

# les personnes et la famille

## Bulletin du CERFAP

Centre européen d'études et de recherches  
en droit de la famille et des personnes



UNIVERSITÉ MONTESQUIEU  
BORDEAUX IV

NUMERO 8 – JANVIER 2008

### EDITORIAL

Pour user d'une métaphore empruntée au droit des PERSONNES, l'on aurait pu dire qu'aucun événement ne fut de nature à laisser craindre la disparition définitive du périodique que vous tenez en mains. Certes, l'absence a été prolongée mais n'a pas atteint le délai décennal qui eut fini par emporter présomption de décès ! Presque trois années sans parution du *Bulletin du CERFAP*, tout de même... Voici donc un renouveau éditorial que d'aucuns espèrent pérenne, pour continuer d'apporter un éclairage simple et concis sur l'actualité du droit des personnes et de la famille : adoption, autorité parentale, concubinage, divorce, droits fondamentaux de la personne (protection de la vie privée, de la dignité, etc.), état civil, filiation, mariage, nationalité, régimes matrimoniaux, respect de l'être humain, successions et libéralités...

Le présent numéro ambitionne de présenter les différents aspects de la loi du 5 mars 2007 qui a profondément réformé la protection des personnes dont les facultés physiques ou mentales sont amoindries, en raison d'un handicap, de l'âge ou d'un accident de la vie.

A travers ce numéro, toute l'équipe du CERFAP souhaite aussi à la grande FAMILLE de ses lecteurs une

### BONNE ET HEUREUSE ANNEE 2008

Le Centre européen d'études et de recherches en droit de la famille et des personnes (CERFAP) est dirigé par Monsieur le Professeur Jean HAUSER et Madame Marie LAMARCHE. Créé au sein de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, ce centre est rattaché à l'Institut européen de droit civil et pénal (I.E.D.C.P.) qui comporte aussi en son sein l'Institut de sciences criminelles (I.S.C.) dirigé par les Professeurs Jean-Christophe SAINT-PAU et Valérie MALABAT.

Par ailleurs, le secrétariat du CERFAP est désormais assuré par Marc BODIN, chargé de travaux dirigés en droit civil en 1<sup>re</sup> année de Licence en Droit (sur les sites de Pessac et Périgueux), et doctorant auprès de Monsieur le Professeur émérite Jean-François OVERSTAKE pour un sujet portant sur *Les notions relatives en droit civil*.

Le secrétariat peut être joint par téléphone au 05 56 84 54 90 ; il est ouvert selon les horaires suivants :

*hors période de travaux dirigés :*  
du lundi au vendredi  
8 h 30 - 12 h 00

*en période de travaux dirigés :*  
le mardi : 8 h 00 - 12 h 00  
du mercredi au vendredi : 8 h 00 - 12 h 30

LOI N° 2007-308 DU 5 MARS 2007

PORTANT REFORME  
DE LA PROTECTION JURIDIQUE  
DES MAJEURS

### INTRODUCTION

On attendait depuis plus de dix ans la réforme du droit des incapables majeurs que nous avons entreprise en petit groupe dès 1996. Elle s'imposait essentiellement du fait de l'explosion des dossiers traités, laquelle s'explique d'abord par la multiplication du grand âge (1 Français sur 100 est sous régime de protection, le nombre de mesures de protection double tous les dix ans) avec les diminutions éventuelles des capacités intellectuelles (dans certains cas la mère ou le père et le fils ou la fille sont sous régime de protection...), ensuite par le traitement injustifié, au moyen du droit des incapacités, des situations de vulnérabilité sociale et financière (surendettement chronique), ce qui montre que les frontières de la vulnérabilité sont très imprécises, et enfin par la disparité historique, et désormais peu défendable, des différentes professions gravitant autour du juge des tutelles. La réforme impliquait quelques moyens supplémentaires, ce qui explique son retard, et elle a été largement préparée par une commission qui comprenait des juges, des professionnels, des universitaires. Disons le, il nous a fallu beaucoup de ténacité pour obtenir ce résultat qui supposait, ce qui est toujours redoutable en France, la coopération de plusieurs ministères. Il en résulte une clarification certaine des textes, une prise en compte accrue de la personne du protégé, une unification bienvenue de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs. On pourra regretter - et le signataire de ces lignes et quelques autres n'ont pu obtenir satisfaction sur ce point - que le nouveau système de protection des personnes financièrement vulnérables ne concerne que leurs revenus sociaux et non leurs revenus salariaux, ce qui en limite beaucoup l'impact. Il faudra y revenir un jour ou l'autre. Enfin, mais il en était déjà ainsi en 1968 lors de la précédente réforme, celle-ci ne vaudra que par les moyens fournis, notamment parmi les magistrats, tant pour le parquet qui est investi d'un rôle nouveau qu'il devra saisir, que pour les juges des tutelles dont certains sont en charge de plusieurs milliers de dossiers. La réforme s'appliquera le 1<sup>er</sup> janvier 2009, délai justifié par l'ampleur des changements réglementaires et financiers qui en découlent.

On peut reconnaître une société à l'image qu'elle donne de ceux qu'on appelait ses incapables et qui sont devenus des personnes protégées. Souhaitons que la nôtre ne laisse pas dans l'histoire une image trop médiocre !

Jean HAUSER ✍

## MODIFICATIONS DES DIFFERENTS REGIMES DE PROTECTION

La réforme du 5 mars 2007, loin de désavouer la loi du 3 janvier 1968, s'appuie sur cette dernière pour améliorer la protection offerte aux majeurs vulnérables. Les signes de continuité, à commencer par la reprise des régimes issus de la loi de 1968, sont nombreux. On rappellera pour mémoire que les futurs articles 428 et 440 confirment les principes de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité.

Si l'on retrouve, dans la loi nouvelle, les régimes de sauvegarde de justice, de curatelle et de tutelle, il convient de souligner que ces modes de protection sont modernisés. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette innovation : prise en compte des besoins de la pratique ; évolution de la cellule familiale ; nécessité de souplesse dans la mise en œuvre de chacun des régimes de protection.

