



THE ONLY GLOBAL ASSOCIATION OF YOUNG LAWYERS

Convention Nationale des Avocats – Lille Vendredi 17 octobre 2008 9h00 – 12h45

L'AIJA (Association Internationale des Jeunes Avocats) et ses Commissions
Devoirs et droits de l'homme et de la défense d'une part, ainsi que *Clientèle Privée* d'autre part,
vous invitent à participer à sa session de travail:

Réforme des Tutelles : du majeur incapable à la personne protégée - Une approche comparative des systèmes de protection des majeurs en droit international

Au cours de cette session de travail seront d'abord évoquées les grandes lignes de la loi du 5 mars 2007 sur la protection juridique des majeurs qui entrera en vigueur en France le 1^{er} janvier 2009. De fait, les préoccupations à l'origine de cette réforme, qui touchent notamment à la dignité et au respect de la personne protégée, sont partagées par nos voisins internationaux. Il est par ailleurs constant que les pays occidentaux sont confrontés au vieillissement de leur population. C'est ainsi par exemple que les différents Etats de l'Union européenne ont réformé - ou sont en cours de réformer- leur système de protection des majeurs. L'émergence de telles préoccupations similaires appelle, dans ce domaine comme dans d'autres, la mise en place de solutions cohérentes et harmonisées, en phase avec la mondialisation contemporaine des relations juridiques.

Programme

- 9:00 h Allocution de Bienvenue et Introduction: les Présidents des Commissions organisatrices,
Me Jean-Louis COLLART (Droits de l'Homme), Cabinet MENTHA & Associés, Genève, Suisse
Me Christian MONTANA (Clientèle Privée), Studio Legale GARDENAL & Associati, Milan, Italie
- 9:15h Présentation:
La réforme du système français – les grandes lignes de la loi du 5 mars 2007
Me Marie-Dominique FLOUZAT-AUBA- Cabinet FLOUZAT-AUBA – Paris
Me Elisabeth GRANIER-ZARRABI – Cabinet GRANIER-ZARRABI - Grasse
Me Emmanuel VOISIN-MONCHO – SCP MONCHO- VOISIN-MONCHO - Cannes
- 9:45h Présentation:
Les acteurs de la protection :
Intervention de **Madame Anne-Marie DAVID pour la FNAT**
(Fédération Nationale des Associations Tutélaires) - Paris
- 10:05h Présentation:
La protection en Common Law
Illustrations « transfrontalières » France/Grande Bretagne
Intervention de **Me Paul HEWITT, WITHERS LLP**, Londres
- 10:30 Pause-café
- 11:00 Panel:
L'approche comparative : des solutions semblables pour des préoccupations communes ?
- Allemagne : Me Winni SCHREIBER-BALDET, Cabinet SCHREIBER-BALDET, Cannes
Angleterre : Me Paul HEWITT, WITHERS LLP, Londres
Belgique : Me Nathalie LABEEUW, Cabinet TIBERGHIEU, Bruxelles
Espagne : Contribution de Me Mercedes CARAL, Cabinet JAUSAS, Barcelone
Finlande : Contribution de Me Ville SALONEN, Vice-Président de la Commission Clientèle Privée de l'AIJA, TALENTOR FINLAND, Helsinki
France : Me Emmanuel VOISIN-MONCHO, SCP MONCHO-VOISIN-MONCHO, Cannes
Italie : Me Elisabetta DEL MONACO, Studio Legale DELGIUDICE, Treviso
Suisse : Me Jean-Louis COLLART, Président de la Commission des Devoirs et Droits de l'Homme et de la Défense de l'AIJA, Cabinet MENTHA & Associés, Genève
- 12:30 Synthèse et Conclusion:
Me Agnès PROTON, Secrétaire Générale de l'AIJA, Cabinet PROTON, Cannes.

I. Introduction

Toute personne est en principe aptes à être titulaire de droits : droits de la personnalité, droits patrimoniaux ou droits extrapatrimoniaux. L'incapacité est l'exception : n'est en effet incapable que la personne qui est déclarée telle par la loi ou par une décision judiciaire se fondant sur une règle légale.

Il n'existe pas, en droit belge, un régime unique de l'incapacité juridique. Les incapacités frappant une personne majeure, sont de l'ordre de six :

- la mise sous administration provisoire ;
- la minorité prolongée ;
- l'interdiction;
- la mise sous conseil judiciaire ;
- l'interdiction légale.

I. La mise sous administration provisoire¹

Depuis le 31 décembre 2003², le majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état de gérer ses biens, fût-ce temporairement, peut être pourvu d'un administrateur provisoire, en vue de la protection de son patrimoine. La personne sous administrateur provisoire reste capable de passer des actes de caractère personnel. Dans la pratique, l'administration provisoire trouve un terrain d'application important chez les personnes démentes ou de grand âge. Aussi l'alcoolisme et la toxicomanie affectant la volonté et la gestion du patrimoine, peuvent être des raisons de mettre quelqu'un sous administration provisoire.

1. Procédure en désignation

Il s'agit d'une procédure contradictoire.

Qui peut postuler l'administrateur provisoire ?

La personne inapte peut postuler elle-même la désignation d'un administrateur provisoire, ainsi que toute personne intéressée. Celle-ci peut être un conjoint, un cohabitant légal ou un partenaire de fait, un membre de la famille, un ami, un voisin, un avocat, un médecin,...³ Aussi le procureur du Roi est expressément habilité à demander la désignation d'un administrateur provisoire. Enfin, le juge de paix peut désigner d'office un administrateur provisoire lorsqu'il est saisi d'une requête de mise en observation ou de maintien dans un établissement psychiatrique, ou d'une demande de traitement ou de maintien en milieu familial.

Est seul compétent pour connaître des demandes de désignation, le juge de paix de la résidence, ou à défaut, du domicile de la personne à protéger. La requête introductive doit être écrite, contenir des diverses mentions obligatoires, être signée par le requérant ou son avocat et être, sauf cas d'urgence, accompagnée d'un certificat médical circonstancié, ne datant pas de

¹ Articles 488bis a) à k) C.civ.

² Loi du 3 mai 2003

³ P. MARCHAL, 'L'administration provisoire des biens', dans le *Répertoire notariale*, T 1 – Les personnes, livre VIII, Larcier, 2007, 236.

plus de 15 jours, et décrivant l'état de santé de la personne à protéger. Le juge convoque pour les entendre, le cas échéant en présence de leur avocat, la personne à protéger, les personnes vivant avec elle, le requérant et toute autre personne susceptible de fournir des renseignements au juge. Le juge peut également désigner un expert médical.

