et de les protéger en veillant pendant toute la durée de la mesure au respect effectif de leurs droits. Comme le relève à juste titre l'IHEJ, la doctrine française se concentre encore trop souvent sur une conception étriquée du juge au droit et à la loi sans rechercher comment, dans son office, il poursuit aussi des finalités extra-juridiques telle la protection des libertés dont il est le garant constitutionnel.

Lorsqu'il est saisi d'une demande de protection, et pendant le cours de la protection elle-même qui accompagnera tout le parcours de vie de la personne parfois jusqu'à la mort, le juge des tutelles est amené à jouer un rôle actif. Comme le scientifique ou le philosophe, il est tenu à un raisonnement rigoureux dans sa recherche de la vérité des situations, mais contrairement à eux il est contraint par la procédure qui représente autant de garanties indispensables pour les personnes elles-mêmes. Il lui appartient de rechercher de manière indépendante, procédurale et argumentée si les éléments objectifs qui lui sont soumis établissent ou non l'altération des facultés personnelles de la personne au point de ne plus lui permettre d'accomplir seule et de manière durable les actes de la vie civile. Il doit en outre vérifier qu'aucune autre forme de protection moins contraignante n'est possible, ni le soutien naturel des proches ni une protection sociale efficace et acceptée, l'ensemble de ces éléments devant être confronté à ce que la personne concernée peut en dire à chaque fois qu'elle le peut. Comme le juge des enfants à l'égard des personnes très vulnérables que sont les mineurs, il doit non seulement appliquer la technique du droit qu'il a apprise mais exercer en pratique des vertus<sup>163</sup> de proximité, d'intégrité mais aussi distance pour parvenir à juger à plusieurs reprises, à trancher des litiges ponctuels et à protéger chacune des personnes dont il a charge dans le cadre légal posé par la loi. Il doit ainsi véritablement entrer dans chaque histoire singulière et construire une forme de sollicitude qui permettra l'échange grâce à une vigilance constante sans débordement excessif d'affect. Ce positionnement est délicat et sans cesse à réinterroger à l'épreuve du réel.

Ces missions du juge sont essentielles et doivent être sauvegardées car elles sont celles du gardien des repères fondamentaux des personnes vulnérables et de leurs familles, comme des professionnels qui l'interpellent. Mais doit-il être aussi souvent en première ligne faute d'autres solutions en amont ? Comment, en tout état de cause, peut-il continuer à exercer ces missions dans une dynamique qui lui brise les ailes depuis des années par suite d'injonctions à toujours plus de productivité avec des moyens sans cesse restreints<sup>164</sup> ? Sans doute en reconnaissant que la plus-value de l'intervention du juge n'est pas uniquement dans l'action de trancher les conflits ou de sanctionner des comportements délictueux. Sans doute aussi en constatant que, depuis de nombreuses années déjà, il construit concrètement des réseaux de travail avec les professionnels, les représentants des familles et les collectivités publiques ce qui devrait permettre de repenser les cohérences et de faire évoluer le positionnement du juge.

<sup>162</sup> Institut des Hautes Etudes sur la Justice, « La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI<sup>ème</sup> siècle.

<sup>163</sup> F. Gros, A. Garapon et J. Allard, « Les vertus du juge », Ed. Dalloz

<sup>164</sup> Les fonctions de juge des tutelles sont actuellement exercées par les juges d'instance, ce qui représente environ 90 ETPT de juges des tutelles pour environ 850.000 mesures de protection

### 3. Des cohérences et des organisations qui doivent être repensées sous le regard d'un juge nouveau, le juge de la protection.

Protéger les personnes les plus fragiles et considérées comme les plus vulnérables est d'abord un réflexe et une obligation éthique. Elle est aussi un choix de société qu'a clairement fait le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans sa Recommandation R(99) et à sa suite de nombreux pays européens dont la France. Le Code civil choisit aujourd'hui de protéger "toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté". Mais les familles, les aidants, les professionnels et le juge lui-même savent que la définition de catégories liées à l'âge, à la maladie, au handicap ne rend absolument pas compte de la réalité des situations et que la protection juridique imposée est aussi une restriction des droits et de la liberté laissée à la personne d'agir pour elle-même. Si le cadre juridique est incontestablement une référence, la tension est énorme en pratique entre plusieurs valeurs qui s'entrechoquent constamment : l'éthique de la vulnérabilité qui consiste à veiller à ce que les plus fragiles de la société, quelle que soit leur catégorie sociale et le montant de leurs revenus et patrimoine, soient protégés, parfois contre eux-mêmes, et l'éthique de l'autonomie, fondée sur la liberté de décider pour soi-même jusqu'à se causer du tort, agir contre son intérêt, et agir jusqu'à la décision ultime de vivre ou de mourir. Protéger dans le respect de la liberté sans aller jusqu'à l'abandon de la personne à elle-même.

Cette conscience que la loi ne peut pas tout mais qu'elle doit, dans ce domaine très spécifique, être partagée pour pouvoir repenser les cohérences d'aide et d'accompagnement des personnes atteintes d'altérations de leurs facultés personnelles est aujourd'hui particulièrement forte. De nombreux travaux pluridisciplinaires sont en cours, réunissant les chercheurs en sciences humaines et sociales, les médecins, les juges, les représentants des familles et tous les acteurs de la protection. Ils prospectent à la fois pour faire évoluer encore les textes et pour développer de meilleures organisations de travail collaboratif. Ainsi des pistes sont explorées pour aller plus loin dans le repérage des vraies situations de vulnérabilité, voire de maltraitance physique ou financière, en mettant en place une dynamique collective par exemple autour de l'Observatoire régional des personnes vulnérables mis en place en Ile de France. Il est en effet souhaitable de repenser les cohérences dans les fonctionnements, par exemple à partir des instances existantes telles les instances de démocratie liées à la santé et, en particulier, les conférences de territoire de la loi HPST<sup>165</sup> en y associant tous les acteurs, dont les acteurs judiciaires et les familles, ce qui permettra de développer des coopérations efficaces à partir des innovations ou bonnes pratiques déjà mises en place. Prenant en compte les critères définis par l'OMS<sup>166</sup> sur les objectifs de santé, et en lien notamment avec les travaux du comité national sur le parcours de santé des personnes âgées en risque de perte d'autonomie (PAERPA), des projets pilotes pourront être expérimentés et réfléchis dans le but de proposer une vraie évolution des politiques publiques mettant en perspective un projet de société plus équilibré et plus juste autour des accompagnements sociaux, des soins et de l'intervention judiciaire de protection quand elle devient une exigence de respect des libertés.

Le rôle et le périmètre d'intervention du juge doit lui-même être débattu car, malgré l'extrême flexibilité des outils fournis par la loi de 2007, des protections trop générales sont encore mises en place pour des situations qui mériteraient simplement une meilleure coordination en amont et une intervention ponctuelle du juge. En particulier à l'égard des personnes âgées, le développement d'habilitations familiales à l'égard des enfants dans les situations non conflictuelles, sous un contrôle du juge organisé comme pour les actuelles habilitations entre époux, serait de nature à apaiser

<sup>165</sup> Loi Hôpital, Patients, Santé, Territoire, n° 2009-879 du 21 juillet 2009

<sup>166</sup> Améliorer l'état de santé de la population, répondre aux attentes des personnes et assurer un financement équitable

nombre de tensions. Il est également indispensable d'engager un vrai débat sur l'anticipation des altérations et sur la place de la ou des personnes qui pourraient les assister ou émettre à leur place un « consentement substitué » et la faculté, en cas de difficulté grave, de saisir un juge judiciaire spécialisé nouveau, le juge de la protection des personnes vulnérables. Celui-ci pourrait se voir confier un rôle dépassant le rôle actuel du juge des tutelles pour avoir une compétence à l'égard de toutes les personnes présentant des altérations des facultés personnelles, soit durablement soit ponctuellement, jusqu'aux personnes dont l'état de santé justifie des soins contraints.

## **B. Une reconnaissance effective des familles et des proches, quand elle est possible.**

En France, moins de 50% des mesures de protection judiciaires sont exercées par les familles (jusqu'à moins de 40% dans plusieurs régions) alors même que l'article 449 du Code civil pose le principe de la priorité familiale pour l'exercice de la protection. A ce jour, les textes n'ont pas permis une réelle mise en œuvre d'une information et soutien aux familles et les territoires sont inégalement couverts en qualité et en présence de dispositifs. On peut ainsi constater une dégradation de l'exercice des mesures par les familles qui réduisent les prises en charge. Les mesures sont ainsi exercées dans de nombreux cas pour de mauvaises raisons par des Mandataires Judiciaires à la Protection des Majeurs (MJPM) alors que des solutions familiales auraient pu être recherchées. Cette situation s'explique souvent par le découragement des familles dans leur gestion des mesures, car elles manquent de soutien extérieur, et par le fait qu'en amont d'une mesure de protection, les familles ne sont pas suffisamment informées et aidées et refusent donc d'exercer la protection.

L'article L 215-4 du code de l'action sociale et des familles et sa partie réglementaire prévoient pourtant la possibilité de création de "Services d'information et de soutien aux tuteurs familiaux". Les personnes morales voulant réaliser ce type d'action sont inscrites sur une liste établie au parquet, donc sur le territoire d'un tribunal de grande instance. Aujourd'hui, le bilan de la réalité de ces dispositifs est très mauvais:

- de très nombreux territoires ne disposent pas de cette information et soutien aux tuteurs familiaux
- et quand ils en disposent, les personnes morales intervenantes ne sont pas régulées ou contrôlées, ce qui augmente donc les risques, en particulier de dérives sectaires, à l'égard des personnes très démunies et très fragiles pouvant être accueillies par ces services
- Seulement quelques territoires ont expérimenté des dispositifs plus régulés sur lesquels il est possible de s'appuyer : le Nord- Pas-de-Calais avec un Service régional d'information et de soutien aux tuteurs familiaux ; la Loire Atlantique et le tribunal d'instance de Nantes où un salarié dispense une information et un soutien aux tuteurs familiaux. Dans d'autres départements, ce sont des associations mandataires qui ont du elles-mêmes organiser ce service.

L'échec actuel de la mise en œuvre de ce dispositif pourtant essentiel résulte :

1. d'un cadrage réglementaire et pratique très insuffisant de ces services d'information et de soutien aux tuteurs familiaux
2. d'une autorisation trop peu cadrée au niveau des parquets qui ne permet pas un suivi et un contrôle satisfaisant de cette action
3. d'un niveau de territoire non pertinent (TGI) pour réguler et harmoniser sur les territoires une offre de qualité et pouvant être financé à un niveau critique alors que

la loi de 2007 a, dans un même temps, créé un schéma régional d'organisation et de planification sociale dans le domaine de la protection juridique des majeurs

4. d'une organisation du financement de ce dispositif non existante et donc ne permettant pas de mobiliser les acteurs publics (non identifiés par les textes) sur ce sujet.

Depuis 2013 toutefois, la fiche 9 "*Aider les familles confrontées à des événements ou des difficultés fragilisant la vie familiale*" de la Convention d'objectifs et de gestion entre l'Etat et la CNAF 2013-2017, mentionne que l'Etat, les CAF et les UDAF ont un rôle à jouer pour construire une information et un soutien aux tuteurs familiaux. Cependant, la CNAF et les CAF semblent toujours attendre de l'Etat plus de clarté et de cadrage sur ce dispositif avant d'y participer concrètement.

Il est donc souhaitable de mettre en œuvre une information pérenne aux familles et un soutien aux tuteurs familiaux par la création de **Services Régionaux d'Information aux Familles et de Soutien aux Tuteurs Familiaux (SRISTF)** qui auraient vocation à une intervention sociale et d'accompagnement juridique plus large afin d'informer les familles sur les droits et l'anticipation pour mieux préserver les capacités juridiques et de décisions pour la personne (exemple: mandat de protection future, directives anticipées, personne de confiance...) et à une intervention de soutien technique pour les tuteurs familiaux. La création cadrée par les textes réglementaires du code de l'action sociale et des familles d'un SRIFSTF dans chaque région permettrait à davantage de familles d'exercer les mesures de protection juridique de leurs proches mais faciliterait aussi la compréhension des familles sur cette prise en charge quand elles ne l'exercent pas ou pas encore. Une annexe détaillée sur l'organisation et la création de ces SRISTF est incluse dans ce rapport.