Avant même d'envisager chacun des régimes de protection, il convient de constater l'apparition d'un véritable régime impératif, c'est-à-dire l'existence de règles identiques applicables à tous les types de protection. Il en va ainsi de la protection du logement (art. 426) ; de la protection des comptes bancaires (art. 427) ou du recours au contrat d'assurance-vie (art. L. 132-3-1 C. des assurances ou L. 223-5-1 C. de la mutualité).

La sauvegarde de justice se présente toujours comme un régime de protection transitoire durant lequel la personne placée conserve une capacité juridique pleine et entière. Toutefois plusieurs innovations apparaissent : la personne placée devra être obligatoirement entendue par le juge des tutelles, sauf si son audition est susceptible de porter atteinte à sa santé ou si elle ne peut exprimer sa volonté. La durée de la sauvegarde de justice est portée à un an, renouvelable une fois. Si l'individu placé vient à accomplir un acte juridique préjudiciable à ses intérêts, l'acte pourra être rescindé pour lésion ou réduit pour excès. Surtout, la mesure sera susceptible d'intervenir pour un acte particulier (une vente ou un partage par exemple) et l'éventuel mandataire spécial désigné par le juge des tutelles pourra accomplir, avec l'autorisation du magistrat, un acte de disposition rendu nécessaire pour la gestion du patrimoine de la personne protégée (art. 437, alinéa 2). La réforme prend le contre-pied de la jurisprudence contemporaine et fait œuvre de pragmatisme. La sauvegarde de justice établie pour un acte évitera ainsi le placement sous un régime d'incapacité durable et vise à accroître la sécurité juridique pour les actes juridiques conclus par le majeur protégé.

Curatelle et tutelle sortent également rajeunies de la réforme sans perdre leurs caractéristiques originelles. Toutefois, elles ne peuvent être envisagées que pour une durée limitée - cinq ans en principe - (art. 441 et 442). Leur mise en œuvre dépendra soit d'une requête adressée au juge des tutelles comportant obligatoirement un certificat médical émanant d'un médecin spécialiste inscrit sur la liste du procureur de la République, soit d'un signalement fait au parquet, lequel sera susceptible de saisir le juge des tutelles. La loi réaffirme le caractère familial de ces mesures mais s'adapte aux nouvelles familles. Désormais priorité sera donnée à la désignation de son protecteur par la personne elle-même. A défaut le protecteur de droit sera le conjoint, le partenaire pacsé, un parent ou un allié résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables. Ce n'est qu'en cas de vacance que sera désigné un mandataire judiciaire.

La curatelle demeure un régime d'assistance. Comme par le passé, elle est destinée aux personnes qui, sans être dans l'impossibilité d'agir elles-mêmes, ont besoin d'être assistées ou contrôlées pour les actes les plus graves (actes de disposition). Deux nouveautés apparaissent dans la curatelle. Il sera désormais possible au juge des tutelles de nommer un subrogé curateur pour assurer le contrôle des comptes et intervenir en cas d'opposition d'intérêts, voire de nommer plusieurs curateurs. De plus, le magistrat pourra autoriser, à titre exceptionnel, le curateur à agir seul - comme représentant - s'il constate que la personne en curatelle compromet gravement ses intérêts.

La tutelle constitue toujours un régime de protection mais il convient d'oublier les anciennes dénominations de tutelle avec conseil de famille, d'administration légale sous contrôle judiciaire, de gérance de tutelle ou de tutelle d'Etat. La tutelle est désormais unique dans sa dénomination, mais se conjugue différemment selon l'importance du patrimoine, la composition familiale, le climat familial. Le conseil de famille ne disparaît pas, mais son organisation n'interviendra que si les nécessités de protection de la personne ou la consistance de son patrimoine le justifient et si la composition de sa famille ou de son entourage le permet. Autant dire que le conseil de famille ne se rencontrera plus qu'en présence de famille le demandant ou de patrimoine conséquent. Le droit commun de la tutelle sera représenté par une tutelle sans conseil de famille avec, selon les cas, un ou plusieurs tuteurs ; et éventuellement un subrogé tuteur. C'est ainsi l'avènement d'une tutelle *in personam* qui devra prendre acte de la réalité familiale, personnelle et patrimoniale de chaque majeur sous tutelle.

Pour conclure ce très bref rappel des innovations propres à chaque régime de protection, on soulignera combien le législateur a fait preuve de réalisme et de pragmatisme dans la réglementation des nouveaux régimes de protection qui doivent être adaptés au besoin de chaque majeur protégé. Pour autant réalisme ne rime pas forcément avec simplicité et le juriste devra s'adapter non seulement à une nouvelle numérotation des articles du Code civil mais surtout aux nouvelles lignes directrices de la loi.

Jean-Marie PLAZY ✍

## ASPECTS PROCEDURAUX DE LA LOI DU 5 MARS 2007

Mis en place à l'origine pour quelques milliers de personnes, le dispositif de protection des majeurs ne semblait plus adapté aux évolutions récentes et à venir de la population française. En effet, selon les projections de l'Institut national d'études démographiques, le nombre des personnes protégées devrait atteindre près d'un million en 2010 sous le seul effet de l'évolution démographique et de l'allongement de l'espérance de vie.

La réforme attendue s'est donc concrétisée dans un texte, la loi du 5 mars 2007. Particulièrement riche, même si les mécanismes de protection ne sont pas bouleversés, cette dernière apporte des nouveautés notamment quant au rôle traditionnellement dévolu au juge dans la protection du majeur incapable.

De manière générale, trois évolutions notables doivent être signalées en matière de protection juridique du majeur.