2. Déclaration de préférence

En 2003, une possibilité est introduite dans la loi par laquelle chacun peut faire une déclaration devant le juge de paix de sa résidence ou de son domicile ou encore devant un notaire, dans laquelle il indique sa préférence en ce qui concerne l'administrateur provisoire à désigner s'il n'était plus en état de gérer ses biens. Ces déclarations sont enregistrées par le greffier ou par le notaire dans un registre central, tenu par la Fédération Royale du Notariat belge. Avant que le juge de paix prenne connaissance de la requête, le greffier doit vérifier si une déclaration a été enregistrée dans le registre précité. Le juge ne peut déroger à ce choix que pour des motifs graves. Cette déclaration peut à tout moment être révoquée par la personne concernée.

3. Personne de confiance

Aussi longtemps que dure l'administration provisoire, l'intéressé a le droit de se faire assister par une personne de confiance. Cette possibilité est introduite dans la loi pour humaniser la protection et renforcer le contrôle de l'administrateur provisoire. Elle sera issue de l'entourage proche de la personne à protéger et apte à améliorer la communication avec les organes de gestion. La personne de confiance exerce un contrôle sur la gestion et peut demander une révision de la mission de l'administrateur. Elle peut enfin fournir une assistance à l'administrateur.

4. Désignation de l'administrateur provisoire

L'administrateur provisoire est désigné par ordonnance motivée. Le juge de paix désigne la personne la plus apte à gérer le patrimoine du protégé, compte tenu de la nature et de la composition des biens, de l'état de santé de la personne ainsi que la situation familiale, mais suivant l'ordre de préférence indicatif de la loi : le père et/ou la mère de la personne à protéger, son partenaire cohabitant, un membre de la proche famille ou, le cas échéant, la personne de confiance de l'intéressé.

L'ordonnance désignant l'administrateur provisoire est publiée dans le Moniteur Belge. La décision est notifiée au bourgmestre du lieu du domicile de la personne protégée pour être consignée dans le registre de la population.

Au plus tard un mois après l'acceptation de sa désignation, l'administrateur provisoire est tenu d'établir un rapport concernant la situation patrimoniale et les sources de revenus de la personne protégée, et de le transmettre au juge de paix et à la personne protégée. Il leur rend en outre compte de sa gestion chaque année et à la fin de son mandat. Ce rapport sera conservé dans un dossier au greffe de la justice de paix.

Le juge de paix peut allouer à l'administrateur provisoire, une rémunération dont le montant ne peut dépasser 3% des revenus de la personne à protéger.

L'administration provisoire prend fin si la mesure ne se justifie plus ou si la capacité de la personne est modifiée par un autre statut civil de protection.

5. Pouvoir de l'administrateur provisoire

L'administrateur provisoire a pour mission de gérer les biens de la personne protégée en bon père de famille ou l'assister dans cette gestion. C'est le juge de paix qui décidera de l'étendue des pouvoirs de l'administrateur provisoire. Le juge peut moduler les pouvoirs⁴.

A défaut d'indications, l'administrateur provisoire représentera la personne protégée dans les actes juridiques et les procédures tant comme demandeur que comme défendeur. Toutefois, il ne pourra agir qu'avec l'autorisation du juge de paix pour divers actes : aliéner les biens meubles et immeubles, emprunter et consentir hypothèque, acquiescer à une demande relative à des droits immobiliers, renoncer à une succession sous bénéfice d'inventaire, accepter une donation ou recueillir un legs, conclure un bail à ferme ou un bail commercial, transiger, agir comme demandeur dans diverses procédures, ...

La personne protégée ne peut disposer valablement par donations entre vifs ou par testament qu'après autorisation par le juge de paix. Aussi pour conclure un contrat de mariage, l'autorisation du juge est nécessaire.

Il règle les frais d'entretien et de traitement à charge de la personne protégée et met à la disposition de celle-ci les sommes qu'il juge nécessaires à l'amélioration de son sort.

6. Sort des actes accomplis par la personne protégée

Tous actes accomplis par la personne protégée après le dépôt de la requête en désignation d'un administrateur provisoire, alors que le pouvoir de les accomplir aurait été donné à l'administrateur provisoire, sont nuls de droit. La nullité est relative et ne peut être demandée que par la personne protégée ou son administrateur provisoire.

II. La minorité prolongée⁵

La minorité prolongée a été créée pour protéger les arriérés mentaux. Peut être placée sous statut de minorité prolongée la personne « dont il est établi qu'en raison de son aliénation mentale grave, elle paraît devoir rester incapable de gouverner sa personne et d'administrer ses biens... ». Par arriération mentale, la loi entend un état de déficience mentale congénitale ou ayant débuté au cours de la petite enfance, par accident ou maladie, caractérisé par un manque de développement de l'ensemble des facultés intellectuelles, affectives et volitives. La loi permet la mainlevée du statut de minorité prolongée.

La demande de mise sous statut de minorité prolongée est faite devant le tribunal de première instance du domicile ou de la résidence de l'arriéré mental, par requête introduite par le père et/ou la mère (si la personne est encore mineure) ou par tout parent (si la personne est majeure), par son tuteur ou par le Procureur du Roi.

Le demandeur joint à la requête un certificat médical ne datant pas plus que 15 jours décrivant la déficience mentale. Le requérant et la personne à protéger sont convoqués et entendus par le juge. Une enquête d'expertise peut être ordonnée. La décision instaurant le statut de la minorité

⁴ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 700.

⁵ Articles 487bis – 487octies du Code civil belge.

prolongée est portée à la connaissance du Ministre de la justice et mentionnée dans le registre de la population, ainsi que sur la carte d'identité de l'intéressé.

La personne sous statut de minorité prolongée sera assimilée quant à sa personne et ses biens à un mineur de moins de 15 ans. Dès lors, pour accomplir des actes juridiques, la personne sous statut de minorité prolongée devra être représentée par ses parents ou son tuteur. Les actes irréguliers sont rescindables en cas de lésion ; ils sont nuls de droit s'il s'agit d'actes soumis à des formes habilitantes.

III. L'interdiction judiciaire⁶

Les causes de l'interdiction sont l'imbécillité ou la démence, lorsqu'elles sont un état habituel. Ce statut veut assurer la protection de toute personne qui, étant frappée de maladie mentale, se trouve de ce fait dans l'impossibilité de se gouverner et d'administrer ses biens.

L'interdiction judiciaire doit être prononcée par le tribunal de première instance du lieu du domicile du futur interdit. Elle est introduite par requête unilatérale motivée et appartient qu'au conjoint, à tout parent ou au Procureur du Roi. Un examen neuro-psychiatrique sera ordonné et la personne à protéger sera interrogée par le juge. Le jugement ou l'arrêt d'interdiction est publié par extrait au Moniteur Belge et le bourgmestre du lieu de la résidence de l'interdit est avisé.

Les effets de l'interdiction sont radicaux : l'interdit est assimilé au mineur non émancipé pour sa personne et pour ses biens. Il est frappé d'une incapacité d'exercice totale. Tous les actes accomplis par l'interdit postérieurement au jour du jugement d'interdiction sont nuls de plein droit.

Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent. Le juge de paix désigne un tuteur et un subrogé tuteur et surveille le fonctionnement de la tutelle.⁷

La procédure d'interdiction étant longue et fort lourde, depuis plus de 25 ans, de moins en moins d'interdictions sont prononcées et la tendance est à leur disparition.⁸

IV. La mise sous conseil judiciaire

La mesure d'adjonction d'un conseil judiciaire vise des personnes inaptes à gérer correctement leurs biens, mais pas affaiblies mentalement au point d'appeler une protection plus rapprochée. La loi prévoit deux causes de nomination d'un conseil judiciaire : la prodigalité⁹ et la faiblesse d'esprit¹⁰. La faiblesse d'esprit est une infirmité mentale qui rend la personne incapable d'administrer convenablement sa personne et ses biens, p.ex. débilité ou sénilité. Est prodigue celui qui, par dérèglement d'esprit de mœurs, dissipe son capital en folles dépenses et de façon habituelle.

⁶ Article 489 C.Civ., art. 502-504 C.Civ., 508-512 C.Civ., 515 C.Civ.; 1238-1253 C.jud.

⁷ P. MARCHAL, 'L'interdiction judiciaire', dans le *Répertoire notariale*, T 1 – Les personnes, livre VIII, Larcier, 2007, 112.

⁸ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 693.

⁹ Art. 513 C.Civ.

¹⁰ Art. 1247 C. jud.

La procédure de mise sous conseil judiciaire est identique à celle de l'interdiction, sauf l'expertise neuro-psychiatrique obligatoire. Le juge choisit le conseil judiciaire des intérêts de la personne, il désigne généralement un juriste.

Cette mesure de protection recourt à l'assistance et non à la représentation. La protection est limitée au patrimoine de la personne protégée. La personne protégée sera assistée dans certains actes précisés par la loi (p.ex. l'emprunt, l'aliénation...). Les actes qui peuvent être valablement accomplis par l'incapable seul ne peuvent pas être annulés. Par contre, les actes requérant assistance et accomplis sans cette dernière après le jugement nommant le conseil judiciaire sont nuls de plein droit.

Les procédures de mise sous conseil judiciaire sont rares et en voie de disparition, au profit de l'administration provisoire¹¹.

V. l'interdiction légale

L'interdiction légale est prévue et réglée par les articles 21 à 24, 87 et 90 du Code Pénal belge et par l'article 7 de la loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle dans le système pénal.

L'interdiction légale enlève aux condamnés à des peines criminelles le droit d'administrer leurs biens et d'en disposer pendant la durée de la peine, sauf par testament et par contrat de mariage.

Le statut de l'interdiction légale n'a pas comme but la protection, mais plutôt l'incapacité de défiance. Elle résulte de la loi et n'est pas prononcée par un juge et tant que telle. Les biens de l'interdit légal sont gérés par un curateur. Les pouvoirs du curateur sont ceux d'un tuteur, à l'exception de ce qui concerne la personne. La famille de l'interdit légal continue à jouir des revenus de celui-ci et le curateur doit lui remettre les sommes nécessaires aux besoins essentiels de la vie et au maintien du niveau de vie qui était le sien avant la condamnation.¹²

¹¹ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 695.

¹² A.-C. VAN GYSEL, *o.c.*, 703.

Brève présentation du système espagnol relatif à la tutelle des majeurs :

En premier lieu nous souhaiterions indiquer que nos réponses ne visent que les dispositions du Code Civil d'application général sur tout le territoire espagnol, en effet, nous ne faisons pas référence aux dispositions spéciales dont la portée n'aura d'importance que dans une régions ou provinces déterminée.

Etablie cette première considération, voici les points commentés :

1. Qui est compétent pour connaître de la procédure de déclaration de tutelle ?

En Espagne, en conformité avec notre loi de procédure civile, est compétent pour connaître d'une demande d'incapacité le Juge de Première Instance du lieu de résidence de la personne affectée par la demande en question.

Cette demande peut être réalisée à la demande du propre incapable, du conjoint ou de la personne se trouvant dans une situation similaire, les descendants, ascendants ou frères du présumés incapables.

Le Procureur de la République peut promouvoir l'incapacité dans l'hypothèse où les personnes indiquées ci avant n'existent pas ou si elles n'en font pas la demande.

2. Quelles sont les causes d'incapacité ?

Selon notre Code Civil, personne ne peut être déclaré incapable sauf si cela se réalise par le biais d'une décision de Justice et selon les causes établies par la Loi.

En effet, sont causes d'incapacité, les maladies ou déficiences persistantes de nature physique ou psychologique empêchant une personne de pouvoir s'autogérer par elle-même.

3. Comment protège t-on un incapable ?

La garde et protection d'une personne ou d'un bien, ou seulement de la personne ou des biens des mineurs ou incapables, se réalisera dans les suivantes hypothèse par le biais de :

- (i) La tutelle.
- (ii) La curatelle.
- (iii) Le défenseur judiciaire.

Les fonctions tutélaires constituent un devoir et devront s'exercer au bénéfice de l'incapable et seront soumises à la protection de l'autorité judiciaire.

Ces mesures pourront être accordées par le Juge, soit d'office soit à la demande de toute personne intéressée pour ce faire.

Par ailleurs, il est possible aux parents de l'incapable de désigner, la biais de testament ou par le biais d'acte authentique les personnes devant assumer la tutelle ou ordonner toute disposition relative à la personne ou aux biens de ses enfants mineurs ou incapables.

Par ailleurs il est également possible pour toute personne ayant une capacité pour agir suffisante, et dans la prévision de sa désignation judiciaire d'incapable, de faire état dans un acte authentique de toute disposition relative à sa personne ou biens lui appartenant, y compris la désignation de tuteur.

Il est important de savoir que les dispositions ci-avant citées devront obliger le Juge au moment de la constitution de la tutelle, sauf si l'intérêt du mineur ou incapable exige toute autre mesure, alors il sera nécessaire que le Juge puisse motiver sa décision.

4. Quand doit-on faire la demande de tutelle ?

Si le Procureur de la République (*ministerior fiscal* en Espagne) ou bien le Juge compétent ont connaissance de l'existence, sur le territoire de leur juridiction, d'une personne devant être soumise à tutelle, le premier en fera la demande et le second devra exécuter, la constitution de la tutelle.

Cette obligation est également à la charge des proches parents et de la personne ayant la garde du présumé incapable dès lors qu'ils ont connaissance de cette circonstance. S'ils ne le font pas, ils seront responsables solidaires quant à l'indemnisation pour dommages et préjudices causés.

Par ailleurs, toute personne peut porter à la connaissance du Procureur de la République ou de l'autorité judiciaire correspondante le fait déclencheur de la tutelle.