- **Proposition 35 : Réfléchir, dans le cadre des travaux menés sur la Justice et le Juge du XXIème siècle, au positionnement du juge judiciaire dans la protection des personnes et dans le contrôle et le respect de leurs droits, en particulier dans les situations de privation de liberté ou d'empêchement à exercer une volonté ou un consentement**
- **Proposition 36 : Renforcer et pérenniser les dispositifs d'aide et de soutien aux tuteurs familiaux avec une vraie activité pilotée et organisée par les Services d'Information et de Soutien aux Tuteurs Familiaux (détail en annexe)**

## C. Une profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs qui doit évoluer:

### 1. Une profession qui doit être mieux identifiée :

Dans le contexte actuel, les acteurs publics parmi lesquels les MPJPM sont convoqués chaque jour à justifier de leurs actions et de leurs interventions, la loi et le mandat du juge n'étant plus suffisants face à des personnes elles-mêmes particulièrement vulnérables et en souffrance et à un entourage parfois sans repère véritable, tous vivant l'intervention du judiciaire dans la sphère de leurs libertés comme difficilement tolérable. Au-delà, les obligations posées par loi du 5 mars 2007 en termes de respect de la volonté de la personne, de son autonomie, de ses libertés fondamentales et de sa dignité, pour essentielles qu'elles soient, fragilisent et parfois tétanisent l'action par crainte de mal faire. La crise ambiante aggrave toutes les incertitudes et toutes les contradictions éthiques, provoquant des inquiétudes parfois irrationnelles.

La vulnérabilité des populations accueillies ou accompagnées donne à chaque décision un poids et une portée particulière et appelle, en conséquence, une responsabilité professionnelle individuelle et collective.

Pour le MJPM, l'articulation entre les dimensions individuelles et collectives de son travail est porteuse de tensions entre des impératifs contraires, liés tout à la fois à l'efficacité attendue d'eux et la vulnérabilité parfois très importantes des personnes qu'ils assistent ou représentent. D'autant que les relais de leur propre hiérarchie, quand ils exercent en établissement ou en association, sont parfois perçus comme déconnectés de ce qu'ils vivent sur le terrain et que les exigences des prescripteurs de mesures (les juges) sont elles-mêmes parfois mal calibrées et déconnectées du « portefeuille de mesures » qui leur est confié. Pour que les personnes protégées puissent véritablement s'exprimer, avec leurs moyens et leurs difficultés souvent nombreuses, il faut du temps (dans la formulation d'une demande, dans l'instruction de la demande par le juge, puis dans la transmission du mandat judiciaire, dans sa compréhension et dans son individualisation par les mandataires). Or, les mandataires peuvent être pris dans des logiques (ou contraintes) professionnelles ou institutionnelles qui effacent la communication véritable et le respect des personnes en tant que sujets de droits et citoyens. Ainsi, le nombre de mesures par mandataire, le remplacement des collègues, les difficultés comportementales de tel ou tel, les lenteurs de transmission des décisions judiciaires, leur imprécision parfois ... sont autant de facteurs de difficultés. L'attitude à adopter est délicate pour le mandataire : comment respecter la personne protégée, lui permettre d'exprimer ses besoins et ses souhaits, sans la prendre en otage face aux dysfonctionnements souvent réels ? Et sans davantage se substituer à elle pour ne pas engager sa responsabilité ou tout simplement pour ne pas avoir d'histoires avec ses collègues, sa hiérarchie ou parce qu'on « la connaît bien » et qu'on sait ce qui est bon pour elle ?

La profession demande, dans son ensemble, à pouvoir affirmer son identité par la reconnaissance d'un véritable **référentiel métier** sur lequel l'ANDP, en particulier, a fait un travail de fond remarquable sur lequel peuvent s'appuyer les réflexions à venir (Référentiel métier, juin 2013, [contactandp@orange.fr](mailto:contactandp@orange.fr)).

### 2. Une profession dont la formation doit être améliorée et renforcée.

Depuis l'obligation de formation des mandataires, devenus désormais des professionnels, introduite

par la loi du 5 mars 2007, tous les gérants de tutelle, tuteurs, curateurs et mandataires non familiaux ou proches ont dû se former et obtenir le certificat national de compétence pour pouvoir continuer à exercer des mandats judiciaires. Pour autant, il est constaté des contrastes importants de contenu et de validation entre les différents centres de formation agréés sur le territoire. Par ailleurs, de nouveaux profils de MJPM sont apparus, en particulier chez les MJPM exerçant à titre individuel. Bon nombre d'entre eux ne proviennent plus du domaine du travail social et les profils de recrutement sont désormais variés. Cette évolution est incontestablement positive et le secteur a ainsi pu s'enrichir mais il est aussi préoccupant car tous n'ont pas intégré la dimension sociale et humaine de la protection des personnes telle que voulue par le législateur de 2007. Certains candidats obtiennent le certificat national de compétence peuvent ainsi avoir une tendance forte à être davantage préoccupés par la dimension de protection patrimoniale de la personne protégée et à déléguer la protection de la personne elle-même, alors que c'est précisément ce qui avait conduit à réformer la loi de 1968.

**Un meilleur cadrage du Certificat National de Compétence MJPM** est donc nécessaire. C'est ce qu'ont mis en place certains départements. La région Nord-Pas-de-Calais a ainsi établi un document protocole régional sur le CNC MJPM. Il serait par ailleurs sans doute pertinent de se demander comment développer le volet social de la profession. A cet égard, il pourrait être envisagé de garantir un recrutement des MJPM comprenant une partie de travailleurs sociaux ou encore de mieux armer les modules de formation du CNC MJPM sur la dimension « sociale » de la protection des personnes.

Plus encore, la reconnaissance de la spécificité de la profession et des exigences qu'elle implique désormais dans des domaines aussi différents que le droit, la gestion, l'accompagnement social et humain dans un cadre sanitaire et médico-social qui doit être appréhendé, justifierait la délivrance d'un diplôme et non plus d'un simple certificat de compétence, même national. Ce diplôme pourrait être à la fois professionnel et universitaire ce qui permettrait d'unifier les apports des instituts de formation professionnelle en Travail Social et des facultés de Droit notamment. Il pourrait être un diplôme équivalent MASTER 1, la licence universitaire étant l'un des pré-requis pour l'entrée en CNC. En outre, eu égard à l'évolution permanente des pratiques, connaissances et normes, la formation continue devrait être encouragée, par exemple en prévoyant l'obligation de suivre annuellement au moins une semaine de formation au sein d'un organisme agréé à dispenser la formation obligatoire des MJPM ou un organisme habilité pour des formations et approfondissements relatifs aux domaines détaillés dans les DF1, DF2 et DF3 de l'arrêté du 2 janvier 2009.

### **3. Une profession qui doit pouvoir travailler mieux au quotidien en valorisant la mission de service qu'elle exerce au quotidien, moyennant des conditions strictes de contrôle.**

La loi du 5 mars 2007 de 2007 a judicieusement étendu le périmètre d'intervention du MJPM dans l'intérêt des personnes protégées, en particulier en matière personnelle. Il est néanmoins évident, en période de limitation de la dépense publique, que la présence renforcée auprès des personnes se fera à moyens constants. Les MJPM doivent dès lors, afin de mieux protéger et accompagner, gagner en efficience en évitant de nombreux actes chronophages et inutiles, qu'ils ont en tout état de cause obligation d'accomplir à peine d'engager leur responsabilité par application du mandat judiciaire. Ce renforcement de leur rôle suppose de sécuriser les garanties que présentent les MJPM : formation, inscription sur les listes et contrôles. La solennité de la prestation de serment doit elle-même être mieux valorisée en ce qu'elle marque l'engagement du MJPM à exercer le mandat de service public qui lui est confié par l'autorité judiciaire. Cette prestation de serment oblige aussi les MJPM à la loyauté ce qui, avec les obligations d'en répondre en cas de contrôle qui vont avec, pourrait

permettre aux MJPM d'accomplir davantage d'actes directement et d'en attester les éléments liés à son mandat, sauf demande plus complète du juge ou des organes de contrôle. Ainsi, pourrait-il en être ainsi pour : les attestations de revenus dans les demandes d'aides financières ou d'aides sociales, les demandes de CMUC, d'aide à la mutuelle, de pension d'invalidité par exemple ; les attestations de paiement d'actes ou prestations médicales pour les complémentaires santé.

Afin de faciliter les conditions d'exercice de la profession, la création d'une carte professionnelle serait pertinente et permettrait de fluidifier les relations avec les tiers. Elle devrait au moins mentionner les éléments relatifs à la qualité du professionnel, son mode, lieu et ressort d'exercice :

- État civil, photo d'identité
- Adresse d'exercice (celle du service et logo pour les délégués MJPM)
- Habilitation (celle du service pour les délégués MJPM)
- Date et lieu de la prestation de serment

#### 4. Un cadre institutionnel qui doit être posé de manière plus rigoureuse.

Les MJPM, quel que soit le mode de leur exercice professionnel, ont beaucoup travaillé sur les conditions de leur exercice professionnel. L'Interfédération (CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI), la Fédération Nationale des Mandataires Indépendants à la Protection des Majeurs, la Chambre des MJPM, l'Association Nationale des MJPM préposés d'établissement ont tous construit une réflexion tendant à interroger le sens de leur action, les questions liées à leurs modes d'exercice, à leurs pratiques professionnelles, à leurs obligations (secret professionnel, confidentialité, discrétion, responsabilités, postures dans la relation à la personne, travail avec les familles, les proches, les partenaires institutionnels, obligations déontologiques et réflexion éthique), et à leur organisation. Des lignes directrices ont été posées dans des chartes (par exemple : UNAF-UDAF, GESTO), dans des référentiels (par exemple : UNAPEI). Des concertations ont été lancées dans le cadre de colloques (par exemple, le colloque de Caen « MJPM : profession règlementée ? Métier d'avenir ? », 2012 ou celui de Douai « Déontologie des MJPM », 2014) ou à l'initiative de l'AFFECT ou encore de l'ANDP.

Il en résulte une demande forte d'organisation d'un cadre institutionnel plus rigoureux à la fois sur les conditions d'exercice de la profession, sur les obligations déontologiques et éthiques particulières des MJPM et sur une organisation qui pourrait assurer le respect effectif de celles-ci comme son contrôle, en plus des contrôles judiciaire et administratif. Dans ce sens, **des règles de non-cumul** d'activité et d'incompatibilités pourraient utilement être envisagées pour éviter tout conflit d'intérêts et une limite d'âge pourrait être posée pour l'exercice professionnel (âge de départ en retraite pour l'entrée en formation obligatoire et âge d'obtention automatique de la retraite à taux plein pour l'exercice professionnel). De même, la mise en place d'un organe de contrôle du respect des règles déontologiques a été très fortement demandée par bon nombre d'acteurs. Des propositions ont été faites qui pourraient être discutées utilement en s'inspirant d'autres organes fonctionnant sous la forme d'un établissement public afin, en particulier, d'exercer les missions suivantes : identifier les bonnes pratiques et promouvoir la qualité des services, établir tout document permettant la présentation des comptes des personnes protégées, donner son avis sur les mesures disciplinaires envisagées à l'encontre des professionnels, donner son avis à chaque fois qu'il en est requis par le Ministre de la Justice ou le Ministre des Affaires sociales et de la santé sur les questions professionnelles relevant de ses attributions. Il conviendrait aussi d'institutionnaliser des espaces/ groupes éthiques régionaux sur la protection des majeurs (*voir partie du rapport sur l'éthique*)

Il est par ailleurs apparu urgent de se pencher sur le véritable problème posé par l'absence d'un **statut de préposé d'établissement**. Le statut des préposés d'établissement (MJPM en établissement) n'existe pas en droit dans la fonction publique hospitalière. Cette réalité est assez dramatique car la

qualité des personnels n'est pas forcément assurée dans le recrutement des préposés au vu du niveau de responsabilité attendu : comment peut-on être catégorie C et avoir la responsabilité d'une quarantaine de mesures de protection ? De même, ce non statut ne permet pas de bénéficier des garanties objectives du critère d'indépendance des préposés d'établissements tel que souhaité par la loi. Il devient donc absolument indispensable de créer rapidement un statut des préposés d'établissement afin de garantir leur continuité d'exercice et le respect des textes en vigueur. La représentation nationale des MJPM préposés d'établissement et celle du Nord-Pas-de-Calais (COMAJEPH) ont réalisé des réflexions sur le sujet et propose dès à présent une fiche de poste type qui paraît un premier pas essentiel vers un statut harmonisé des préposés d'établissements.