Tout d'abord, le juge des tutelles, seul compétent en la matière, ne pourra plus se saisir d'office sur simple

signalement d'un intervenant social ou d'un tiers (situation représentant à l'heure actuelle 54% des ouvertures de dossier). A peine d'irrecevabilité, le juge ne pourra être saisi que par requête accompagné d'un certificat médical circonstancié constatant l'altération des facultés mentales du majeur et décrivant les conséquences de celle-ci sur la vie civile de l'intéressé. Ce certificat émanera d'un médecin inscrit sur une liste particulière établie par le procureur de la République. Ainsi, avec la réforme, pourront seuls saisir le juge des tutelles, les membres de la famille ou une personne résidant avec le majeur, ainsi que le procureur de la République.

Ensuite, il est explicitement affirmé que les juges ne devront prononcer une mesure de protection juridique que lorsque des dispositifs juridiques moins contraignants ne pourront être mis en œuvre et lorsque l'intéressé n'aura pas déjà organisé lui-même sa protection juridique au moyen d'un mandat de protection future. Le travail judiciaire est alors contraint par le principe de subsidiarité des mesures d'incapacité voulu par le législateur.

Enfin, la réforme place l'ensemble des mesures de protection sous la surveillance générale du juge des tutelles et du procureur de la République. Il s'agit pour ces magistrats, chacun dans le cadre des pouvoirs qui leur sont propres, de coordonner leurs informations, de contrôler les personnes en charge de mesures de protection, et de diligenter toutes démarches nécessaires au bon fonctionnement des mesures. Ce rôle jusqu'à présent essentiellement dévolu aux juges, est désormais également confié au procureur de la République en raison de sa nouvelle implication dans la mise en œuvre de la protection. En effet, le parquet devient une autorité de saisine du juge incontournable pour les services sociaux lorsque ceux-ci ont mis en œuvre des mesures d'accompagnement social qui s'avèrent insuffisantes. Néanmoins, le ministère public, contrairement au juge des tutelles, ne détient aucun pouvoir décisionnel sur le déroulement même de la mesure.

De manière spécifique, le rôle du juge des tutelles est également modifié dans la mise en œuvre concrète des mesures légales de protection juridique quelle que soit leur nature (sauvegarde de justice, tutelle ou curatelle). Sans être exhaustif, on peut noter quelques changements importants.

D'une part, dans la sauvegarde de justice (mesure peu contraignante), le juge peut dorénavant confier à un mandataire la réalisation d'un acte de disposition ponctuel. Avec la nouvelle sauvegarde de justice, une fois l'acte de disposition conclu avec l'aide du mandataire spécial (qui pourra être un membre de la famille), la mesure judiciaire de protection pourra prendre fin. Cette avancée, voulue par les praticiens, évite alors la mise systématique d'une personne sous un régime durable (curatelle ou tutelle) dès lors que la conclusion d'un acte ponctuel de disposition est en jeu.

D'autre part, dans la mise en œuvre d'un régime durable (curatelle ou tutelle), on peut citer la place qui est désormais réservée au consentement du bénéficiaire. Dans les décisions personnelles le concernant, la loi consacre la jurisprudence qui écarte toute idée d'assistance ou de représentation de la personne. Ces décisions sont donc prises par la personne elle-même si son état le permet.

Pour terminer, reprenant l'exemple québécois ou allemand, il est introduit des dispositions relatives à l'organisation de la protection juridique indépendamment des décisions du juge des tutelles par le biais de mandat de protection future. Il s'agit d'une innovation importante devant permettre à une

personne, soucieuse de son avenir, d'organiser sa propre protection juridique pour le jour où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés personnelles. Le respect du mandat de protection future s'imposera alors au juge des tutelles s'il est saisi d'une demande de protection judiciaire.

La réforme souhaite à l'évidence éviter le « tout judiciaire ». Pour autant le travail judiciaire n'en est guère facilité car lorsque le juge interviendra, il devra le faire dans le souci d'adapter et de proportionner la mesure à la situation effective de la personne concernée. Un ouvrage « sur mesure » qui ne sera pas toujours facile à réaliser.

Béregère MELIN-SOUCRAMANIEN ✍

## LA PERSONNE DE L'INCAPABLE, LA PERSONNE MAJEUR PROTEGE

La personne de l'incapable et la question du gouvernement de la personne ne constituaient pas la préoccupation majeure du système de protection issu de la loi de 1968. Pour des raisons historiques, politiques et familiales, c'est bien davantage le patrimoine de l'incapable qui faisait l'objet de toutes les attentions légales. La loi du 5 mars 2007, qui vise désormais la personne majeur protégé, entend faire de cette personne le cœur de la réforme. Partant de l'idée selon laquelle la protection doit être instaurée *dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité*, qu'elle a pour finalité *l'intérêt de la personne protégée* et qu'elle favorise *la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci*, la réforme met résolument en avant les aspects personnels de la protection (articles 415 et 425, alinéa 2 du Code civil). Pour l'essentiel, la loi nouvelle consacre une jurisprudence antérieure qui avait dû répondre aux besoins de la pratique. Sont désormais clairement distingués deux types d'actes personnels :

- les actes *strictement personnels*, qui selon l'article 458 du Code civil ne pourront être faits que par le majeur et ne pourront donner lieu à assistance ou représentation. Parmi ces actes, il est possible de citer les actes relatifs à la filiation, à l'autorité parentale, au nom ou encore à l'adoption ;

- les autres actes simplement personnels sont soumis par principe à la décision du majeur protégé. Ce dernier prend seul les décisions, *dans la mesure où son état le permet*, selon l'article 459 du Code civil. Sont alors visés tous les actes personnels qu'un individu est susceptible d'effectuer. Les textes donnent une liste qui ne pouvait être et qui n'est donc pas limitative (choix de la résidence, relations personnelles avec les tiers, droit d'être visité...). En cas de difficulté ou de conflit, le juge des tutelles a compétence pour statuer sur les relations personnelles.

A défaut de pouvoir prendre une décision éclairée (parce que son état ne lui permet pas), le majeur protégé pourra être assisté ou représenté dans ces actes personnels.