C'est alors que le Juge pourra constituer la tutelle, il devra pour ce faire et au préalable écouter les proches parents de la personne dont la tutelle est envisagée, et également du présumé incapable, dans l'hypothèse où celui-ci aurait suffisamment de jugement et s'il a plus de 12 ans.

5. Qui peuvent être les tuteurs ou le tuteur ?

Pour la désignation de tuteurs, auront un droit prioritaire les suivantes personnes :

- (i) La personne désignée par le propre tuteur.
- (ii) Le conjoint survivant au tuteur.
- (iii) Les parents.
- (iv) La personne ou personnes désignées par ceux-ci dans leurs actes de dernières volontés.
- (v) Le descendant, ascendant ou frère qui serait désigné par le Juge.

De façon exceptionnelle, il est possible pour le Juge de modifier cet ordre de priorité, ou faire abstraction de l'une d'elles, si cela s'avère nécessaire dans l'intérêt du mineur ou de l'incapable.

Par ailleurs, il est également possible pour le Juge de désigner en tant que tuteur à une personne qui par ses relations avec le tuteur serait la plus à même d'exercer la tutelle de celui-ci.

Il est important de savoir que, la tutelle peut s'exercer par un seul tuteur, sauf dans les hypothèses suivantes :

- (i) Lorsqu'en raison de circonstances spéciales liées au tuteur ou à son patrimoine, il convient de séparer le tuteur de la personne et le tuteur des biens, chacun d'eux devra agir indépendamment dans le cadre de ses compétences, même si les décisions qui les concernent tout deux devront être prises conjointement.
- (ii) Lorsque la tutelle correspond au père ou à la mère, elle devra être exercée conjointement.
- (iii) Si une personne est désignée tuteur des enfants de son frère, et qu'il est considéré que le conjoint du tuteur exerce également la tutelle.
- (iv) Lorsque le Juge désigne en tant que tuteurs les personnes que les parents du tuteur ont désigné dans leur testament ou dans un acte authentique pour exercer la tutelle de façon conjointe.

Enfin, il est bon de savoir que toute personne peut être déclarée tuteur, dès lors que cette personne peut pleinement faire usage de ses droits civils et dès qu'aucune incompatibilité n'est avérée.

En effet, ne peuvent être désignés tuteurs d'une personnes :

- (i) Ceux qui auraient été privés de leurs droits de garde ou d'éducation par voie judiciaire.
- (ii) Ceux qui auraient été suspendu d'une tutelle précédente.
- (iii) Ceux qui auraient été condamnés à une peine privative de liberté dès lors qu'ils sont entrain de l'assumer.
- (iv) Les personnes condamnées sur la base d'un délit et dont il est possible d'imaginer qu'ils n'exerceront pas correctement la tutelle en question.
- (v) Les personnes ayant une impossibilité de fait leur empêchant d'exercer la tutelle.
- (vi) Ceux qui auraient une quelconque inimitié avec le mineur ou l'incapable.
- (vii) Les personnes dont les agissements sont reprochables ou dont on ignore leur façon de vivre.
- (viii) Ceux qui auraient d'importants conflits d'intérêts avec le mineur ou l'incapable.
- (ix) Les personnes en faillites ou en liquidation judiciaires sauf si la tutelle ne vise que la personne de l'incapable, et non son patrimoine.

Le Juge peut d'office ou à la demande du Procureur de la République, du tuteur ou de toute autre personne intéressée, décréter la destitution du tuteur, après avoir entendu celui-ci, dès lors qu'il serait comparu devant le Juge. Le tuteur pourra être entendu s'il peut se prononcer à ce sujet.

CONGRES DE LILLE DU 17 OCTOBRE 2008

L'INITIATIVE DE LA MISE SOUS PROTECTION DES MAJEURS

Loi du 5 mars 2007

Marie Dominique FLOUZAT-AUBA

Avocat au Barreau de Paris

286 Bd Saint Germain

75007 Paris

Tel + 33(0)1 44 18 95 32

Fax + 33 (0) 1 44 18 95 31

flouzat-aba@club-internet.fr

INTRODUCTION

A 18 ans toute personne capable peut prendre des décisions qui l'engagent.

Pour faire un acte valable il faut être sain d'esprit.

La loi du 5 mars 2007 qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009 réforme la protection juridique des majeurs.

L'article 425 du Code civil définit maintenant la personne majeure susceptible de faire l'objet d'une mesure de protection par celle qui se trouve :

« 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 ».

Le rapport du Conseil Economique et social « Réformer les tutelles » de 2006 fait état de **700 000 personnes** qui font l'objet d'une mesure de protection, soit **un adulte sur 80**.

Les trois mesures de protection restent inchangées il s'agit toujours de :

- la sauvegarde de justice, mesure la plus « souple »
- la curatelle, qui peut être simple ou aggravée
- la tutelle qui est la mesure la plus restrictive.

1) QUI PEUT DEMANDER LA MESURE DE PROTECTION ET POURQUOI

1-1 Les personnes pouvant solliciter une mesure de protection

(art 430 du Code civil)

- la personne qu'il y a lieu de protéger ;
- son conjoint ;
- le partenaire PACSE ;
- son concubin ;
- une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables ;
- une personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique.

La loi du 5 mars 2007 élargit le cercle « familial » des personnes habilitées à former une requête puisque le partenaire pacsé et le concubin sont autorisés par la loi à déposer une requête.

Mais la loi sort du cercle familial puisqu'elle permet à toute personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables de déposer une requête.

La demande peut être également présentée par le Procureur de la République soit d'office soit à la demande d'un tiers.

La procédure d'office par le juge des tutelles disparaît, c'est le Procureur de la République qui a le monopole de la saisine du juge des tutelles lorsqu'il n'est pas saisi par les personnes sus énoncées.

Ainsi le juge des tutelles ne peut plus à la fois se saisir d'office et être juge de l'affaire.

En pratique environ la moitié des dossiers ouverts par le juge des tutelles l'étaient à la demande des services sociaux (communes, OPHLM, départements) ou hospitaliers.

Les médecins, les banques, les notaires avaient également l'habitude d'envoyer des signalements.

Cela était utile lorsque la personne n'avait pas d'entourage familial ce qui n'était pas toujours le cas.

Les juges des tutelles ont eu à faire face à un accroissement des demandes de mise sous protection pour des motifs de surendettement voire de faibles ressources.

Les majeurs concernés se sont trouvés déresponsabilisés, certains ont contesté vivement la mesure de protection pour ces motifs.

La loi du 5 mars 2007 ayant à la fois supprimé comme motif de protection les causes liées à la prodigalité, l'oisiveté, l'intempérance figurant dans la loi du 3 janvier 1968, et modifié les personnes pouvant solliciter une mesure de protection, ce type de problème devrait être appelé à disparaître.