## 5. Une profession qui doit en tout état de cause être mieux contrôlée

L'organisation et un meilleur contrôle des MJPM est un enjeu essentiel pour garantir l'effectivité de la protection et la confiance du public. Les dérives parfois constatées sont particulièrement graves et inacceptables à l'égard de personnes vulnérables et protégées. Mandatés par les juges des tutelles et contrôlés à la fois par l'institution judiciaire et par les agents du ministère de la Cohésion sociale, les MJPM demeurent encore trop largement livrés à eux-mêmes dans les modalités d'exercice de leur mission. Le nombre d'agents de l'Etat est notoirement insuffisant pour véritablement éviter certains abus maintes fois dénoncés depuis plusieurs années.<sup>167</sup> Il est devenu absolument indispensable d'unir les forces de l'Etat pour assurer la protection effective des personnes les plus vulnérables tant à l'égard de leur personne pour veiller aux conditions d'exercice du mandat judiciaire qu'à l'égard de leur patrimoine.

## 6. Une inspection contrôle MJPM qui doit être animée et coordonnée par la cohésion sociale en coordination avec l'autorité judiciaire.

Suite à la parution du référentiel de contrôle DGCS sur les services MJPM (les référentiels concernant les MJPM individuels et les préposés devraient suivre), il est nécessaire de relancer les missions d'inspection contrôle. Le cahier des charges national sur l'inspection contrôle des MJPM préconise que tous les MJPM soient en moyenne contrôlés une fois tous les cinq ans. C'est une moyenne à minima qui semble essentielle à tenir faute de quoi la crédibilité de ce contrôle serait remise en question.

Cette inspection contrôle doit pleinement s'inscrire dans le cadre de la coordination Justice Cohésion sociale qui doit identifier les besoins en la matière et prioriser les MJPM à contrôler (échanges d'informations sur les MJPM, analyse des faisceaux d'indices ou résultats de contrôle et autres questionnements). Il est également important que le juge des tutelles, prescripteur des mesures de protection, puisse éventuellement participer à la mission d'inspection selon des modalités à définir.

Cette inspection contrôle peut être très efficace sur l'organisation de travail des MJPM et la qualité de leur prise en charge. Elle reste cependant, en partie limitée, au niveau financier du fait de l'intervention des différents financeurs publics dans le financement des MJPM et qui ne sont pas toujours très actifs pour ces contrôles. S'agissant des financeurs publics, dans le Nord-Pas-de-Calais jusqu'en 2013, seule la CARSAT réalisait des contrôles sur ses prestataires dans les services MJPM. Les CAFs ont débuté leur politique de contrôle en 2014. Ces contrôles manquent de coordination et de cohérence, chacun ne contrôlant que ses prestataires et n'effectuant aucun contrôle global ni

<sup>167</sup> Rapport CESE, Rose Boutaric, 2006

croisé.

Cependant, les services de la cohésion sociale n'ont pas les moyens techniques de faire les contrôles de la bonne définition des quotes-parts des services MJPM, ou de la non double facturation des mesures MJPM individuels car ils ne disposent pas d'accès aux systèmes d'information de la sécurité sociale comme le Répertoire National Commun de la Protection Sociale (RNCPS) auxquels seuls les organismes de sécurité sociale peuvent accéder. Il serait donc utile qu'ils portent un appui à ce contrôle financier des MJPM

**Comment améliorer ce contrôle ?** Comme évoqué supra :

- **Proposition 37 :** Les contrôles sur les prises en charge des usagers par les MJPM doivent être réalisés en collaboration et en coordination entre la Justice et la Cohésion Sociale
- **Proposition 38 :** Les contrôles sur la bonne définition des quotes-parts des services MJPM et sur le bon fonctionnement de l'ouverture et de la gestion des droits sociaux des majeurs protégés doivent être réalisés par les organismes de sécurité sociale
  - ✓ *Ces contrôles doivent être globalisés sur l'ensemble des mesures suivies par le service MJPM donc une mission mixte de contrôle des organismes de SECU avec un chef de fil (CAF ou CARSAT...)*
  - ✓ *Ces contrôles en année N doivent porter sur N-1 afin d'aider le service MJPM à bien définir ses quotes-parts dans le cadre de son compte administratif et donc que les résultats de ces contrôles portent à conséquence en N+1 et non pas en N pendant la campagne budgétaire concernée.*
- **Proposition 39 :** Créer un vrai statut et une vraie obligation pour le recrutement de préposés d'établissement (mandataire en établissement) pour les structures sanitaires et médico-sociales privées et publiques = objectifs réduire les coûts des mesures de protection/ assurer une meilleure prise en charge et une cohérence globale des majeurs protégés hébergés en établissement
- **Proposition 40 :** Faire évoluer le CNC MJPM via des protocoles locaux pour définir plus concrètement les besoins pratiques de formation des futurs MJPM et développer une formation continue = objectif meilleure qualité de prise en charge MJPM
- **Proposition 41 :** Développer des groupes éthique régionaux, des instances d'échanges de bonnes pratiques MJPM, des plateformes d'information et de communication, des coordinations Justice-Cohésion Sociale et Financeurs Publics – Cohésion Sociale sur le territoire régional dans le cadre des schémas régionaux MJPM et DPF, avec pour objectif de mise en cohérence et de pilotage globale d'une politique complexe à enjeux.

## D. Organiser sur les territoires des instances éthiques en faveur des pratiques et analyses transdisciplinaires sur la protection juridique des majeurs

### 1. Créer des instances éthiques dans le champ de la protection des majeurs.

La loi du 5 mars 2007 et ses décrets d'application ont, semble t'il, trop rapidement omis d'organiser la réflexion éthique et la conception de bonnes pratiques pour les professionnels sur la protection juridique des majeurs. Il apparaît ainsi, 6 ans après la mise en œuvre de la loi, que les professionnels : MJPM, juges, agents de la cohésion sociale, médecins... affirment le besoin d'un meilleur accompagnement et d'un cadrage sur l'éthique de la protection des personnes. En effet, au vu de la transdisciplinarité de cette protection, de nombreuses décisions, quand elles sont prises seul, risquent de ne pas assurer une prise en charge « bientraitante » de la personne protégée.

Ce besoin réel de mettre en place des instances éthiques sur les territoires a vu le jour soit à l'occasion d'initiatives cloisonnées (par exemple à l'interne dans d'importants services MJPM) soit par la mise en place d'instances transdisciplinaires territoriales éthiques sur la protection juridique des majeurs (par exemple : le groupe éthique régional dans le Nord Pas de Calais). Nos réflexions nous conduisent à proposer un cadre d'exercice institutionnalisé et sécurisé de groupes éthiques régionaux qui viendraient nourrir les pratiques locales des professionnels et concourir à la réflexion et à un cadrage national de ces questionnements et pratiques.

### 2. Des groupes éthiques régionaux.

Afin de pouvoir mettre en débats et en tensions les questions éthiques soulevées dans le champ de la protection des majeurs, il est nécessaire de mettre en place dans chaque région une instance régionale éthique transdisciplinaire pour croiser les regards et points de vue sur les difficultés et questionnements auxquels se confrontent chacun des professionnels de ce champ. Cette instance pourrait faire porter ses réflexions par rapport aux orientations légales, judiciaires, administratives, médicales en matière de protection des majeurs mais, aussi et surtout, par rapport aux questions auxquelles sont confrontés, sur le terrain, les majeurs, les familles, les MJPM, les associations et, de manière plus générale, l'ensemble des partenaires de la protection des majeurs.

Les groupes éthiques régionaux sur la protection des majeurs auraient pour mission de permettre, à partir de l'analyse de situations concrètes amenées par les professionnels (magistrats, institutions, mandataires associatifs, personnes physiques ou préposés) pour lesquelles une décision a été prise (situation à froid) de mener des réflexions d'ordre éthique c'est-à-dire :

- de faciliter la mise en débat et la discussion des questions éthiques posées par certaines problématiques complexes (ex : décision concernant les personnes handicapées psychiques)
- de chercher les éléments, les repères qui peuvent aider à une prise de décision,
- de repérer les différents principes qui agissent dans la situation et qui peuvent s'opposer (tension éthique)
- de voir et comprendre les éléments de contexte qui sont à prendre en compte
- de produire des recommandations ou à minima des questionnements transdisciplinaires sur les thématiques étudiées et de les rendre accessible aux professionnels

### 3. Une instance nationale.

En complément, une instance nationale pourrait se réunir afin d'agrèger les productions et questionnements de ces groupes régionaux afin:

- ✓ d'être un observatoire concernant les questions éthiques posées par la protection des majeurs et leurs accompagnements afin de mieux connaître les difficultés et discriminations auxquelles leurs situations de fragilités les confrontent.
- ✓ de donner des avis/recommandations concernant l'application des procédures et des outils en matière de protection des majeurs dans la perspective du respect des droits fondamentaux
- ✓ de proposer des outils pour aborder des questions difficiles ou complexes

### 4. Composition et formalisation des groupes éthique régionaux.

#### a. Membres composant le groupe éthique régional :

Un groupe éthique régional de la protection des majeurs serait composé d'une quinzaine de personnes maximum par séance. Il est transdisciplinaire :

- ✓ 5 professionnels MJPM,
- ✓ 1 représentant des préposés,
- ✓ 1 représentant des tuteurs personnes physiques
- ✓ 3 représentants des associations mandataires.
- ✓ 2 à 3 juges des tutelles de la région.
- ✓ 2 représentants de l'Etat (DRJSCS et DDCS): *des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale ou autres agents en charge du dossier de la protection juridique des majeurs*
- ✓ 1 représentant de l'ARS: *de préférence un inspecteur de l'action sanitaire ou social ou autre agent ayant une expertise ou étant référent sur le handicap, la psychiatrie et les personnes âgées.*
- ✓ 2 représentants en qualité d'expert (universitaires).
- ✓ 2 médecins (un psychiatre et un gériatre)
- ✓ Autre si besoin (secrétariat)

Chaque membre titulaire a un suppléant qui est convoqué en cas d'absence du titulaire. Le groupe est présidé par le membre titulaire désigné par les membres du groupe lors de la première séance.

#### b. Formalisation de ces groupes éthiques régionaux :

Ces groupes éthiques pourraient être créés et sécurisés dans la loi puis par décret/ instruction.

Pour ce faire, on pourrait s'inspirer sur la forme de l'écriture dans le code de la Santé Publique du comité d'experts qui est décidé par l'ARS dans le cadre des articles L2123-2 ; R2123-2 ; R2123-3 du code de la santé publique.

Il conviendrait ainsi d'ajouter au code de l'action sociale et des familles un article législatif créant ces

groupes éthiques régionaux et national en indiquant qu'ils sont institués sous l'autorité du préfet de région et de la ou des cours d'appels et du ministère pour l'instance nationale.

Le mandat des membres titulaires et suppléants des groupes éthiques serait de trois ans et renouvelable. Il serait aussi conseillé que pour la représentation des MJPM qu'une élection ait lieu tous les 3 ans pour que chaque catégorie (service, privés, préposé) désigne leur(s) représentant(s) titulaire(s) et suppléant(s).

## 5. Fonctionnement des groupes éthiques régionaux et instance nationale

- Les **groupes éthiques régionaux** se réunissent au minimum 4 fois par an (une fois par trimestre). Ils durent par séance une journée ou une demi-journée minimum. La logistique de ces groupes (salle de réunion) est assurée par les services de la Justice et/ ou ceux des directions de cohésions sociale. Un secrétariat est fourni ou financé par l'une de ces organisations (ou communément).

Les groupes éthiques régionaux sont saisis sur une situation à froid transmise et détaillée par un professionnel (MJPM, juge...). La situation est communiquée au minimum 2 semaines avant la tenue du groupe afin que les participants puissent se documenter sur la situation au vu de leur expertise propre.