Notons à titre ponctuel, que le majeur sous tutelle peut ne pas perdre son droit de vote. Par ailleurs la question particulière de la conclusion d'un pacte civil de solidarité par un majeur protégé reçoit des réponses plus précises : le majeur sous curatelle peut conclure un pacs avec l'assistance de son curateur et le majeur sous tutelle peut conclure un tel contrat avec l'assistance du tuteur et l'autorisation du juge ou du conseil de famille. Rien ne semble en revanche empêcher le majeur protégé de rompre seul le pacs (en cela,

la protection n'est pas calquée sur les dispositions prévues en matière de divorce).

Au final, l'encadrement d'un point de vue légal de la protection de la personne était assez évidemment nécessaire. Cela n'empêchera pas, comme l'ont souligné les auteurs de la réforme, que l'on se heurte dans l'avenir à des problèmes d'interprétations des notions contenues dans les nouvelles dispositions et plus particulièrement pour la notion d'acte strictement personnel. La difficulté pouvait être évitée en ignorant ces aspects personnels de la protection du majeur, le législateur a préféré l'affronter au bénéfice du majeur mais au risque maintenu pour celui-ci d'immixtions parfois trop importantes dans sa vie personnelle.

Marie LAMARCHE ✍

## LE TESTAMENT ET LE NOUVEAU DROIT DES MAJEURS PROTEGES

Le testament exige de la part de son auteur d'être sain de corps et d'esprit au moment de la rédaction. Si ultérieurement survient une incapacité, le testament reste en principe valable à moins qu'il ne soit établi que, depuis cette ouverture, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu (futur art. 476 al. 4, c. civ.) ; actuel art. 504, c. civ.). Pourtant, ce testament maintenu risquerait de perdre une de ses vertus patrimoniales : celle qui s'attache à sa révocabilité *ad nutum*, permettant à son auteur, jusqu'à l'ultime instant, de révoquer ses legs. La loi du 5 mars 2007 cherche à accorder plus de liberté aux personnes protégées dans la transmission de leurs biens sans pour autant sacrifier leurs fragiles intérêts, et ce, notamment lors de la manifestation des dernières volontés. Si le texte confirme la faculté pour une personne sous curatelle de faire seule son testament - pour consentir une donation, il lui faut en principe obtenir l'assistance du curateur -, il ouvre des possibilités pour un majeur sous tutelle d'agir seul. D'une part, celui-ci peut dorénavant rédiger seul son testament avec l'autorisation du juge des tutelles (futur art. 476 al. 2, c. civ.), étant observé que le tuteur ne peut ni l'assister, ni le représenter à cette occasion (alors qu'actuellement cette intervention du tuteur s'impose). D'autre part, il peut et cette fois sans avoir à requérir d'autorisation, révoquer le testament fait avant ou après l'ouverture de la tutelle (futur art. 476 al. 3, c. civ.). L'intention du législateur est louable mais le résultat peut s'avérer aléatoire, ledit testament restant sous la menace d'une demande d'annulation par des héritiers dépités. Au final, si une personne sous tutelle, dotée d'une lucidité suffisante, souhaite révoquer seule un testament antérieur, elle a tout intérêt à joindre un certificat médical attestant qu'elle était, à ce moment-là, en état de provoquer cette révocation. Si, en plus, elle désire faire seule un nouveau testament c'est-à-dire désigner de nouveaux légataires, elle devra alors obtenir l'autorisation du juge des tutelles.

Philippe DELMAS-SAINT-HILAIRE ✍

## LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE

Le mandat de protection future, mis en place par la loi du 5 mars 2007, est un contrat par lequel le mandant prévoit et organise son inaptitude future à pourvoir seul à ses intérêts. Un ou plusieurs mandataires acceptent de représenter le mandant pour protéger sa personne ou gérer tout ou partie de

son patrimoine. Le mandat pour autrui permet aux parents capables ou au parent survivant de désigner, pour leur enfant handicapé, majeur ou mineur, un mandataire pour le jour de leur décès ou de leur incapacité. Le mandat peut prendre la forme, soit d'un acte sous seing privé contresigné par avocat ou répondant à un modèle défini par décret en Conseil d'Etat (décret du 30 novembre 2007), soit d'un acte authentique. Selon les cas, les pouvoirs du mandataire varieront. Le mandat conclu par acte notarié assure une protection juridique plus étendue et permet, selon certaines modalités, la réalisation d'actes de disposition. Le mandat conclu sous seing privé a champ plus réduit puisqu'il ne permet que la réalisation d'actes conservatoires ou de gestion courante. Ce dispositif contractuel de protection de la personne est mis en œuvre avec l'obtention d'un certificat médical dès lors que le mandant se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts du fait de l'altération de ses facultés mentales ou corporelles qui sont de nature à empêcher l'expression de sa volonté. Le mandataire produit alors au greffe du tribunal d'instance le certificat médical et le mandat. Le mandant reçoit notification de la prise d'effet du mandat. Le mandataire doit pouvoir rendre compte de sa gestion et, dans le cadre d'un mandat notarié, le notaire a une obligation d'alerte qui lui impose de contrôler l'exécution du mandat. Il est mis fin au mandat selon les causes limitativement énumérées par l'article 483 du Code civil. L'originalité de cette mesure de protection est indéniable et s'insère dans un mouvement plus large de conventionnalisation du droit des personnes et de la famille : divorce, autorité parentale, ... Notre offre légale répond également à un besoin de prévoyance et apparaît soucieuse du respect de la volonté individuelle, au travers de la multiplication d'outils individualisés tels que le mandat de fin de vie, le mandat à effet posthume, le mandat confié à l'exécuteur testamentaire...

Le mandat de protection future propose une alternative aux mesures judiciaires de protection et confère au juge un rôle subsidiaire néanmoins essentiel pour adapter et optimiser la protection du mandant. L'article 484 du Code civil prévoit ainsi que tout intéressé peut saisir le juge des tutelles afin de contester l'exécution ou la mise en œuvre du mandat.