1-2 Les motifs

Il doit être repris les dispositions du Code civil (article 425) à savoir lorsque la personne majeur est : *« 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 »*.

Les causes liées à la prodigalité, l'oisiveté ou l'intempérance (ancien article 488 du Code civil) ont été supprimées.

2) SOUS QUELLE FORME CETTE MESURE DOIT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE

2-1 La présentation de la requête

La demande d'ouverture doit être faite sous forme de requête présentée devant le tribunal d'instance du lieu du domicile du majeur à protéger.

En cas d'hospitalisation du majeur en long séjour ou de troubles mentaux elle sera présentée auprès du tribunal d'Instance dans le ressort duquel la personne est hospitalisée.

Dans tous les cas la demande doit être accompagnée à peine d'irrecevabilité d'un **certificat circonstancié** rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le Procureur de la République.

Il n'est plus exigé que ce médecin soit un spécialiste qualifié qui résultait de l'inscription sur la liste établie par le Procureur de la République après avis du préfet.

Dans la demande de mise sous protection doivent être exposées les raisons qui conduisent la personne requérante à demander une protection juridique du majeur.

Doivent être notamment joints des documents d'état civil sur la personne à protéger, son domicile, des renseignements sur les proches parents du majeur et le nom et l'adresse du médecin traitant.

2-2 Limites

L'article 428 du Code civil encadre strictement la possibilité d'ordonner une mesure de protection.

Elle ne peut l'être qu'en cas de **nécessité** et :

- *lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation;*

- **par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future.**

2-3 Le rôle de l'avocat

L'avocat peut intervenir dans le cadre des procédures de placement juridique soit à la demande du majeur concerné soit à la demande de la personne prenant l'initiative de la mesure de protection.

La loi du 5 mars 2007 stipule que le majeur protégé peut être accompagné d'un avocat ou, avec l'accord du Juge par toute autre personne de son choix.

CONCLUSION

- La réforme du 5 mars 2007 consacre le principe général de la protection de la personne.
- Le mot « **incapable** » disparaît pour être remplacé par « **protection juridique du majeur** ».
- Le placement sous protection juridique sera réservé au seul cas où l'atération des facultés personnelles de l'intéressé est médicalement avérée et si aucune mesure d'encadrement du majeur telle que mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) ou mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) ne peut s'appliquer.

Enfin il est à noter la ratification par la France le 28 juillet 2008 de la convention de la HAYE sur la protection des adultes démontrant ainsi la conscience accrue de la France de la nécessité de développer la protection des adultes vulnérables.

BIBLIOGRAPHIE

Nicolas DELECOURT Sophie MICHON « TUTELLE-CURATELLE Sauvegarde de justice – mandat de protection future Editions du PUIITS FLEURI.

Jacqueline JEAN et Agnès JEAN « Mieux comprendre la tutelle et la curatelle »
Guid'Utile Vuibert.

Droit de la Famille Dalloz Action.

Travaux du Sénat

LA REFORME DE LA PROTECTION DES MAJEURS :

Le déroulement de la protection

I/ LES TYPES DE PROTECTION

La loi du 5 mars 2007 maintient les trois mesures de protection judiciaire susceptibles d'être ordonnées à l'égard d'un majeur vulnérable.

A/ La sauvegarde de justice

Il s'agit d'une mesure de protection légère et temporaire, qui ne peut excéder un an et est renouvelable une fois.

Elle est prévue soit pour une personne qui a un problème ponctuel, soit en préalable à l'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle.

La personne placée sous sauvegarde de justice conserve en principe l'exercice de ses droits, reste capable et peut accomplir toute opération patrimoniale ou extrapatrimoniale sans assistance, ni représentation.

Les actes passés et les engagements contractés par le majeur sous sauvegarde de justice pendant la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès.

B/ La curatelle

Le majeur placé en curatelle, sans être hors d'état d'agir lui-même a besoin d'être assisté ou contrôlé de manière continue dans les actes importants de la vie civile.

Contrairement à la tutelle, la curatelle ne constitue donc pas une mesure de protection générale.

Il convient de préciser que la curatelle est modulable, puisque le Juge peut moduler l'incapacité du majeur en curatelle, en l'augmentant ou en la diminuant.

Il énumère ainsi les actes que le curatelaire a la capacité de faire seul, ou, à l'inverse, peut ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée.

Cet aménagement peut être opéré lors de l'ouverture de la mesure ou ultérieurement.

C/ La tutelle

La tutelle est destinée au majeur qui, en raison de son incapacité d'agir lui-même, a besoin d'être représenté de manière continue dans les actes de la vie civile.

Le Juge peut, selon certaines modalités, alléger les effets de la tutelle.

A ce titre, il peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que le majeur protégé aura la capacité d'accomplir seul ou avec l'assistance du tuteur.

II/ LES MODALITES GENERALES DE LA MESURE

Il convient de préciser que les mesures de tutelle et de curatelle ne peuvent excéder 5 ans (article 441 du Code Civil), et le Juge des tutelles est dans l'obligation, tous les cinq ans, à peine de mainlevée automatique de la mesure, de revoir le dossier.

Il faut aussi préciser, ce qui était déjà le cas précédemment, que la mesure de tutelle ou de curatelle fait l'objet d'une publicité, qui rend celle-ci opposable aux tiers dans un délai de deux ans.

Ces mesures sont prises par des intervenants, appelés aujourd'hui « Mandataires Judiciaires à la Protection des Majeurs » et contrôlés par le Parquet.

Ce terme de « Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs » est uniquement utilisé pour les professionnels, et non pour les membres de la famille qui exercent la sauvegarde de justice, la curatelle ou la tutelle à titre bénévole.

Le principe posé par la loi du 5 mars 2007, de façon encore plus claire que par le passé, est de privilégier la nomination de membres de la famille, plutôt que de professionnels.

III/ LES ACTES JURIDIQUES DU MAJEUR PROTEGE

Il faut maintenant envisager la typologie des actes que peut faire le majeur protégé, seul, assisté ou représenté.

Il convient préalablement de rappeler que les actes antérieurs à l'ouverture de la mesure sont susceptibles d'être attaqués pour nullité.

Cette nullité ne peut concerner que des actes antérieurs de deux ans à la publicité de la mesure.

Le délai pour agir en nullité est de cinq ans.

En ce qui concerne les actes postérieurs à l'ouverture de la mesure, si la personne protégée accomplit seule un acte pour lequel il aurait dû être assisté, l'acte peut être annulé s'il est établi que le majeur a subi un préjudice.

Si, en revanche, il s'agit d'un acte pour lequel le majeur devait être représenté, cet acte est nul de plein droit.

Si le curateur ou le tuteur accomplit seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée seule, ou qui aurait dû être fait par lui, mais avec l'autorisation du Juge, l'acte est là-aussi nul de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice.