Une à deux situations sont lues (par demie journée) et débattues en séance. Lors de la prochaine séance, une compilation organisée des échanges et un document d'aide à la décision par thématique explorée ou situation étudiée est remis puis modifié et validé en séance pour diffusion auprès des autres professionnels.

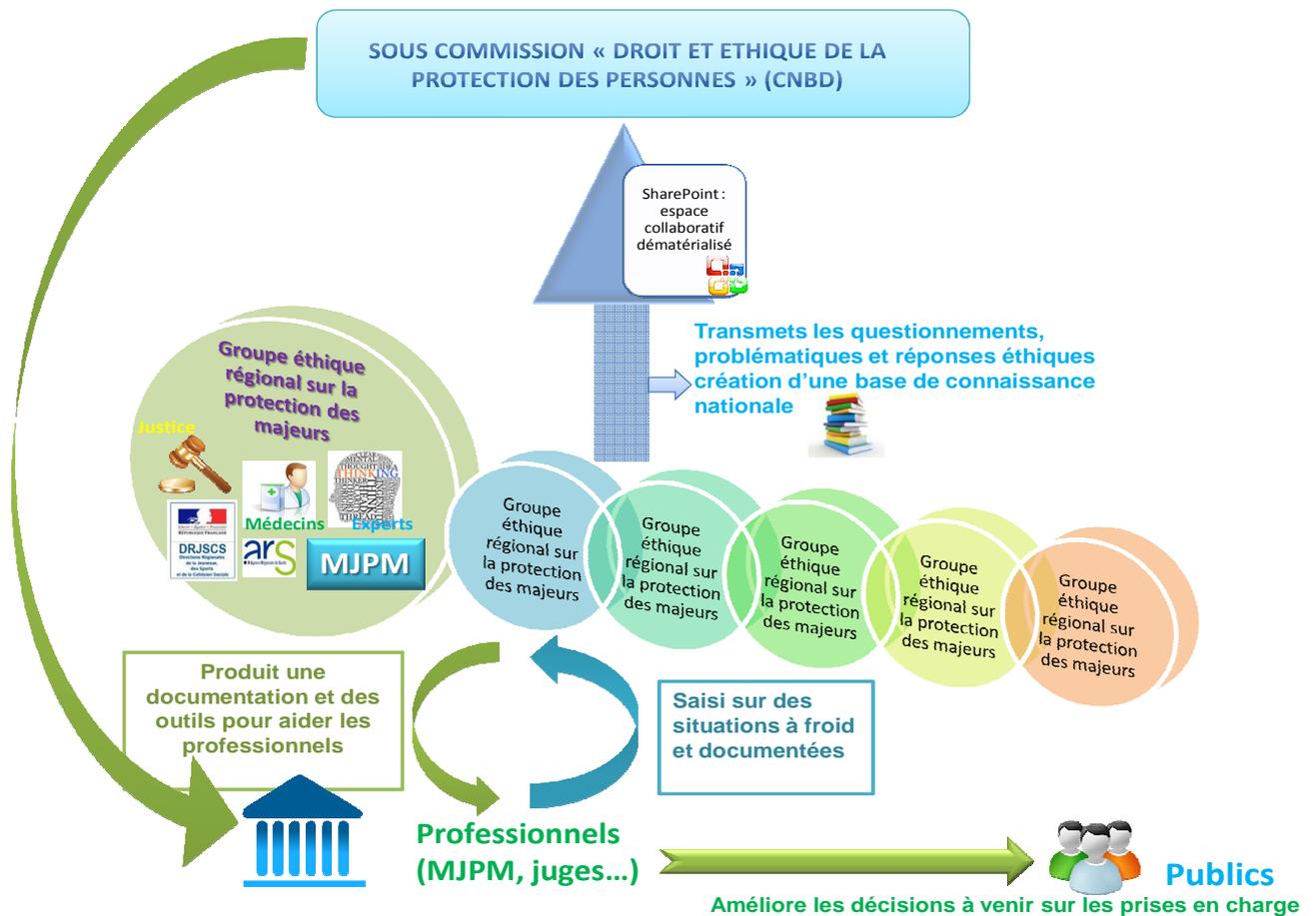
- Le **groupe éthique national** est destinataire des documents produits par les groupes éthiques régionaux. Il peut aussi être saisi sur des questions restées sans réponses au sein d'un groupe régional.

Le groupe éthique national utilise ces remontées pour les capitaliser dans sa réflexion, ses propositions d'évolutions juridiques et des dispositifs et dans l'édition d'un document national **d'analyse transdisciplinaire sur la prise en considération de la capacité des personnes majeures** (objectif de la sous-commission « droit et éthique de la protection des personnes »).

Un espace collaboratif SharePoint mis en place par la DGCS permettrait la remontée d'information des groupes éthiques régionaux et donc la centralisation de leurs questionnements et productions au niveau national :

- afin d'alimenter les travaux et les réflexions de la sous-commission « droit et éthique de la protection des personnes » du CNBD

- de produire une base de connaissance nationale très précieuse sur l'éthique de la protection juridique et donc décloisonner l'information disponible entre les différents groupes éthiques régionaux.



#### Points de vigilance.

Le groupe éthique ne doit pas être perçu comme une instance de recours par rapport à des décisions prises : que celles-ci relèvent de décisions concernant le majeur ou de questions de professionnels par rapport à l'organisation de leur service.

Le groupe doit rester vigilant et s'assurer que ses travaux ne viennent pas interférer et compliquer la situation de la personne protégée.

Il n'y a pas de représentations d'usagers, associatives ou autres qui, en l'état actuel, paraissent pouvoir recouvrir la totalité des situations représentées. Aussi, la place de « l'utilisateur » doit être vue essentiellement par rapport aux situations qui sont analysées. La fragilité, notamment psychique, des personnes ne permet pas de systématiser la présence des personnes protégées dans le groupe éthique au moment de la présentation de la situation. Pour autant, la recherche en amont du point de vue de « l'utilisateur » doit être recherchée (recueil de sa parole, ré-écouter son point de vue, le questionner sur la requête etc..). Si la situation de la personne le permet celle-ci pourra être invitée au groupe éthique qui débat de sa situation.

#### Calendrier et coûts

Comme évoqué précédemment, la dimension logistique (salle, intendance) doit normalement pouvoir être gérée sans frais par les services de la justice et ceux des directions de la cohésion sociale. Ces derniers peuvent aussi demander gracieusement à leurs partenaires/ opérateurs de mettre à disposition des locaux pour cet exercice.

Sur le secrétariat, comme évoqué précédemment, les ressources peuvent être trouvées en interne (services de la justice et directions de cohésion sociale), voir mutualisées. Cela représenterait pour 4

séances annuelles en région, en addition du travail à réaliser à côté (écriture des comptes rendus...), un temps de travail équivalant à 10 jours par an soit 0.05 ETPT par an / par région.

Ces prestations pourraient aussi être externalisées et pourrait coûter par an de 5 000 à 10 000 euros par région. Ces crédits pourraient être utilisés au vu des possibilités de crédits dans les dépenses d'intervention de la justice ou de la cohésion sociale (DGCS ou CNSA).

Il serait tout de même, si possible recommandé de pérenniser une enveloppe nationale répartie entre les régions de 100 000 euros par an pour le bon fonctionnement et le soutien des groupes éthiques régionaux. Cette dépense est relativement peu importante au vu des améliorations sur la prise en charge des usagers que ces dispositifs peuvent réaliser.

## 6. Favoriser une coopération avec les espaces de réflexion éthique régionaux ou inter-régionaux (ERERI)

La loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique prévoit la mise en place d'Espaces de réflexion éthique régionaux ou interrégionaux. Les dispositions de **l'article L 1412-6 du code de la santé publique** exposent que : *" constituent en lien avec des centres hospitalo-universitaires, des lieux de formation, de documentation, de rencontre et d'échanges interdisciplinaires sur les questions d'éthique dans le domaine de la santé. Ils font également fonction d'observatoires régionaux ou interrégionaux des pratiques au regard de l'éthique. Ces espaces participent à l'organisation de débats publics afin de promouvoir l'information et la consultation des citoyens sur les questions de bioéthique."*

Depuis la loi du 6 août 2004, des espaces éthiques ou des centres de réflexion éthique se sont constitués sur le territoire, en lien, le plus souvent avec un CHU, parfois avec plusieurs. Cependant en l'absence de texte réglementaire, leurs statuts, leur organisation et leurs moyens de fonctionnement étaient divers.

L'enjeu de l'arrêté a été de:

- définir un nombre limité d'espaces de réflexion éthique à vocation régionale voire interrégionale, capables d'organiser une collaboration en réseau avec les différentes structures d'éthique locale;
- d'harmoniser les règles de constitution, de composition et de fonctionnement de ces espaces en incitant les différentes composantes à adhérer à une convention constitutive type;
- de confier, aux agences régionales de santé (ARS) la conduite de l'état des lieux de l'existant. Les ARS accorderont aux espaces les financements nécessaires sur la base de leur bilan annuel et en fonction des critères d'évaluation définis en annexe de l'arrêté;
- d'assurer une plus grande transparence sur les moyens alloués aux espaces au titre de la MIGAC prévue à l'article L 162-22-13 du code de la sécurité sociale;
- d'inscrire les activités des espaces dans un cadre régional ou interrégional, plus global dans la mesure où ceux-ci doivent désormais présenter un bilan annuel à la fois du directeur de l'établissement - siège de leur implantation, aux directeurs généraux des ARS concernées, aux présidents des conférences régionales de santé et de l'autonomie (CRSA) également concernées. Les bilans doivent être adressés au Comité consultatif national d'éthique.

[L'arrêté du 4 janvier 2012](#), pris après avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé et après consultation du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, a eu pour objet de définir les règles de constitution, de composition et de fonctionnement de ces espaces. Sont annexés un modèle de convention constitutive et les critères d'évaluation des espaces. [L'instruction n°DGOS/MU/DGS/DDEAJ/2012/124 du 20 mars 2012](#) a accompagné la mise en

oeuvre de l'arrêté.

Les ERERI sont financés pour partie, au titre d'une mission d'intérêt général MIG "Espaces de réflexion éthique régionaux ou interrégionaux", ils disposent d'une dotation socle (conçue à partir des informations communiquées par les agences régionales de santé (ARS)). La répartition de la MIG est réalisée dans le cadre des circulaires budgétaires à l'occasion de chaque campagne tarifaire. Il s'agit d'une MIG allouée en justification au premier euro (JPE). Les ARS vont procéder à une évaluation des ERERI au moyen de rapports d'activités modélisés et standardisés.

A ce jour il existe 19 espaces de réflexion éthique régionaux (ERER) et 2 interrégionaux (EREI) répartis sur l'ensemble du territoire dont un ultra-marin (La Martinique).

Ces espaces éthiques pourraient héberger une formation dédiée à la protection des personnes dans sa définition large.