Le dispositif mis en place ne prévoit pas de mesures de publicité visant à sécuriser les relations du mandant avec les tiers et à informer la famille. Notons que les actes passés par le mandant peuvent être rescindés pour lésion ou réduits en cas d'excès (art. 488) ce qui démontre une rupture avec la sanction prévue pour les actes du pupille, nulles de plein droit. Le mandant conserve une certaine sphère d'autonomie puisque ses actes sont valables par principe. L'insanité d'esprit de l'art. 414-1 pourra en revanche être soulevée plus facilement si effet a été donné au mandat de protection future et pourra aboutir à l'annulation de l'acte.

N'en déplaise au législateur de 2007, le mandant protégé paraît bien revêtir les habits de l'"incapable" ...

Les étudiants du  
Master II de droit privé fondamental  
(mention droit civil) ✍

## L'ENCADREMENT DE LA GESTION DES BIENS DE LA PERSONNE PROTEGEE

L'ambition de la loi du 5 mars 2007 sous l'angle patrimonial réside dans la restauration de la sécurité des intérêts

patrimoniaux des personnes protégées. Pour ce faire, le législateur n'a pas procédé à de véritables innovations, contrairement aux dispositions en matière de protection de la personne, mais a plutôt effectué un travail de modernisation. L'objectif a été de renforcer l'encadrement de la mission des intervenants tout en prenant en compte les nouvelles données économiques dues à l'évolution de la teneur des patrimoines. Les principaux apports concernant la tutelle et se traduisent par un corps de règles communes aux mineurs et aux majeurs placés sous ce régime de protection, fixé au nouveau titre XII. Le nouveau dispositif s'articule autour de deux axes : la précision des finalités de la gestion des biens des personnes protégées et la mise en place d'une meilleure transparence de cette gestion.

## La double finalité de la gestion des biens

L'étude du nouveau dispositif révèle la volonté du législateur de concilier deux objectifs *a priori* contradictoires, à savoir la préservation du patrimoine de la personne protégée et la promotion d'une gestion dynamique des biens qui a pour but de remédier au risque de voir le patrimoine périlcliter.

En premier lieu, la réforme réaffirme la **préservation des biens** comme l'une des finalités devant guider la mission des acteurs de la gestion des intérêts patrimoniaux des personnes protégées. Cet objectif se traduit principalement par le régime particulier réservé aux actes conservatoires qui sont imposés par l'urgence et les risques imminents touchant la substance des biens. D'une manière générale, le législateur a confirmé l'obligation faite aux différents intervenants de réaliser ce type d'acte. Ainsi, le tuteur sans autorisation, le curateur ou toutes les personnes qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle sont tenus d'accomplir les actes conservatoires indispensables à la préservation du patrimoine. En outre, l'impératif de sauvegarder le patrimoine transparaît dans la règle posée à l'article 496, visant à fixer un cadre général à l'action du tuteur qui est tenu d'apporter dans la gestion du patrimoine « *des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne physique* ». Cette obligation marque la fin de la référence au standard du bon père de famille qui, jusqu'ici, fixait le comportement du tuteur. Cependant, si le modèle du bon père de famille n'apparaît plus de façon expresse, rien n'est véritablement changé quant à la teneur de l'obligation du tuteur.

En second lieu, le législateur a enrichi la mission des intervenants à travers la promotion d'une **gestion dynamique des biens** des personnes protégées. Dans cette optique, il a procédé à une clarification des actes pouvant être réalisés par le tuteur. L'enjeu est de déterminer la marge de manœuvre accordée aux personnes protégeant les intérêts du majeur et la place d'autonomie laissée à ce dernier. La réforme a maintenu, en dépit des critiques dont elle a fait l'objet, la répartition tripartite des actes fixée en fonction de leur degré de gravité, à savoir les actes de disposition, d'administration et les actes conservatoires. Néanmoins, elle a apporté des précisions quant à la teneur de chacune de ces catégories d'actes. Selon l'article 496, les actes d'administration sont relatifs à la gestion courante du patrimoine tandis que les actes de disposition engagent le patrimoine de manière durable et substantielle. L'apport essentiel du nouveau dispositif repose sur le renvoi à une identification de ces actes par un décret en Conseil d'Etat et à la fixation d'une liste des actes qui peuvent être passés par le tuteur seul, avec autorisation ou qui lui sont interdits. Une faiblesse entache, cependant, l'effort de clarification du législateur. A l'inverse de la démarche suivie dans le cadre

des actes touchant la personne, il n'a pas précisé, en matière patrimoniale, les actes que l'usage réserve à la personne protégée.

Toujours dans la volonté de promouvoir une gestion plus dynamique des biens, le législateur a assoupli, ensuite, l'encadrement de la conclusion de certains actes de disposition impliquant une atteinte grave à la substance du patrimoine. Par exemple, les règles relatives aux donations consenties au nom du majeur sous tutelle ont été assouplies en élargissant la catégorie des personnes bénéficiaires qui ne sont plus limitées aux descendants et au conjoint.

## La transparence de la gestion des biens

Afin d'assurer la sécurité patrimoniale des personnes protégées, le législateur a cherché à assainir la pratique de la gestion de leurs biens par la voie d'une meilleure transparence de l'action des intervenants à chaque étape de leur mission.

A l'ouverture de la tutelle, l'**obligation d'inventaire**, permettant de séparer le patrimoine de la personne protégée et celui de son représentant, est modernisée. Cette obligation du tuteur n'a plus lieu d'être exécutée dans les dix jours de l'ouverture de la tutelle mais dans un délai de trois mois et l'inventaire doit faire l'objet d'une actualisation en cours de mission du tuteur. Ajoutons que cette obligation est élargie au curateur.

Durant l'exécution du régime de protection des biens, l'objectif du législateur est double. Tout d'abord, il s'agit d'assurer la **sécurité des fonds** de la personne protégée, cette ambition se traduisant par un contrôle accru des comptes. La réforme a donc mis fin à la pratique des comptes pivots qui était utilisée par les associations, chargées par le juge des tutelles de protéger les intérêts patrimoniaux de plusieurs majeurs, afin d'organiser une gestion collective des fonds. Désormais, la personne en charge de la mesure de protection doit maintenir les comptes ou livrets déjà ouverts au nom du majeur. De plus, elle est tenue d'individualiser les opérations portant sur les fonds et les valeurs des personnes protégées. Ensuite, le but a été de renforcer l'encadrement des hypothèses d'**opposition d'intérêts** entre la personne protégée et son représentant. Essentiellement, le législateur a fixé des hypothèses de présomption d'opposition, comme dans le cas où le tuteur est désigné en tant que bénéficiaire de la donation des biens du majeur.