A/ La protection du logement, des meubles meublants et des effets personnels du majeur

La loi du 5 mars 2007 a prévu, que le majeur soit en curatelle ou en tutelle, que la personne chargée de la seule protection ne peut, *a priori*, procéder seul à un acte qui remettrait en cause la jouissance par un majeur protégé de son logement et de ses meubles meublants.

S'il le fait, il faut qu'il justifie d'un intérêt spécifique et qu'il ait une autorisation spéciale du Juge des tutelles.

Si le but de cet acte de disposition sur le logement vise à faire entrer le majeur dans un établissement spécialisé, il faut aussi l'avis d'un médecin inscrit sur la liste des Experts judiciaires établie par le Procureur de la République, et non plus du médecin traitant, comme par le passé.

Théoriquement, on ne peut en aucun cas disposer des effets personnels, des objets ou des souvenirs de nature familiale appartenant au majeur protégé.

B/ La vie du majeur protégé

Il faut envisager le mariage et le divorce, mais aussi le PACS.

De plus, le majeur peut être concerné par une donation ou un testament.

1°) Le mariage :

Le majeur sous curatelle a besoin d'une autorisation du curateur, ou à défaut du Juge des tutelles, pour se marier (article 460 al. 1^{er} du Code Civil).

S'il est sous tutelle, il faut une autorisation du Juge des tutelles (ou du Conseil de famille), rendu après audition des futurs conjoints, et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

A la différence du passé, l'avis du médecin traitant n'est plus requis.

Le majeur en curatelle ou en tutelle ne peut passer de convention matrimoniale sans être assisté par son curateur ou son tuteur.

En présence d'un époux chargé d'une mesure de protection, un changement de régime matrimonial nécessite, préalablement à la signature de l'acte notarié, une autorisation du Juge des tutelles.

2°) Le divorce :

En cas de divorce, la règle selon laquelle aucun divorce par consentement mutuel ou sur acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut concerner un majeur protégé est confirmée.

Si l'époux est demandeur, le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance du curateur.

S'il est défendeur, il se défend avec l'assistance du curateur.

En cas de tutelle, la demande en divorce au nom du majeur est présentée par le tuteur, avec autorisation du Juge des tutelles ou du Conseil de famille.

S'il est défendeur, l'action est exercée contre le tuteur, sans qu'il y ait besoin d'autorisation spécifique.

Quid des demandes reconventionnelles ?

3°) Le PACS :

Le droit français a institué le PACS (Pacte Civil de Solidarité).

Il faut aussi envisager cette possibilité pour le majeur protégé.

La personne en curatelle signe la convention avec l'assistance de son curateur.

En cas de tutelle, il faut l'autorisation préalable du Juge des tutelles ou du Conseil de famille, s'il est constitué, après audition des futurs partenaires, et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

Le tuteur doit apporter son assistance à la signature de la convention.

En revanche, ce qui est surprenant, aucune assistance du curateur ou du tuteur, ni aucune représentation par le tuteur n'est prévue pour la déclaration conjointe au Greffe du Tribunal d'Instance.

L'enregistrement du PACS revêt donc un caractère strictement personnel.

Concernant la rupture du PACS, le majeur en curatelle peut seul rompre le PACS et remettre ou adresser la déclaration conjointe au Greffe du Tribunal d'Instance.

En cas de rupture unilatérale, le majeur en curatelle peut rompre seul le PACS, mais l'assistance du curateur pour signifier la rupture unilatérale à son partenaire et adresser ou remettre copie au Greffe est obligatoire.

En cas de tutelle, le majeur en tutelle peut rompre seul le PACS ; aucune assistance ni représentation ne sont requises pour l'accomplissement des formalités relatives à la rupture lorsque celle-ci est conjointe.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une rupture unilatérale, la signification de la décision de rompre le PACS est opérée à la diligence du tuteur.

De même, la décision de rupture de l'autre partenaire est signifiée au tuteur.

Enfin, le tuteur, autorisé par le Juge des tutelles ou le Conseil de famille, s'il est constitué, peut rompre lui-même le pacte après audition de l'intéressé et après recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

En ce qui concerne la liquidation du PACS, le majeur en curatelle doit être assisté pour les opérations de liquidation et d'évaluation des créances entre les partenaires.

Le majeur en tutelle est représenté par le tuteur pour ces mêmes opérations.

4°) La donation :

La personne en curatelle ne peut faire de donation qu'avec l'assistance de son curateur.

Le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsqu'il est bénéficiaire de la donation.

Il doit donc être désigné un curateur *ad hoc*.

La personne en tutelle peut, avec l'autorisation du Juge et du Conseil de famille, s'il a été constitué, être assisté ou au besoin représenté par le tuteur pour faire une donation.

5°) Le testament :

La personne en curatelle peut librement tester sous réserve des dispositions de l'article 901 du Code Civil, c'est-à-dire de la nullité pour insanité constatée dans les cinq ans du décès.

Concernant le majeur sous tutelle, si le testament a été établi avant l'ouverture de la mesure, il reste valable, sauf s'il est établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu.

Si le testament est établi après l'ouverture de la tutelle, la personne en tutelle ne peut, à peine de nullité, tester qu'avec l'autorisation du Juge ou du Conseil de famille, s'il est constitué.

Le majeur peut aussi révoquer seul un testament fait avant ou après l'ouverture de la mesure de protection.

C/ La gestion du patrimoine du majeur protégé

1°) La vente – l'apport en société :

Désormais, l'autorisation de vendre ou d'apporter en société un immeuble, un fonds de commerce ou des instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé n'est soumis qu'à la réalisation d'une mesure d'instruction exercée par un technicien, ou par le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés (article 505 al. 3 du Code Civil).

En cas d'urgence, le Juge peut déroger à l'accord préalable du Conseil de famille.

Il a la faculté, par décision spécialement motivée prise à la requête du tuteur, d'autoriser en lieu et place du Conseil de famille, la vente d'instruments financiers.

Toutefois, le tuteur doit en rendre compte sans délai au Conseil de famille, qui décide du emploi (article 505 al. 4 du Code Civil).

2°) Les baux :

Les baux consentis par le tuteur ne confèrent au preneur, à l'encontre de la personne protégée devenue capable, aucun droit au renouvellement et aucun droit de se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail, quand bien même il existerait des dispositions légales contraires.

Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux baux consentis avant l'ouverture de la tutelle et renouvelés par le tuteur (article 504 al. 3 du Code Civil).

C/ Les contrats de gestion de valeurs mobilières et d'instruments financiers :

Le Conseil de famille, ou à défaut, le Juge, peut autoriser le tuteur à conclure un contrat pour la gestion de valeurs mobilières et instruments financiers de la personne protégée.