- **Proposition 42 : Renforcer les garanties offertes par les professionnels de la protection des majeurs en favorisant la réflexion éthique et en développant les espaces éthiques régionaux**
- **Proposition 43 : Mettre en place un référentiel métier**
- **Proposition 44 : Mettre en place une organisation des MJPM unifiée**
- **Proposition 45 : Créer un régime d'incompatibilités**
- **Proposition 46 : Stabiliser les MJPM d'établissement**
- **Proposition 47 : Valoriser la prestation de serment et renforcer les obligations d'en répondre en cas de contrôle pour permettre aux MJPM d'accomplir davantage d'actes directement et d'en attester (par exemple pour les attestations de revenus dans les demandes d'aides financières)**
- **Proposition 48 : Favoriser la recherche sur le consentement**

## Synthèse des propositions

### TABLEAU RECAPITULATIF DES PROPOSITIONS

OBJECTIFS	PROPOSITIONS
<p><b>Une dynamique nouvelle de l'action publique à initier pour sortir de la fragmentation des interventions</b></p>	
<p><b>Décloisonner les dispositifs et parvenir à une évaluation pluridisciplinaire en situation</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Favoriser l'information et la participation des personnes.</li> <li>- Une évaluation qui doit impérativement être renouvelée.</li> </ul>	<p>01: Permettre une <b>information accessible</b>, et notamment facile à lire et à comprendre</p> <p>02 : Garantir l'<b>accessibilité des espaces de participation</b>.</p> <p>03 : Développer la mise en place de <b>formes multiples de participation et de recueil de la parole</b> des personnes et de leurs proches.</p> <p>04 : Développer, en les adaptant, les <b>instances de participation</b> et en particulier les CVS</p> <p>05 : Etudier l'ensemble des outils actuels d'évaluation pour parvenir à une véritable <b>évaluation multidimensionnelle et pluridisciplinaire des capacités décisionnelles</b></p> <p>06 : Développer, dans la <b>formation des professionnels</b> de l'aide et de l'accompagnement, y compris à domicile, la <b>dimension participative de la personne</b> elle-même en insistant pour faire évoluer la présomption d'incapacité vers une présomption de compétence, ce qui permet de reconnaître la valeur de la parole.</p> <p>07 : Développer la <b>formation des acteurs du champ sanitaire, social et médico-social</b> en insistant sur tous les aspects de <b>l'évaluation de la personne</b></p> <p>08 : Mettre en place, dans la <b>formation initiale des médecins</b>, un module sur le <b>droit des (in)capacités et d'évaluation</b> de capacités décisionnelles des personnes vulnérables</p> <p>09 : Mettre en place une <b>formation spécifique</b> (initiale et continue) destinée <b>aux médecins inscrits</b> sur les listes établis par les procureurs de la République dans le cadre des demandes de protection juridique</p> <p>10 : Mettre en place des modules de <b>formation commune entre les acteurs des champs du social/du médico-social/du sanitaire et du judiciaire</b>.</p> <p>11 : Mettre en place un même type de <b>formation au niveau des cadres et des décideurs</b> (EHESP/ENM par exemple)</p>
<p><b>Un pilotage plus efficace autour d'un outil de connaissances partagé</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Une meilleure coordination des acteurs pour améliorer les dispositifs de protection.</li> <li>- Une connaissance partagée à mieux développer et outiller</li> </ul>	<p>12 : Créer une <b>instance nationale de coordination Affaires Sociales-Santé/Justice</b> en lien avec gouvernance territoriale</p> <p>13 : Instituer un <b>lien entre cette instance et la cellule de recueil des informations préoccupantes</b> relative à la maltraitance des personnes afin de permettre, dans les meilleurs délais et quand c'est nécessaire, une protection civile de la personne, en plus des éventuelles poursuites pénales</p> <p>14 : Inscrire les <b>DRJSCS et les DDCS</b> dans une <b>logique intégrée de travail</b> sur la protection juridique des majeurs avec un vrai rôle affirmé de pilote et de <b>coordination du niveau régional</b> fondé sur le schéma régional des MJPM et des DPF</p> <p>15 : Instituer un <b>pilotage régional des MJPM</b> (animation, inscription-habilitation, contrôle) animé par les services de la cohésion sociale et les acteurs judiciaires dans le cadre des schémas régionaux MJPM et DPF aux compétences élargies à la protection des personnes vulnérables</p> <p>16 : Elever la <b>procédure d'autorisation</b> des services MJPM (dont la question de l'extension du nombre de mesures) <b>au niveau régional</b> afin de pouvoir organiser des appels à projets régionaux mutualisés (services mandataires) ou des appels à candidatures régionaux (MJPM individuels) pour l'ensemble des territoires avec pour objectifs de mettre en cohérence, de simplifier et d'optimiser les ressources humaines</p>

	<p>17 : Définir le <b>tribunal d'instance comme le territoire opérationnel de cette politique publique</b> et donc acter en droit la construction de <b>listes départementales ou régionales des MJPM autorisant l'exercice par tribunal d'instance</b>, avec pour objectif la mise en cohérence et la sécurisation du pilotage territorial au vu de l'analyse pertinente des besoins</p> <p>18 : Aller au bout de la logique de tarification au vu des indicateurs spécifiques des services MJPM (définir seuil et plafond VPS et cible régionale...) et passer à une <b>logique de Contrat Pluriannuel</b> (3 ans) d'Objectifs et de Moyens sur la base de valeurs (activité en points et en mesures, charges autorisées, produits anticipées) et d'indicateurs cibles (VPS, P2M...) avec arrêté annuel de tarification pour affiner la DGF et les quotes-parts, avec pour objectifs la simplification, la meilleure responsabilisation et la programmation de gestion des services MJPM, donc une meilleure utilisation des fonds publics, la possibilité de dégager du temps de travail pour l'animation et pour l'inspection contrôle des dispositifs</p> <p>19 : <b>Transférer la tarification des services Délégué aux Prestations Familiales aux CAF et MSA</b>, qui sont quasiment les seuls financeurs, avec pour objectifs la simplification et la mise en cohérence, outre le temps de travail ainsi repris pour l'animation et l'inspection contrôle des dispositifs</p> <p>20 : <b>Repenser la Mesure d'Accompagnement Personnalisée (MASP)</b> et garantir son application plus large afin de s'assurer de la vraie implication des Conseils Généraux et ouvrir la MASP aux personnes sans prestations sociales</p> <p>21 : <b>Créer un service MJPM à compétence nationale via un financement national pour les mesures de protection en Belgique</b>, dans des objectifs de meilleur contrôle des droits des personnes, de rationalisation et de maîtrise des coûts et des prises en charge des mesures de protection venant de toute la France pour les ressortissants Français hébergés en Belgique, et ouverture d'antennes de proximité en Belgique</p>
<p>L'enjeu de l'appropriation du droit par les acteurs : pour un Guide d'appropriation des règles de protection des personnes vulnérables et de leurs capacités</p>	<p>22 : <b>Valider un Guide d'appropriation unique</b> et instituer dans le Projet de loi d'adaptation de la société au vieillissement ou dans tout autre vecteur législatif adapté le principe d'un Guide d'appropriation de référence sur le droit des (in)capacités</p>
<p><b>Propositions pour une effectivité des droits des personnes en situation de particulière vulnérabilité</b></p>	
<p>Comment décider ou consentir quand les facultés sont altérées ?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Le consentement de l'utilisateur en santé :</li> <li>- Les écueils dans l'exercice pratique de ces droits en santé.</li> </ul>	<p>23 : Engager une réflexion approfondie sur le <b>consentement et l'expression de la volonté</b></p> <p>24 : Engager un travail de <b>mise en cohérence des dispositions contenues dans le code de la santé publique, le code de l'action sociale et des familles et dans le Code civil</b> relativement à l'expression de la volonté et au consentement de la personne</p>
<p>Revisiter les modes d'anticipation ciblés du code de l'action sociale et des familles :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La désignation</li> </ul>	<p>25 : <b>Rénover le dispositif de la personne de confiance</b> en l'étendant au <b>code de l'action sociale et des familles</b> et en rédigeant une <b>définition sociale</b> sur ses missions</p> <p>26 : Engager une réflexion approfondie sur les <b>directives anticipées</b> d'organisation de la fin de la vie non seulement dans les soins mais <b>aussi dans les prises en charge à domicile ou en établissement</b></p> <p>27 : Mettre en place un <b>contrat type de séjour</b> pour renforcer la protection de la personne accueillie</p>

<p>d'une personne de confiance.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Les directives anticipées.</li> </ul>	<p>28 : Mettre en place un <b>groupe de travail interministériel</b> chargé de réfléchir aux modalités de prise en charge des <b>personnes</b> qui, à domicile ou en établissement, font <b>courir des risques pour leur intégrité et leur sécurité</b></p> <p>29 : Affirmer la <b>compétence du Défenseur des droits</b> pour s'assurer du respect des droits des personnes en établissement, à domicile ou en tout lieu d'accueil</p> <p>30 : Développer une <b>réflexion avec le Défenseur des droits</b> sur les processus à construire pour rendre possible la <b>désignation de personnes de confiance</b> pour les personnes qui ne l'auraient pas anticipée et qui sont isolées ou en conflit avec leur famille et leurs proches</p>
<p><b>Permettre une réelle anticipation de l'inaptitude ou des (in) capacités pour ceux qui le souhaitent</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Renover le mandat de protection future.</li> <li>- Les dispositifs de désignation anticipée du mandataire-curateur ou tuteur.</li> </ul>	<p>31 : <b>Sécuriser le mandat de protection future</b> conclu en créant un <b>registre des mandats conclus</b> pour lui faire prendre date certaine</p> <p>32 : Sécuriser le mandat de protection future <b>mis à exécution en créant un registre des mandats activés</b></p> <p>33 : Renover le mandat de protection future en créant un <b>dispositif particulier et gradué</b> de mandat tenant compte de la volonté du mandant</p> <p>34 : prévoir la <b>création d'un registre</b>, qui peut être celui dans lequel sont inscrits les mandats de protection future, qui recenserait ces <b>actes de désignation anticipée</b></p>
<h3 style="color: #4F81BD;">Enjeux et propositions d'évolution du dispositif de protection juridique (judiciaire)</h3>	
<p><b>Quel juge, à quel niveau et quelle reconnaissance de la place des proches et des familles quand elle est possible ?</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Repenser les cohérences et développer des organisations autonomes respectueuses sous le regard distancié d'un juge nouveau, le juge de la protection.</li> <li>- Une reconnaissance effective des familles et des proches, quand elle est possible.</li> </ul>	<p>35 : Réfléchir, dans le cadre des travaux menés sur la Justice et le Juge du XXIème siècle, au <b>positionnement du juge judiciaire dans la protection des personnes et dans le contrôle et le respect de leurs droits</b>, en particulier dans les situations de privation de liberté ou d'empêchement à exercer une volonté ou un consentement</p> <p>36 : <b>Renforcer et pérenniser les dispositifs d'aide et de soutien aux tuteurs familiaux</b> avec une vraie activité pilotée et organisée par les Services d'Information et de Soutien aux Tuteurs Familiaux (détail en annexe)</p>
<p><b>Quels professionnels : référentiel métier, déontologie, éthique et organisation</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Une profession qui doit être mieux identifiée (référentiel métier)</li> <li>- Une profession qui doit être mieux organisée et contrôlée</li> </ul>	<p>37 : Les contrôles sur les prises en charge des usagers par les MJPM doivent être réalisés en collaboration et en coordination entre la <b>Justice et la Cohésion Sociale</b></p> <p>38 : Les contrôles sur la bonne définition des quotes-parts des services MJPM et sur le bon fonctionnement de l'ouverture et de la gestion des droits sociaux des majeurs protégés doivent être réalisés par les <b>organismes de sécurité sociale</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ces contrôles doivent être globalisés sur l'ensemble des mesures suivies par le service MJPM donc une mission mixte de contrôle des organismes de SECU avec un chef de fil (CAF ou CARSAT...)</li> <li>- Ces contrôles en année N doivent porter sur N-1 afin d'aider le service MJPM à bien définir ses quotes-parts dans le cadre de son compte administratif et donc que les résultats de ces contrôles portent à conséquence en N+1 et non pas en N pendant la campagne budgétaire concernée.</li> </ul> <p>39 : <b>Créer un vrai statut et une vraie obligation pour le recrutement de préposés d'établissement</b> (mandataire en établissement) pour les structures sanitaires et médico-sociales privées et publiques = objectifs réduire les coûts des mesures de protection/ assurer une meilleure</p>

	<p>prise en charge et une cohérence globale des majeurs protégés hébergés en établissement</p> <p>40 : Faire <b>évoluer le CNC MJPM via des protocoles locaux</b> pour définir plus concrètement les besoins pratiques de formation des futurs MJPM et développer une formation continue = objectif meilleure qualité de prise en charge MJPM</p> <p>41 : <b>Développer des groupes éthique régionaux</b>, des instances d'échanges de bonnes pratiques MJPM, des plateformes d'information et de communication, des coordinations Justice-Cohésion Sociale et Financeurs Publics – Cohésion Sociale sur le territoire régional dans le cadre des schémas régionaux MJPM et DPF, avec pour objectif de <b>mise en cohérence et de pilotage globale d'une politique complexe à enjeux</b>.</p>
<p><b>Organiser sur les territoires des instances éthiques en faveur des pratiques et analyses transdisciplinaires sur la protection juridique des majeurs</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Créer des instances éthiques dans le champ de la protection des majeurs</li> <li>- Pour une coopération avec les espaces de réflexion éthique régionaux ou inter-régionaux (ERER) ?</li> </ul>	<p>42 : Renforcer les garanties offertes par les professionnels de la protection des majeurs en favorisant la <b>réflexion éthique et en développant les espaces éthiques régionaux</b></p> <p>43 : Mettre en place un <b>référentiel métier</b></p> <p>44 : Mettre en place une <b>organisation des MJPM unifiée</b></p> <p>45 : Créer un <b>régime d'incompatibilités</b></p> <p>46 : <b>Stabiliser les MJPM d'établissement</b></p> <p>47 : <b>Valoriser la prestation de serment</b> et renforcer les obligations d'en répondre en cas de contrôle pour permettre aux MJPM d'accomplir davantage d'actes directement et d'en attester (par exemple pour les attestations de revenus dans les demandes d'aides financières)</p> <p>48 : Favoriser la <b>recherche sur le consentement</b></p>