En fin de mission, les **obligations comptables**, imposées au tuteur, ont été allégées. Le compte définitif de tutelle, devenu trop lourd, a été supprimé au profit d'une simple obligation de récapituler les opérations réalisées entre le dernier compte annuel et la fin de la tutelle.

Frédérique JULIENNE ✍

## L'IMPACT DE LA REFORME SUR LA PROTECTION DES PERSONNES DANS LES ETABLISSEMENTS DE SANTE ET LES ETABLISSEMENTS SOCIAUX OU MEDICO-SOCIAUX

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2002 modifie sensiblement le régime de protection des personnes vulnérables hospitalisées ou des usagers des établissements sociaux ou médico-sociaux. Le cœur de la question siège dans les articles 451 et

459-1 nouveaux du Code civil.

Avant la loi du 5 mars 2007, l'article 499 du Code civil prévoyait en faveur d'une personne hospitalisée la possibilité pour le juge des tutelles de nommer un gérant de tutelle, si la modestie des biens du patrimoine de la personne à protéger ne justifiait pas la désignation d'un tuteur. Désormais, le nouvel article 451 du Code civil prévoit que le juge peut, si l'intérêt de la personne le justifie, désigner en qualité de curateur ou de tuteur une personne ou un service préposé de l'établissement de santé et étend cette possibilité à tout établissement social ou médico-social. La personne ou le service désigné doit en outre être inscrit sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Un décret en attente de publication instaurerait un seuil de 80 lits par établissement pour rendre obligatoire la désignation de ces préposés dans les établissements.

Deux changements importants résultent de cette nouvelle rédaction. Tout d'abord, la fonction de gérant de tutelle est supprimée. Ces anciens administrateurs deviennent des curateurs ou tuteurs. Ensuite, le critère de cette nomination n'est plus celui de la faiblesse du patrimoine mais celui de l'intérêt de la personne. L'intérêt de la personne peut toujours être la faiblesse du patrimoine mais la notion étant plus large, elle peut aussi correspondre à la situation où le patrimoine est important alors que les parents, représentants naturels de la personne protégée, se trouvent éloignés et dans l'impossibilité d'assumer la tutelle. En effet, le principe demeure celui de la primauté de la tutelle familiale puisque le législateur de 2007, dans les articles 448 à 451 nouveaux, hiérarchise les personnes susceptibles d'être nommées. La nomination doit porter en premier lieu, sur le mandataire désigné dans le mandat de protection future par la personne lorsque ses facultés mentales n'étaient pas altérées (art. 448 nouveau). En deuxième lieu, le juge devra désigner le conjoint, le partenaire ou le concubin, à défaut un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé et entretenant avec lui des liens étroits et stables (art. 449 nouveau). Et ce n'est qu'en l'absence de famille ou de proche apte à assumer la charge tutélaire, que le juge désignera comme curateur ou tuteur un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, lequel peut être un préposé de l'établissement d'accueil (art. 450 et 451 nouveaux). Au demeurant, cette option de permettre la nomination comme mandataire d'une personne ou d'un service préposé de l'établissement d'accueil a été vivement critiquée par les associations représentatives des établissements et les associations représentatives des professions tutélaires, du fait essentiellement de la possible émergence de conflits d'intérêts entre les établissements et les personnes protégées. L'exigence de proximité l'a emporté : la personne protégée rencontre plus facilement le curateur ou le tuteur chargé de sa protection s'il se trouve dans l'établissement. Le choix a été fait par le législateur et la solution est donc de droit positif.

Antérieurement, les fonctions dévolues aux gérants de tutelle se limitaient à la simple gestion du patrimoine de la personne incapable majeure (art. 499 et 500 anciens). Concrètement, les gérants de tutelle pouvaient procéder à un inventaire des biens de la personne protégée ou accomplir des démarches auprès d'organismes sociaux. Dans la mesure où, par définition, le patrimoine n'était pas important, ils n'avaient pas en principe à gérer leurs immeubles ou des fonds autres que ceux contenus dans un compte courant. Le gérant de tutelle percevait les revenus de la personne protégée, acquittait ses dépenses d'entretien et ses obligations alimentaires. Il accomplissait des actes de gestion courante. Pour les actes de disposition (actes graves

pouvant mettre en péril la consistance même du patrimoine comme une vente, une donation) l'autorisation préalable du juge des tutelles était indispensable. Désormais, le tuteur d'établissement peut se voir confier un patrimoine plus important mais le principe demeure qu'il ne peut accomplir les actes de disposition sans l'autorisation préalable du juge des tutelles.

Avant la loi nouvelle, le gérant de tutelle n'avait pas le pouvoir d'autoriser les actes extrapatrimoniaux relatifs à la personne protégée. La loi du 5 mars 2007 a étendu le domaine d'intervention du nouveau mandataire. L'alinéa 2 du nouvel article 451 du Code civil prévoit que la mission confiée au curateur ou au tuteur de l'établissement de santé, de l'établissement social ou médico-social s'étend « à la protection de la personne, sauf décision contraire du juge ». Par exemple, le tuteur d'établissement pourra intervenir afin de donner le consentement à la place de la personne protégée si elle n'est pas apte à le faire pour une consultation, pour un examen médical courant, comme une radio ou une prise de sang (cf. art. L. 1111-4 du Code de la santé publique). En revanche, les actes graves, telle qu'une opération chirurgicale, sont soumis à l'autorisation spéciale du juge (art. 459-1, al. 2, du Code civil) sauf urgence (art. 459, al. 4, nouveau du Code civil). Le juge des tutelles doit donc autoriser spécialement le mandataire à donner son consentement pour l'accomplissement des actes et diligences graves prévues par le Code de la santé publique qui touchent à la personne. Un décret d'application en Conseil d'Etat de ce texte est en préparation. On peut penser qu'il s'agira essentiellement des actes thérapeutiques, ou encore de ceux liés aux activités d'assistance médicale à la procréation ou l'examen des caractéristiques génétiques. En outre, les actes touchant à l'intimité de la vie privée, par exemple exploitation de l'image du malade, sont soumis à l'autorisation du juge (art. 459, al. 4, in fine) conformément, du reste, à la solution dégagée avant la réforme par la jurisprudence (Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 février 1993).