Le tuteur choisit le tiers cocontractant en considération de son expérience professionnelle et de sa solvabilité.

Il peut à tout moment, et nonobstant toute stipulation contraire, résilier le contrat au nom du tuteur (article 500 al. 3 du Code Civil).

D/ Les successions dont bénéficie le majeur protégé :

Le tuteur ne peut en principe accepter une succession échue à son protégé qu'à concurrence de l'actif net (article 507-1 al 1^{er} du Code Civil).

Le tuteur peut être autorisé par le Conseil de famille, ou à défaut, par le Juge, à accepter purement et simplement une succession si l'actif dépasse manifestement le passif (article 507-1 al. 1^{er} Code Civil).

Le tuteur ne peut renoncer à une succession échue à la personne protégée sans l'autorisation du Conseil de famille, ou à défaut du Juge (article 507-1 al 2 du Code Civil).

En ce qui concerne le partage, le partage à l'égard d'une personne protégée ne peut être fait à l'amiable que sur autorisation du Conseil de famille ou du Juge, qui désigne s'il y a lieu un Notaire pour y procéder.

Le partage peut n'être que partiel (article 507 al. 1^{er} du Code Civil).

L'état liquidatif est soumis à l'approbation du Conseil de famille, ou à défaut, du Juge.

Cette formalité remplace l'homologation qui existait précédemment.

E/ L'assurance-vie :

Le nouvel article L.132-3-1 al. 1^{er} du Code des Assurances soumet à l'autorisation du Juge des tutelles, ou à celle du Conseil de famille s'il est constitué :

- la souscription, le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie,
- la désignation, la substitution du bénéficiaire.

Lorsque le bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie est le curateur ou le tuteur, il est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée, ce qui impose la désignation d'un curateur ou d'un tuteur *ad hoc*, en l'absence de curateur ou tuteur subrogé.

L'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance sur la vie, conclu moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la curatelle ou de la tutelle du stipulant, peut être annulée

sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés (article L.132-3-1 al. 3 du Code des Assurances).

F/ Compromis & transactions :

Le tuteur ne peut transiger ou compromettre au nom de la personne protégée qu'après avoir fait approuver par le Conseil de famille, ou à défaut, par le Juge, les clauses de la transaction ou du compromis, et le cas échéant la clause compromissoire (article 506 du Code Civil).

G/ Achat & prise à bail ou à ferme d'un bien de la personne protégée par son tuteur :

Le tuteur peut, sur autorisation du Conseil de famille, ou à défaut, du Juge, acheter les biens de la personne protégée ou les prendre à bail ou à ferme (article 508 du Code Civil).

Deux conditions doivent être réunies :

1°) Le tuteur ne doit pas être mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

2°) L'opération ne doit être décidée qu'à titre exceptionnel et dans l'intérêt de la personne protégée.

L'acte ne peut être conclu qu'avec un tuteur subrogé ou un tuteur *ad hoc*.

Me Elisabeth GRANIER-ZARRABI
Avocat au Barreau de Grasse

Le Mandat de protection future

L'article 477 du code civil définit ce mandat par son but : la représentation d'une personne qui ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts - en premier lieu ses intérêts patrimoniaux mais le mandat peut s'étendre à la protection de la personne (article 479).

Innovation issue de la loi du 5/03/2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

ENTREE EN VIGUEUR

Le 1^{er} janvier 2009

Innovation attendue depuis longtemps et surtout création d'un régime parallèle à celui de la tutelle et de la curatelle ouvert pour les mêmes raisons mais fonctionnant différemment sans l'intervention du juge des tutelles sauf cas précis et ponctuels et concernant d'abord les intérêts patrimoniaux.

Le mandat de protection future peut être confiée à une personne physique dès la publication de la loi toutefois le mandat ne pourra prendre effet qu'à compter du 1^{er} JANVIER 2009 et en application du principe de subsidiarité édicté par l'article 428 du code civil ce mandat s'impose au juge s'il assure une protection suffisante du majeur.

Ce dispositif permet à toute personne de désigner - pour le jour où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts un ou plusieurs mandataires chargé de la représenter : il s'agit du mandat de protection pour soi même- il peut être établi sous seing privé et la loi a créé également le mandat de protection future pour autrui qui doit permettre aux parents d'un enfant handicapé de désigner une ou plusieurs personnes de confiance pour assumer la protection de cet handicapé le jour où ils ne sont plus aptes à le faire eux mêmes. Il doit être établi devant notaire.

LES DISPOSITIONS COMMUNES AUX DEUX FORMES DE MANDAT: procuration générale? A/ Les acteurs

1/ Le mandant

- pour le mandat de protection future pour soi même article 477 al 1 et 2 du code civil
 - toute personne majeure ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle
 - toute personne en curatelle avec l'aide du curateur
- pour le mandat pour autrui article 477 al 3 du code civil
 - les parents ou le dernier vivant des père et mère ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou de curatelle exerçant l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assumant la charge MATERIELLE et AFFECTIVE de leur enfant majeur.

2/ le mandataire

Le mandant peut charger une ou plusieurs personnes par un même mandat (article 477 al 1 et 3 du code civil)

le mandataire est soit une personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L 471-2 du Code de l'action sociale et des familles (article 477 du code civil et 480 al 1)

et doit jouir de la capacité civile pendant toute l'exécution de son mandat (article 480 al 2 du code civil)

3/ le bénéficiaire du mandat

pour le mandat de protection pour soi même c'est le mandant qui ne peut plus pourvoir à ses intérêts (article 425 du code civil)

pour le mandat de protection future pour autrui c'est l'enfant qui ne peut plus pourvoir " seul " à ses intérêts pour les causes prévues à l'article 425 du code civil.

B//l'objet du mandat et sa mise en oeuvre

le mandat est destiné à la protection de la personne et de ses intérêts: il peut être limité expressément à l'une de ces deux buts seulement (article 425 al 2 du code civil)
Si le mandat est complet les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2 du code civil et toute stipulation contraire est réputée non écrite.

1/ouverture de la mesure

l' établissement d'un certificat médical :il faut un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionné à l'article 431 déclarant que le mandant se trouve dans une des situations visées à l'article 425 le mettant dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts.

Le mandataire produit alors au greffe du Tribunal d'Instance ce certificat médical et son mandat (article 481 al 1 et 2 du code civil) , le greffier vise le mandat , date sa prise d'effet et le restitue au mandataire (article 481 al 2 du code civil)

la mise en oeuvre

pour le mandat de protection pour soi même c'est l'article 481 al 1 du code civil qui s'applique : dès qu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts
pour le mandat pour autrui au jour où le mandant décède ou ne peut plus s'occuper de l'enfant selon l'article 477 al 3 du code civil

l'inventaire est le premier acte que doit accomplir le mandataire.