## Annexes

### Annexe 1 : Proposition de modification du code civil :

#### Mandat de protection future : Propositions de modification du code civil (en gras) :

**Art. 477** : *“Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l’objet d’une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de l’assister ou de la représenter pour le cas où, pour l’une des causes prévues à l’article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts. Elle peut désigner dans ce même mandat un ou plusieurs mandataires suppléants en cas de défaillance ou d’empêchement du ou des mandataires principaux.*

*La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu’avec l’assistance de son curateur.*

*Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l’objet d’une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l’autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l’une des causes prévues à l’article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de l’assister ou de la représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l’intéressé.*

*Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé **contresigné par un avocat dans des conditions fixées par décret**. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié.*

**Art. 477-1 ( à créer )** : *Tout mandat de protection future conclu ou modifié doit être inscrit dans un registre tenu et géré dans des conditions fixées par décret. L’inscription dans ce registre lui confère date certaine.*

*Tant que le mandat n’a pas reçu exécution, le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant. Ces modifications et la révocation sont inscrites dans le registre.*

**Art. 478 et 479** : *sans changement*

**Art. 480 al. 3 in fine ajouter** : *“Dans ce cas, le juge des tutelles nomme un des suppléants désigné par le mandant si celui-ci l’a prévu dans le mandat, sauf si l’intérêt de la personne protégée commande, par décision spécialement motivée, de désigner un nouveau mandataire. Si le mandant n’a pas désigné de suppléant, le juge des tutelles choisit le ou les nouveaux mandataires selon les modalités prévues aux articles 449 à 451.*

**Art. 481** : *“Le mandat prend effet lorsqu’il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Celui-ci en reçoit notification dans les conditions prévues par le Code de procédure civile.*

*A cette fin, le mandataire” (le reste de l’alinéa 2 est supprimé) “saisit le juge des tutelles d’une requête en homologation du mandat. Cette requête doit, à peine d’irrecevabilité, être accompagnée d’un certificat médical circonstancié établi par un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l’article 431. Le juge des tutelles statue sur la demande d’homologation du mandat dans des conditions fixées par décret, après audition du mandataire et de la personne à protéger, sous réserve pour cette dernière de l’application des dispositions de l’article 432.*

*Le mandat ainsi mis à exécution est inscrit en marge de l’acte de naissance de la personne protégée selon les modalités prévues par le Code de procédure civile. Il est opposable aux tiers deux mois après cette inscription. Toutefois, même en l’absence de cette mention, il est opposable aux tiers qui en ont personnellement connaissance.”*

**Art. 482 : sans changement**

**Art. 483 3°** : *Le décès du mandataire, son placement sous une mesure de protection, sa déconfiture, sauf si le mandate avait désigné un ou plusieurs suppléants.*

**Art 484 : sans changement**

**Art. 485** : *“Le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique dans les conditions de et selon les modalités prévues aux sections 1 à 4 du présent chapitre. **Il peut, à titre exceptionnel, se saisir d’office à cette fin.**”*

*Alinéa 2 sans changement*

*Alinéa 3* : *“Le mandataire de protection future et les personnes désignées par le juge sont indépendants et ne sont pas responsables l’un envers l’autre, **sauf décision spécialement motivée prise par le juge dans l’intérêt de la personne protégée** ; ils s’informent toutefois **régulièrement** des décisions **qu’ils peuvent prendre dans le cadre de leur mandat d’assistance ou de représentation.**”*

**Art. 486 ET 487 : sans changement**

**Art. 492** : *“Le mandat établi sous seing privé est date et signé de la main du mandant et est contresigné par un avocat. **(Suppression de la fin du texte).***

*Le mandataire **et le cas échéant les suppléants** acceptent le mandat en y apposant **leur** signature.*

**Alinéa 3 supprimé (voir 477-1 alinéa 2)**

**Art. 492-1 : suppression (voir 477-1 alinéa 1)**

*Nota Bene* : *Le renvoi aux décrets permettra d’affiner et, le cas échéant, d’ouvrir une discussion (par exemple sur la durée de validité du mandat de protection future conclu mais non mis à exécution : faut-il la limiter à 5 ans ?)*

## Annexe 2 : mise en œuvre d'une information pérenne aux familles et d'un soutien aux tuteurs familiaux

<b>PROPOSITIONS DE REECRITURE D'ARTICLES DU CASF POUR CREER ET CADRER LES SRIFSTF : .....</b>	<b>95</b>
<b>PROPOSITION DE FINANCEMENT ANNUEL DES SRIFSTF : .....</b>	<b>98</b>
• REMARQUES PREALABLES SUR L'HYPOTHESE DE FINANCEMENT PRESENTEE:.....	98
• MONTANT FINANCIER ANNUEL NATIONAL ENVISAGE : .....	98
• MODALITE DU FINANCEMENT: .....	98
• MODALITE DE DEFINITION DES MONTANTS ET DE DISTRIBUTION PAR REGION : .....	99
• PARTICIPATION EVENTUELLE ET LIMITEE DES USAGERS.....	100
<b>DETAIL DU PROCESSUS D'AUTORISATION D'UN SRIFSTF : .....</b>	<b>100</b>
<b>RECOMMANDATION DE FONCTIONNEMENT / CAHIER DES CHARGES DU SRIFSTF: .....</b>	<b>101</b>
• RECOMMANDATION SUR L'ORGANISATION INTERNE DU SRIFSTF: .....	101
• RECOMMANDATION SUR LES OBLIGATIONS DU PORTEUR REGIONAL DU SRIFSTF .....	102
• RECOMMANDATION SUR LES PERSONNELS INTERVENANT ET COMPETENCES DANS LE CADRE DU SRIFSTF: .....	102
• ELARGISSEMENT DU CONTENU DE L'INFORMATION ET DU SOUTIEN DISPENSES PAR LE SRIFSTF.....	102
• RECOMMANDATION SUR LA COMMUNICATION EXTERNE DU SRIFSTF : .....	103
• RECOMMANDATION SUR LE PILOTAGE INTERNE ET EXTERNE : .....	103

## Propositions de réécriture d'articles du CASF pour créer et cadrer les SRIFSTF :

### Modification à entreprendre :

- **Modifications réglementaires CASF (voir propositions de réécriture et création):**
  - Modification du décret d'application pris en conseil d'Etat de l'article 449 du code civil et L215-4 du CASF pour préciser l'existence et la mise en œuvre du SRIFSTF donc modification substantielle des articles précités du CASF (L et R)
  - Ajout pour cadrer juridique le SRIFSTF dans la partie réglementaire du CASF (révision de l'annexe et des éléments sur l'autorisation et le fonctionnement du service)
  - Ajout d'un article législatif et réglementaire sur le sujet dans le CASF afin d'indiquer le financement des SRIFSTF.
  - Ajout dans la partie réglementaire sur le schéma régional de la définition locale de la mise en œuvre du SRIFSTF
  - Introduction d'une sanction pénale (amende de classe 5) pour les personnes morales ou physiques délivrant de l'information aux familles sur la protection juridique des majeurs sans pour autant être autorisé dans le cadre du SRIFSTF

### Nouvelles versions des articles concernées:

- « Article L215-4 CASF

Les personnes appelées à exercer ou exerçant une mesure de protection juridique en application de l'article 449 du code civil et des familles et personnes confrontées à des événements ou des difficultés fragilisant la vie familiale et pouvant nécessiter un recours à une protection pour un de leur membre bénéficiant, à leur demande, d'une information et d'un soutien qui leur sont dispensés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

- « Article R215-14 CASF

L'information et le soutien prévus à [l'article L. 215-4](#) pour les personnes appelées à exercer ou exerçant une mesure de protection juridique en application de l'article 449 du code civil et des familles et personnes confrontées à des événements ou des difficultés fragilisant la vie familiale et pouvant nécessiter un recours à une protection pour un de leur membre sont dispensées par un Service Régional d'Information aux Familles et de Soutien aux Tuteurs Familiaux (S.R.I.F.S.T.F).

- Ce service régional est autorisé par les Directions Régionales, de la Jeunesse, des Sports et de la Cohésion Sociale après avis du Parquet Général et du magistrat délégué du territoire régional concerné. Cette autorisation est arrêtée et est publiée aux recueils des actes administratifs de la préfecture de région.

- Le S.R.I.F.S.T.F peut être composé d'une unique personne morale ou d'un groupement de plusieurs personnes morales qui participeront au fonctionnement du service. Chaque membre du dispositif doit être identifié dans l'arrêté d'autorisation.

- L'organisation et la mise en œuvre du S.R.I.S.T.F doivent, dans chaque région, être définis et détaillés dans le cadre du schéma régional défini à l'article L312-5 2- b)

- « Article R215-16 CASF

I.-A sa demande, l'intéressé peut bénéficier d'un soutien technique apporté le par le Service Régional d'Information aux Familles et de Soutien aux Tuteurs Familiaux (S.R.I.F.S.T.F) prévu à [l'article R. 215-14.](#)

Ce soutien technique consiste en une information personnalisée et une aide technique dans la formalisation des actes de saisine de l'autorité judiciaire et dans la mise en œuvre des diligences nécessaires à la protection des intérêts de la personne protégée. L'information délivrée vise aussi à mieux informer sur les dispositifs d'anticipation de la protection des personnes et de la conservation de leur capacité juridique. Elle est permise par une permanence téléphonique et des entretiens physiques de proximité.

II.-Toute personne employée et/ou bénévole qui apporte un soutien technique dans le cadre du S.R.I.F.S.T.F doit satisfaire aux conditions fixées au I de l'annexe 4-6. Le S.R.I.F.S.T.F intervient ponctuellement, ne peut constituer d'archive nominative concernant la personne protégée et la mesure dont elle fait l'objet et est tenu au secret. Le S.R.I.F.S.T.F au vu de ses interventions produit des statistiques agrégées sur ses interventions garantissant l'anonymat de ses usagers.

Lorsque le S.R.I.F.S.T.F dispense des actions collectives d'information et de soutien aux tuteurs familiaux conjointement avec des tiers, il passe une convention avec ceux-ci pour en préciser les modalités de leurs mises en œuvre.

Ces modalités et son financement sont définis aux II et III et IV de l'annexe 4-6.

- « Article Annexe 4-6 du CASF

#### LES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DU SOUTIEN TECHNIQUE MENTIONNÉ À L'ARTICLE R. 215-16

I.-Toute personne employée, mise à disposition et bénévole qui participe à la mise en œuvre du soutien technique direct dans le cadre du Service Régional d'Information aux Familles et de Soutien aux Tuteurs Familiaux (S.R.I.F.S.T.F) mentionné à [l'article R. 215-15](#) doit satisfaire aux conditions suivantes :

1° Justifier de la possession d'un diplôme ou titre de niveau III inscrit au répertoire national des certifications professionnelles.

2° Avoir les compétences techniques et les qualités relationnelles nécessaires à l'activité de soutien technique.

3° Satisfaire aux conditions prévues à [l'article L. 133-6.](#)

II.-L'information délivrée au titre de [l'article R. 215-16](#) porte sur les conséquences pour la personne à protéger de l'application de la législation relative à la protection juridique des majeurs.