Étant donné la nouvelle étendue des pouvoirs ainsi confiés à ces mandataires, qui n'interviennent désormais plus exclusivement dans la gestion patrimoniale, on pourrait craindre, en ce qui concerne les actes graves touchant à la personne, l'émergence de conflits d'intérêts entre ce curateur ou tuteur (préposé de l'établissement) et la personne à protéger. Aussi, dans une telle hypothèse, le législateur a-t-il prévu que le juge des tutelles puisse confier la charge d'autoriser ces actes graves au subrogé curateur ou au subrogé tuteur si celui-ci a été nommé, et à défaut à un curateur ou à un tuteur ad hoc. Le subrogé curateur exerce une mission de contrôle sur le curateur et le subrogé tuteur sur le tuteur. Le curateur ou le tuteur ad hoc sera spécialement désigné pour autoriser et contrôler l'acte grave en question.

Le législateur a choisi de permettre, en dernier recours, la nomination comme curateur ou tuteur d'une personne ou d'un service préposé de l'établissement. Ce choix ayant été fait, on peut saluer le souci du même législateur de prévoir une protection globale de la personne incapable majeure et de ménager, malgré tout, au juge des tutelles une possibilité d'intervention pour éviter des risques de désaccords entre les personnes protégées et l'établissement d'accueil et permettre la gestion de ces conflits d'intérêts. Rappelons que la loi (art. 45-I) ne s'appliquera qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009 et qu'il reste donc encore un certain temps aux établissements pour se familiariser avec la nouvelle donne.

Marie-Thérèse PAIN-MASBRENIER ✍  
Patrick NICOLEAU ✍

## LA RESPONSABILITE CIVILE ET LES INCAPABLES MAJEURS APRES LA LOI DU 5 MARS 2007

La protection par le droit civil des personnes vulnérables est classiquement assurée par la mise en place de régimes d'incapacité et de représentation. La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la « protection juridique » des majeurs ne déroge pas à la règle. Pour assurer la « protection » du majeur, la loi prévoit la possibilité de mettre en cause la responsabilité civile de tous ceux qui, à un titre ou à un autre, participent à la prise en charge du majeur incapable (articles 410, 412, 421, 422 et 454), voire de leur infliger, dans certains cas, des amendes civiles (articles 388-3 et 417 nouveau du code civil).

L'examen de cette responsabilité montre toutefois que cette responsabilité n'a été envisagée que pour protéger le majeur contre les fautes commises par son ou ses représentants, sans que soit jamais évoquée la question pourtant cruciale de la propre responsabilité de l'incapable causant un dommage à un tiers, et ce alors qu'il expose sa personne et son patrimoine à des risques considérables. Or, non seulement la loi n'a rien prévu pour protéger le majeur contre ces risques, mais au contraire le principe de la responsabilité personnelle des personnes privées de discernement, issu de la loi du 3 janvier 1968, a été reconduit, à une virgule près, dans le nouvel article 414-3 du code civil.

L'absence de toute mesure destinée à atténuer la responsabilité personnelle des majeurs protégés semble pourtant contraire aux objectifs mêmes que se fixe le législateur ; les majeurs ne sont-ils pas, en effet, censés être « protégés par la loi » (titre XI du livre I<sup>er</sup> du code civil) ? « Les personnes majeures » ne « reçoivent »-elles pas la « protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire » ? L'application d'un régime d'incapacité n'a-t-elle pas « pour finalité l'intérêt de la personne protégée » (article 415 nouveau du code civil), protection qui concerne « la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci » (article 425 nouveau) ?

Cette carence est d'autant plus surprenante qu'elle tranche avec l'immunité dont bénéficient d'autres responsables, à l'instar des préposés qui, depuis l'arrêt *Costedoat* rendu en 2000, ne peuvent voir leur responsabilité personnelle mise en cause par les victimes si le dommage a été causé dans l'exercice de leurs fonctions. Comment justifier, dès lors, qu'un cadre supérieur percevant une très forte rémunération soit protégé contre les actions en responsabilité civile dirigées contre lui par les victimes, alors que l'enfant de deux ans, ou la personne âgée souffrant de démence sénile, sont pleinement responsables de leurs actes et ce même s'ils sont soumis à l'autorité vigilante de leurs parents, tuteur ou établissements spécialisés ?

Deux pistes pourraient alors être explorées pour que les personnes incapables qui causent un dommage à autrui soient également protégées contre les conséquences civiles de leurs fautes.

La première consisterait à imposer au représentant légal une obligation d'assurer la responsabilité des personnes dont il a la charge, à l'instar de la loi Kouchner du 4 mars 2002 qui a imposé aux établissements médicaux d'assurer la responsabilité civile de leur personnel salarié ; les victimes disposeraient alors d'une action directe contre l'assureur et ne seraient pas tentées d'agir directement contre l'auteur du dommage. Le représentant pourrait d'ailleurs faire prendre

en charge les primes d'assurance par le patrimoine du majeur lui-même, lorsque ses ressources le permettent, ou, si cela n'est pas le cas, par la collectivité publique comme le prévoit d'ailleurs l'article 419 nouveau du Code civil.