III.-L'aide technique à la mise en œuvre des obligations liées à la mesure de protection mentionnée à [l'article R. 215-19](#) comprend notamment :

1° Une aide à la réalisation de l'inventaire prévu à [l'article 503](#) du code civil, à la rédaction et à la mise en forme de requêtes ainsi qu'à la reddition des comptes de gestion (annuels, définitifs, récapitulatif) ;

2° Une aide à la rédaction et à la mise en forme des courriers nécessaires à l'exercice des mesures de protection ;

3° La vérification de la conformité des documents à produire au juge des tutelles ;

4° L'orientation des personnes soutenues dans les différentes démarches à accomplir pour l'acquisition, la reconnaissance ou la défense des droits de la personne protégée.

5° Une information sur les dispositifs existants concourant à mieux anticiper la protection des personnes et à conserver leur capacité juridique. »

IV.-Le financement du S.R.I.F.S.T.F

Les Services Régionaux d'Information aux Familles et de Soutien aux Tuteurs Familiaux (S.R.I.F.S.T.F) sont financés annuellement par la sécurité sociale et les services de l'Etat.

Un montant financier est déterminé nationalement et annuellement entre les différents financeurs et est délégué par les services et représentations sur les territoires aux S.R.I.F.S.T.F au vu d'indicateurs définissant les besoins dans chaque région.

En atténuation ou en complément du financement public montant peut venir s'ajouter une participation forfaitaire par heure d'intervention physique des familles disposant d'un revenu **(à définir)**

- Création : Article R215-20 CASF

Le fait de réaliser une information et/ou un soutien aux familles et aux tuteurs familiaux dans le cadre de l'application des articles L215-14 et R215-14 du CASF sans être employé ou bénévole ou conventionné dans le cadre d'un S.R.I.F.S.T.F est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe."

- Circulaires / instructions :

- Instruction/ circulaire DGCS DACS pour les modalités de création, de mise en œuvre et de financement du SRIFSTF
- Instruction CNAF, MSA, CARSAT pour le financement SRIFSTF.

## Proposition de financement annuel des SRIFSTF :

- **Remarques préalables sur l'hypothèse de financement présentée:**

Ceci ne constitue qu'une hypothèse de financement qui doit être débattue, modifiée, révisée selon la volonté du législateur sur les moyens voulant être mis à disposition pour cette action.

L'enjeu premier d'une pérennisation financière des SRIFSTF à hauteur des besoins de la mise en œuvre d'une information aux familles et un soutien aux tuteurs familiaux en région est bien de renverser le retrait des familles dans le choix ne pas exercer (lorsqu'on lui propose) ou d'abandonner (en cours de gestion) la protection judiciaire de leur proche.

Le renversement de la tendance actuelle (plus de mesures aux MJPM) et/ ou sa stabilisation permettraient bien de réaliser des économies importantes au vu du coût annuel que représente une mesure de protection exercée par un MJPM et dont le financement est porté par la collectivité publique (principalement : CAF, Etat, CARSAT, MSA, Conseils Généraux...).

En effet, une mesure de protection exercée:

- par un tuteur familiale = 0 euros par mois .... donc 0 euros par an
- par un MJPM (exemple MJPM privé - maximum financement public pour une mesure) : 442,76 € par mois (depuis 2012) soit 5 313,12 € par an

On estime à au moins 360 000 mesures de protection judiciaires familiales (sur + de 800 000 au total) à ce jour en France ... soit **un risque financier maximum de 1 912 723 200 euros si demain toutes ces mesures basculaient sur les professionnels** et seraient financées par la collectivité publique ... inversement chaque mesure rebasculant vers la famille peut réduire de plus de 5 000 euros les dépenses de la collectivité publique par an.

*Le principe d'impact financier (doctrine) de l'information aux familles et de soutien aux tuteurs familiaux serait ainsi pour 1 euros par an investi pour les familles 350 euros seraient au total économisés à termes ou non dépensés pour financer la protection juridique des majeurs par les professionnels (MJPM).*

- **Montant financier annuel national envisagé :**

**5 500 000 d'euros** de financement public (hypothèse proposée permettant un déploiement réel sur l'ensemble des territoires français).

- **Modalité du financement:**

**Exemple de la répartition des financements nationaux des services MJPM 2009 :**

<b>Financier public</b>	<b>National 2009 : tarification Services MJPM</b>	<b>%</b>
Départements	5 784 700 €	1,23%
Etat	188 748 686 €	40,12%
CNAF	225 712 188 €	47,97%
MSA	18 795 595 €	3,99%
CRAM	15 558 569 €	3,31%
CPAM	6 965 137 €	1,48%
Service ASPA	7 628 436 €	1,62%
Régimes spéciaux	1 289 943 €	0,27%
<b>Total</b>	<b>470 483 254 €</b>	

Il conviendrait de définir une quote part national ou local au vu des financements MJPM (par exemple) pour définir les montants de participations des financeurs publics aux SRIFSTF.

Par mesure de simplification (afin de rendre le dispositif financièrement viable, d'impliquer les acteurs publics les plus concernés par le financement de la protection juridique), il conviendrait de retenir uniquement les financeurs publics suivants et les quotes parts/montants suivants:

- CNAF : 50% = 2 750 000 euros
- Etat : 40 % = 2 200 000 euros
- MSA : 4% = 220 000 euros
- CARSAT : 5 % = 275 000 euros
- Justice: 1% = 55 000 euros

- **Modalité de définition des montants et de distribution par région :**

Chaque financeur public national dans le cadre de ses dialogues de gestion / CPOG avec ses représentations/ déclinaisons territoriales définirait sur les territoires concernées les montants à allouer au vu des besoins identifiés au vu des critères suivants :

- **Ratio nombre de mesures familiales et nombres de mesures MJPM** : plus le ratio est défavorable aux mesures familiales plus l'investissement public est fort dans le SRIFSTF intervenant dans le territoire régional concerné
- **Flux des mesures de protection** : plus le nombre de mesures de protection augmente (et plus cette augmentation se fait au bénéfice des MJPM) plus

l'investissement public est fort dans le SRIFSTF intervenant dans le territoire régional concerné

- **Indicateurs sociaux démographiques** : (indicateurs de rupture familiale, vieillissement de la population, taux de personnes handicapées, indicateurs de pauvreté : pauvreté monétaire, chômage...) : plus les indicateurs sont dégradés plus l'investissement public est fort dans le SRIFSTF intervenant dans le territoire régional concerné

SECU : La CNAF et les CAFs financent le SRIFSTF dans le cadre de la **fiche 9 "Aider les familles confrontées à des événements ou des difficultés fragilisant la vie familiale"** de la **Convention d'objectifs et de gestion entre l'Etat et la CNAF 2013-2017** et donc dans sa déclinaison dans les CPOG avec les CAF.

Un même mécanisme est à définir avec les autres financeurs publics suivants : CARSAT, MSA

ETAT: les financements sont délégués par la DGCS aux DRJSCS sur une ligne spécifique (crédits fléchés) de l'action 3 "protection juridique des majeurs et des mineurs" ou action 1 "accompagnement des familles" du BOP 106 (programme 106) "Familles vulnérables".

Le ministère de la Justice délègue des crédits fléchés aux cours d'appel dans le cadre du financement des dispositifs de l'accès au droit pour financer les SRIFSTF.

- **Participation éventuelle et limitée des usagers**

Les familles qui exercent des mesures (tuteurs familiaux) ne sont pas rémunérées pour l'exercice de la protection de leur proche. Cependant, il pourrait être envisagé pour certains usagers (ménage imposable, revenu annuel après quotient familial supérieur à 27 960 euros par exemple ou autres critères : exemple des seuils pour bénéficier de l'allocation rentrée scolaire (plafond bas) ou encore pour l'accès à la PAJ (plafond haut) lors des soutiens techniques en permanences physiques ou lieu de rendez-vous de participer au financement du service à raison de 10 à 30 euros l'heure (forfait).

Ces participations financières des usagers pourraient venir en complément ou en atténuation du montant financier national envisagé.

## Détail du processus d'autorisation d'un SRIFSTF :

Le SRIFSTF est autorisé par la DRJSCS pour le compte du préfet de région dans le cadre de son schéma régional MJPM et DPF (l'information aux familles devenant une orientation obligatoire de ce schéma). Cette autorisation est soumise à l'avis préalable du parquet général et du magistrat délégué en cour(s) d'appel qui peuvent questionner les juges des tutelles et les parquets civils dans ce cadre. L'arrêté d'autorisation est publié au recueil des actes administratifs de la Préfecture de Région et est notifié aux tribunaux d'instance de la région concernée, aux parquets civils de la région concernée, aux médecins agréés par les parquets pour le certificat médical circonstancié, aux collectivités locales et aux organismes

de protection sociale.

L'autorisation indique par TGI les modalités d'organisation et de fonctionnement du service au vu du projet de service validé lors du processus d'autorisation. Il indique bien, le cas échéant, par TGI les différents intervenants (personnes morales) qualifiés et autorisés à intervenir pour le SRIFSTF sur ces territoires.

L'activité souhaitée du service régional par la collectivité publique (Etat, Cafs...) doit ainsi être définie de manière plus complète dans le cadre du schéma régional MJPM et DPF. Le SRIFSTF s'inscrit bien dans une logique de planification/ programmation/ contrôle dont doit être investi ce schéma régional.

L'autorisation est opposable et sa bonne mise en oeuvre est contrôlée par l'autorité d'autorisation et par ses financeurs directs.

Une amende est prévue pour les personnes morales organisant sans autorisation une action similaire. L'autorité publique doit ainsi enjoindre à ces personnes morales d'arrêter toute activité dans ce domaine.

## **Recommandation de fonctionnement / cahier des charges du SRIFSTF:**

- **Recommandation sur l'organisation interne du SRIFSTF:**

Il est recommandé que le SRIFSTF bénéficie d'un porteur/ coordinateur régional unique (exemple : une UDAF ou autre porteur) mais soit aussi l'occasion de réunir un maximum d'acteurs impliqués sur la thématique de la protection juridique, du vieillissement, du handicap et la famille comme les CLIC, les MAIA, les UDAF, les UDAPEI, associations spécialisées Alzheimer et les services MJPM. Ces personnes morales passent des conventions et/ou forment un groupement avec la personne morale porteuse/ coordinatrice régionale afin de mettre à disposition des locaux et/ ou des personnels dans le cadre de permanence physique organisée sur un TI où le service MJPM est actif. Ces mises à disposition sont gratuites ou facturées au coordonnateur régional selon la convention passée.

Pour les CLIC et les MAIA, il est difficile d'envisager que ces mises à disposition bénéficient d'une contrepartie financière du porteur régional du fait que leurs missions et leur fonctionnement doivent justement pleinement visés les publics cibles et les enjeux décrits.

Le SRIFSTF peut organiser en interne du groupement des formations des différents professionnels sur la protection juridique de ces personnels pour garantir leur connaissance et technicité. Le porteur régional coordonne l'action du SRIFSTF et celles de ses partenaires extérieurs.

Il est rappelé que seules les personnes membres/ partenaires du SRIFSTF peuvent pratiquer une information aux familles et un soutien aux tuteurs familiaux "labélisée" et garantie par la Justice et les services de cohésions sociales. Des sanctions pénales de type amendes de 5ème classe seraient à prévoir pour les personnes morales ou physiques qui ne respecteraient pas cette réglementation (le risque étant important que ces personnes hors de tout contrôle profitent, si elles sont malveillantes, de la faiblesse et de la méconnaissance des familles). Cela permettrait donc de sécuriser les familles contre les dérives (dont sectaires) et de leur garantir un niveau de qualité de "prise en charge" harmonisé sur l'ensemble du territoire régional.