Une seconde solution consisterait à s'attaquer aux conditions mêmes de la responsabilité des personnes incapables en restaurant l'irresponsabilité civile des personnes privées de discernement et en reconnaissant aux autres le bénéfice d'une immunité comparable à celle dont bénéficient aujourd'hui les préposés. Certes, ces reculs du principe de responsabilité personnelle ne semblent pas aller dans le sens d'une protection toujours plus large des intérêts des victimes. Mais il convient de remarquer que ces auteurs incapables se trouvent placés sous l'autorité de parents, de tuteurs ou curateurs, ou encore d'établissements spécialisés, et que toutes ces personnes sont, ou devraient être, susceptibles de voir leur responsabilité civile engagée du fait des personnes dont elles ont la charge, et ce conformément à l'article 1384 du Code civil.

Christophe RADE ✍

### ENSEIGNANTS CHERCHEURS DU CERFAP

Directeur :	Jean HAUSER
Directrice adjointe :	Marie LAMARCHE
Secrétaire :	Marc BODIN
Chercheurs :	Cécile ARNAUDIN
	Laurent BLOCH
	Jérôme CASEY
	Philippe DELMAS-SAINT-HILAIRE
	Françoise GONTHIER
	Adeline GOUTTENOIRE
	Frédérique JULIENNE
	Bérengère MELIN-SOUCRAMANIEN
	Patrick NICOLEAU
	Jean-Marie PLAZY

**INSTITUT  
DES MINEURS**

L'Institut des Mineurs (I.D.M.) est dirigé par Madame Adeline GOUTTENOIRE, professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV où elle enseigne le droit civil et le droit européen. Elle est spécialisée non seulement en droit de la famille et de l'enfant, mais aussi dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le secrétariat de l'Institut des Mineurs est assuré par Marc BODIN dans les locaux du CERFAP. Vous pouvez prendre contact avec le secrétariat à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Avenue Léon Duguit, 33608 Pessac cedex. L'accueil s'effectue selon les horaires du secrétariat du CERFAP (cf. *supra* page 1) porte D 114, ainsi que par téléphone ou télécopie au numéro suivant : 05 56 84 54 90.

**L'OPPOSITION D'INTERETS  
DANS LES RELATIONS PARENTS-ENFANTS**

Le 16 novembre 2007, s'est tenu, dans l'amphithéâtre Duguit, un colloque organisé par le CERFAP, en association avec l'Institut des Mineurs et l'Institut de sciences criminelles de Bordeaux, sur le thème de « L'opposition d'intérêts dans les relations parents-enfants ». Cette manifestation qui a attiré un public nombreux, composé d'étudiants mais aussi de professionnels bordelais de la protection de l'enfance et d'universitaires, a réuni des intervenants d'origines diverses : professeurs de droit, notaire, juge des tutelles, juge d'instruction, avocats d'enfants, directeur du service Enfance et Famille au Conseil général, administrateurs *ad hoc*.

Lors de la matinée, consacrée à la notion d'opposition d'intérêts, les différents intervenants ont reconnu la difficulté à caractériser la notion d'opposition d'intérêts pouvait être caractérisée dans les différents procédures ou actes au cours desquels elle était susceptible de se manifester. Notion classique du droit des incapacités, l'opposition d'intérêts, contenue dans les articles 388-1 et 389-3 du Code civil, permet d'écarter le représentant légal de l'enfant au profit d'un tiers qui se chargera, ponctuellement, de la défense des intérêts de l'enfant. Cette notion floue doit ainsi être maniée avec précaution, afin de ne pas porter une atteinte injustifiée aux prérogatives parentales. Il ressort des débats une double approche de la notion d'opposition d'intérêts qui pourrait, suivant les circonstances, être caractérisée par une potentialité de conflits entre le représentant et le représenté, ou bien par l'insuffisance de la protection des intérêts du mineur par son représentant légal. En outre, la notion d'opposition d'intérêts, en permettant la désignation d'un représentant autonome de l'enfant, notamment dans les procédures judiciaires, en vertu de l'article 388-1 du Code civil, favorise l'exercice indépendant des droits du mineur.

L'après-midi consacré au remède à l'opposition d'intérêts, que constitue l'administrateur *ad hoc*, a mis en évidence les difficultés, notamment matérielles, suscitées par

la désignation d'un représentant spécial du mineur. Il apparaît par ailleurs que celle-ci est loin de résoudre tous les problèmes relatifs à l'exercice des droits de l'enfant, notamment lorsque celui-ci est étranger et isolé sur le territoire français. Le choix de la personne qui assure les fonctions de l'administrateur *ad hoc* revêt une certaine diversité. En Gironde, les magistrats désignent ou bien une personne privée, membre d'une association d'administrateurs *ad hoc*, ou bien le président du Conseil général qui à son tour charge un membre du service Enfance-Famille de mener à bien cette tâche. Dans d'autres départements, c'est un avocat qui assure, dans la plupart des hypothèses, la mission de représentation *ad hoc* des enfants concernés. Il apparaît que dans tous les cas, la mission de l'administrateur *ad hoc* consiste à la fois à représenter les intérêts de l'enfant mais également à accompagner celui-ci tout au long de la procédure. La collaboration entre l'administrateur *ad hoc* et l'avocat de l'enfant, dont les modalités mériteraient sans doute d'être mieux définies, constitue un élément essentiel de la défense des intérêts du mineur en cas d'opposition d'intérêts dans la relation parents-enfants.

Adeline GOUTTENOIRE /  
Membre du CERFAP  
Directrice de l'Institut des Mineurs (I.D.M.)

**CERFAP**  
**Centre européen d'études et de recherches  
en droit de la famille et des personnes**  
Université Montesquieu - Bordeaux IV  
Avenue Léon Duguit - 33608 Pessac Cedex  
Salle D114  
Tél. / Fax : 05 56 84 54 90  
Courriel : cerfap@u-bordeaux4.fr

Directeur : Jean Hauser  
Directrice adjointe : Marie Lamarche  
Directeur de la publication : Jean Hauser  
Conception et réalisation : Marc Bodin

ISSN 1622-1141

Conception et réalisation maquette : Service communication  
de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV  
Crédit photographique : Régine Briant, Stéphane Ferry