- **Recommandation sur les obligations du porteur régional du SRIFSTF**

**Le porteur/ coordonnateur régional doit :**

1. Garantir une permanence téléphonique durant la semaine (au moins sur une demi-journée sur les jours ouvrables de la semaine) pour l'ensemble du territoire régional afin de permettre de répondre aux demandes des familles
2. Organiser autant qu'il peut au vu des besoins identifiés sur les tribunaux d'instance des permanences physiques / ou rendez-vous physiques pour accueillir les familles et tuteurs familiaux et leur permettre un accompagnement pertinent et technique au vu des actions et limites définis dans le CASF.
  - o Les points d'accès aux droits, les CLIC, les MAIA et les Points informations Familles (PIF) sont des lieux privilégiés pour ces rencontres. Cependant, au vu des partenaires adhérents au SRIFSTF, ces permanences peuvent aussi s'organiser dans les locaux de CCAS, de services MJPM partenaires... Ces lieux d'accueil font l'objet de conventions pour pérenniser et sécuriser les interventions.
3. Garantir la mise en place d'outils d'information et de conseil harmonisés (fiches interventions, dossiers remis aux usagers, plaquettes communication) sur le territoire régional et un outil statistique permettant d'analyser les besoins des familles et de fournir des bilans sur demande des juges des tutelles, des Directions de cohésion sociale, du parquet général et des parquets, du magistrat délégué...
4. Définir une déontologie sur le contenu et les limites de l'intervention du service régional (par exemple, ce dernier ne doit pas être une instance de recours pour venir contester le travail réalisé par un MJPM ou une famille)... Il doit cependant signaler aux autorités de contrôles toutes situations pour lesquelles un faisceau d'indices indiquerait une maltraitance d'une personne protégée (physique, financière...). Les principales actions du service restent cadrées par le CASF.

- **Recommandation sur les personnels intervenant et compétences dans le cadre du SRIFSTF:**

Les personnels employés pour l'information aux familles et le soutien aux tuteurs familiaux (tout particulièrement lors des interventions de soutien technique des tuteurs familiaux) doivent, si salariées, être, de préférence, titulaires du CNC MJPM mention MJPM ou à défaut être spécialisés et avoir une expérience pratique dans un domaine (juridique, financier...) permettant d'apporter l'aide nécessaire. Ils répondent aux conditions de diplôme de l'annexe du CASF pour ceux qui interviennent directement et en personne auprès des usagers. Les personnels qualifiés des CLIC et les gestionnaires de cas des MAIA sont aussi des profils pertinents pour l'information aux familles du moment où leur intervention est bien cadrée par le dispositif du SRIFSTF.

Le renfort de bénévoles est aussi recommandée afin de compléter l'expertise technique par des personnes ayant vécu ou ayant des compétences pour aider les familles et les tuteurs familiaux. Ces bénévoles, s'ils interviennent directement au contact des usagers du service, doivent remplir les conditions de diplôme(s) précisée dans l'annexe du CASF et intervenir en présence d'au moins un professionnel certifié CNC MJPM mention MJPM.

- **Elargissement du contenu de l'information et du soutien dispensés par le SRIFSTF**

Au delà d'une information, soutien technique sur les questions liées à la protection judiciaire des majeurs, le SRIFSTF est appelé à développer des informations complémentaires sur les

dispositifs d'anticipation suivants :

- le mandat de protection future
- les directives anticipées
- les personnes de confiance

- **Recommandation sur la communication externe du SRIFSTF :**

La promotion du SRIFSTF est assurée par ses actions propres de communication mais aussi par une diffusion large quant à son existence, via la distribution de plaquettes créées par le SRIFSTF. Les greffes des tribunaux d'instance et les autres outils de communication mis en œuvre par les services de la cohésion sociale et de la Justice (exemple : Internet...) doivent être pleinement exploités.

- **Recommandation sur le pilotage interne et externe :**

Le SRIFSTF organise en interne des réunions de coordination pour s'assurer de l'efficacité de son organisation et des synergies avec les partenaires membres et extérieurs.

Deux fois par an (minimum), le SRIFSTF organise des réunions de pilotage présidée par le responsable du service (personne morale coordonnatrice) en présence, au minimum, du DRJSCS ou de ses représentants, des DDCS(/PP) ou de leurs représentants, du magistrat délégué (et des juges des tutelles disponibles), du Parquet général ou de son représentant et des directeurs des Caf et/ou leurs représentants.

### Annexe 3. Note explicative à destination des médecins inscrits sur la liste du procureur de la République

La loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs a eu pour objectif de faire prévaloir la liberté individuelle et l'expression de la volonté des personnes à protéger, et a pour cela introduit des mécanismes contraignants pour le juge des tutelles et les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Les mesures de protection ne doivent être prononcées que si elles sont absolument nécessaires et dans la forme la moins contraignante possible pour la personne (principes de subsidiarité et de proportionnalité). Elles doivent désormais être périodiquement révisées, le domicile du majeur protégé doit être préservé, et la personne doit être entendue par le juge.

Le certificat médical circonstancié (CMC) occupe une place essentielle dans ce nouveau dispositif. Il aide le juge dans sa prise de décision lorsqu'il est saisi d'une demande de mise sous protection et lors de la révision de la mesure. Mais il peut aussi guider le juge et le tuteur ou curateur au cours de la mesure. Un certificat détaillé et approfondi donne des indications utiles en ce qui concerne le mode relationnel et les préoccupations de la personne, surtout dans le cas où elle ne peut pas être entendue par le juge.

Mais le CMC est aussi demandé lorsqu'interviennent des décisions importantes en cours de mesure, notamment sur le lieu de résidence du majeur protégé, sur la vente du bien immobilier constituant sa résidence principale ou secondaire dans le but de financer le coût de son accueil en établissement ou par exemple, pour autoriser le majeur sous tutelle à faire un testament. Dans tous les cas, il s'agit de savoir si la personne est en état d'exprimer sa volonté et de connaître cette volonté, autant que faire se peut.

Le tarif des honoraires dûs au médecin pour le CMC est fixé par décret à 160 € (192 € pour les médecins soumis à la TVA).

Lorsque la résiliation du bail ou de la vente du logement du majeur protégé est envisagée, un certificat a été baptisé "de non retour à domicile" et est tarifé à 25 €. Pourtant, la question qui se pose est bien celle de connaître la volonté de la personne, et c'est la question première qui est posée au médecin dans le cadre d'un CMC. Dans un second temps, le médecin doit se prononcer sur la faisabilité d'un retour à domicile et déterminer les conditions de ce retour. Le tuteur ou curateur pourra par la suite étudier l'aspect financier du maintien à domicile. Il n'est donc pas rare que le juge demande un CMC et non un simple certificat dit de non retour à domicile dans ce cas.

Le CMC est un certificat médical, ce n'est pas un rapport d'expertise. Le médecin n'est donc pas soumis au principe du contradictoire et n'est pas tenu de rencontrer la personne concernée avec son avocat ni de communiquer son certificat au requérant. Il lui est remis sous plis scellé.

Mais le CMC sera débattu contradictoirement et le juge devra motiver chacune de ses décisions. C'est pourquoi, il est essentiel que le CMC contienne des éléments précis (lieu de l'entretien, personnes présentes, indication que la personne a été entendue seule pendant une partie de l'entretien, sa collaboration ou non à l'entretien, avis de la personne sur l'éventualité d'une curatelle ou d'une tutelle, description des altérations physiques et/ou mentales) et que chacune de ses conclusions soient étayées (conséquences précises qui découlent des altérations décrites sur la capacité de la personne à prendre des décisions qui concernent sa personne d'une part, et sur sa capacité à gérer ses biens d'autre part).

Le médecin doit donner son avis sur la nécessité d'une mesure de protection, le type de mesure adapté : sauvegarde de justice (dans la perspective de passer un ou quelques actes précis), curatelle ou tutelle, aux biens et/ou à la personne et le caractère urgent ou non de la protection. Il peut aussi

donner des indications sur les modalités de la mesure (compte et moyens de paiement personnels à conserver...) Il peut donner le cas échéant des indications sur les liens de la personne avec ses proches susceptibles d'être désignés en qualité de curateur ou tuteur ou sur la nécessité de désigner un tiers extérieur à la famille.

Lorsque le médecin ne parvient pas à rencontrer la personne à protéger, il remet un certificat de carence. En principe, le juge ne pourra pas prononcer de mesure, à moins qu'il puisse s'appuyer sur d'autres éléments. Il est donc important que le certificat mentionne précisément les éléments donnés par le parquet ou le juge et les tentatives du médecin pour rencontrer la personne (convocations, appels téléphoniques, visites à domiciles, contacts pris avec les proches, les services sociaux, le médecin traitant, consultation éventuelle du dossier médical...) Ce certificat est tarifé à 30 €.

Le CMC doit en outre répondre aux questions suivantes :

*- L'audition du majeur est-elle de nature à porter atteinte à sa santé ou le majeur est-il hors d'état d'exprimer sa volonté ?*

Le juge a l'obligation légale d'entendre la personne à protéger. Il n'est délié de cette obligation que si le médecin répond oui à cette question.

Une réponse consistant à mentionner la plus ou moins grande utilité ou "contributivité" de cette audition ne peut avoir sa place que dans la partie discussion du certificat, mais pas dans les conclusions.

*- le droit de vote doit-il être conservé?*

Les réponses aux questions sur les responsables politiques actuels ne sont pas suffisantes. Le juge doit connaître l'avis de la personne : souhaite-elle conserver son droit de vote? Quelle importance y attache-t-elle? A-t-elle exercé son droit de vote récemment?

*- L'altération des facultés personnelles est-elle susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science?*

Le juge ne peut prononcer une mesure pour une durée supérieure à cinq ans que s'il est répondu négativement à cette question. Cet avis peut être vécu douloureusement par la personne et la question de la durée de la mesure est par la suite évoquée par le juge avec elle et sa famille,

NB : Le CMC est dans le dossier de tutelle, qui est consultable selon certaines modalités procédurales par toutes les parties intéressées, et dans tous les cas par l'avocat de la personne à protéger, qui peut en avoir copie. Lorsque le majeur protégé demande à consulter lui-même son dossier, le juge peut ordonner que certaines pièces en soient retirées par une décision motivée. Cependant, en règle générale, il communique au minimum au majeur protégé les conclusions du certificat. Il est donc souhaitable que les conclusions figurent seules sur la dernière page du certificat, de manière à pouvoir photocopier cette seule page pour la communiquer au majeur.

---

#### **Article 1219 du code de procédure civile :**

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

**1° Décrit avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé ;**

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

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

**Le certificat indique si l'audition du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté.**

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

**Article 431 du code civil :**

**Article 432 du code civil :** Le juge statue, la personne entendue ou appelée. L'intéressé peut être accompagné par un avocat ou, sous réserve de l'accord du juge, par toute autre personne de son choix.

Le juge peut toutefois, par décision spécialement motivée et sur avis du médecin mentionné à l'article 431, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté.

**Article 442 du code civil :** Le juge peut renouveler la mesure pour une même durée.

Toutefois, lorsque l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrite à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme du médecin mentionné à l'article 431, renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il détermine.

Le juge peut, à tout moment, mettre fin à la mesure, la modifier ou lui substituer une autre mesure prévue au présent titre, après avoir recueilli l'avis de la personne chargée de la mesure de protection.

Il statue d'office ou à la requête d'une des personnes mentionnées à l'article 430, au vu d'un certificat médical et dans les conditions prévues à l'article 432. Il ne peut toutefois renforcer le régime de protection de l'intéressé que s'il est saisi d'une requête en ce sens satisfaisant aux articles 430 et 431.

**Article R217-1 du code de procédure pénale :** Le médecin auteur du certificat circonstancié prévu à l'article 431 du code civil reçoit, à titre d'honoraires, la somme de **160 €**.

Lorsque le médecin, requis par le procureur de la République ou commis par le juge des tutelles, justifie n'avoir pu établir ce certificat du fait de la carence de la personne à protéger ou protégée, il lui est alloué une indemnité forfaitaire de **30 €**.

Le médecin auteur de l'avis mentionné aux articles 426 et 432 du code civil reçoit, à titre d'honoraires, lorsque cet avis ne figure pas dans le certificat mentionné à l'alinéa premier, la somme de **25 €**.

Lorsque le médecin, requis par le procureur de la République ou commis par le juge des tutelles pour établir le certificat ou l'avis mentionnés aux premier et troisième alinéas, justifie de la nécessité qu'il a eu à se déplacer à cette fin sur le lieu où réside la personne à protéger ou protégée, il reçoit, en sus de ses honoraires et sur justificatifs, le remboursement de ses frais de déplacement, calculés dans les conditions fixées pour les déplacements des fonctionnaires du groupe II.

## Auditions réalisées

AFFECT

ANDP

Association Nationale des MJPM Préposés d'établissement

Bertrand Quentin

Chambre nationale des MJPM libéraux

CLIC 94

CNAPE

Emmanuel Hirsch

Fédération nationale des MJPM indépendants

FNAT

Jacques Combret

Régis Aubry

Sophie Moulias

UNAF

UNAPEI