2/exécution du mandat

Le mandataire établit les comptes , gère le patrimoine - il peut se faire aider à titre spécial pour cette gestion ou y substituer un tiers (article 480 al 3 du code civil et il ne peut se faire décharger de sa mission que par le juge des tutelles , il est responsable dans les conditions prévues à l'article 1992 du code civil et il exerce son mandat à titre gratuit sauf stipulations contraires (article 419 du code civil)enfin le juge des tutelles peut décider d'ouvrir une mesure de protection complémentaire si nécessaire

sanctions :rescision ou annulation des actes du mandataire

tout acte passé par le mandataire peut être rescindé pour simple lésion ou réduit en cas d'excès alors même qu'il pourrait être annulé (article 414-1 du code civil) seule l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi seront pris en considération par les tribunaux: l'action n'appartient qu'à la personne protégée et après sa mort à ses héritiers et s'éteint par un délai de 5 ans prévu à l'article 1304 du code civil

2//la fin du mandat

soit par un certificat médical constatant le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé soit par le décès de la personne protégée ou sa mise sous tutelle soit par sa révocation décidée par le juge des tutelles.

Il existe deux formes de mandats : le mandat pour soi même et le mandat pour autrui

LE MANDAT NOTARIE

Il s'agit obligatoirement du mandat de protection future pour autrui (article 477 al 4 du code civil)
la forme : il s'agit d'un acte authentique reçu par un notaire choisi par le mandant.

L'acceptation du mandataire est également faite devant notaire et tant que le mandat n'a pas pris effet il peut être modifié ou révoqué dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa décision au mandant et au notaire (article 489)

Les pouvoirs du mandataire- par dérogation à l'article 1988 du code civil - sont très importants : toutefois il ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

Le mandataire doit rendre des comptes annuellement au notaire (exit le juge des tutelles) qui a établi le mandat.

LE MANDAT SOUS SEING PRIVE

ou plus simplement le mandat pour soi même

Il doit être daté et signé de la main du mandant et être contresigné par un avocat ou bien il faut utiliser le modèle défini par décret

Le mandataire accepte le mandat en le signant

Tant qu'il n'est pas entré en vigueur le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en le notifiant (article 492) au mandant.

Les pouvoirs du mandataire sont identiques en ce qui concerne la gestion du patrimoine aux actes qu'un tuteur peut accomplir sans autorisation et si nécessaire le mandataire s'adresse au juge des tutelles (article 493)

Les obligations comptables sont simples : le mandataire doit conserver l'inventaire des biens et ses actualisations , les 5 derniers comptes de gestion , les pièces justificatives et doit les présenter au juge des tutelles suivant l'article 494 du code civil.

Le respect de la dignité de la personne protégée ,le caractère confidentiel de la mesure, la simplification de la protection et l'allègement de la tâche de l'appareil judiciaire sont à l'origine de cette loi et on ne peut que s'en réjouir..

Le code civil prévoit deux régimes de protection en faveur des majeurs se trouvant en des conditions habituelles d'infirmité mentale ou autre cause, les rendant incapables de veiller à leurs propres intérêts : l'interdiction et l'incapacité.

L'art. 414 du code civil indique quelles sont les personnes qui peuvent être incapables c'est-à-dire : *« le majeur et le mineur émancipé lesquels se trouvent dans des conditions habituelles d'infirmité mentale les rendant incapables de veiller à leurs propres intérêts.... pour assurer leur protection adéquate »*.

Tandis que l'art. 415 du code civil définit quelles sont les personnes pouvant être incapables : *« le majeur en condition d'infirmité mentale et dont l'altération n'est pas assez grave pour donner lieu à une interdiction, peut être incapable. L'incapacité peut être prononcée en cas de prodigalité ou pour abus habituel d'alcool et de stupéfiants, si la personne intéressée s'expose, de ce fait, ou sa famille, à des graves préjudices économiques. Enfin, les personnes souffrant de cécité ou surdi-mutité, de naissance ou d'enfance, peuvent être incapables si une éducation appropriée n'a pas été donnée pour compenser ces limitations d'ordre physique, sauf l'application de l'art. 414 en cas d'incapacité totale de pourvoir à leurs propres intérêts. »*

La Cour de Cassation s'est maintes fois prononcée sur la notion d'« infirmité mentale » au fin de la déclaration d'interdiction et d'incapacité, mettant en évidence que la condition nécessaire pour déclarer l'incapacité et l'interdiction d'un infirme mental ne consiste pas dans l'existence d'une forme pathologique cliniquement définie mais dans la simple présence d'une altération des facultés mentales pouvant engendrer une incapacité partielle ou totale à veiller à ses propres intérêts.

Concrètement, la constatation de l'existence et de la mesure de cette altération est réservée au juge saisi de la procédure.

La requête pour interdiction ou incapacité est proposée au moyen d'un recours direct auprès du tribunal du lieu où la personne concernée a sa résidence ou son domicile effectif (cf. art. 712 du code de procédure civile).

Le recours peut être présenté par le conjoint, les parents jusqu'au quatrième degré, les alliés jusqu'au second degré, le tuteur, le curateur, le Ministère public (cf. art. 417 du code civil).

Le Tribunal ne peut prononcer l'interdiction ou l'interdiction sans avoir effectué un examen personnel de la personne concernée par l'interdiction ou l'interdiction (cf. art. 419 du code civil).

Le recours devra contenir l'exposé des faits sur lesquels la requête est fondée et il devra indiquer prénom, nom et résidence du conjoint, des parents jusqu'au quatrième degré, des alliés jusqu'au deuxième degré.

La nomination par voie définitive du tuteur sera effectuée par le Juge des Tutelles seulement après le prononcé du jugement qui conclut la procédure.

La personne interdite perd complètement toute capacité d'agir, avec la conséquence que tout acte accompli par elle, tant d'administration ordinaire que extraordinaire, est considéré nul. Elle est substituée par un tuteur - à l'exception des actes de caractère strictement personnel- lequel agit sous le contrôle du Juge des Tutelles auquel il devra régulièrement rendre compte de sa propre activité et auquel il devra s'adresser pour être autorisé à exécuter, au nom et pour le compte de l'infirmes, tout acte hors de l'administration ordinaire. En 2004 est entrée en vigueur la réglementation qui a introduit l'institut de l'administration de soutien. Cet institut a pour finalité celle de protéger, avec la moindre limitation possible de la capacité d'agir, les personnes ne pouvant, en tout ou en partie, accomplir les fonctions de la vie quotidienne, moyennant des interventions de soutien temporaire ou permanent et qui va s'ajouter aux instituts de l'interdiction et de l'interdiction.

Il est alors possible de nommer un administrateur de soutien dans tous les cas **de figure** non seulement d'infirmité mais aussi de manque physique ou psychique, soit pour toute altération de l'état de santé de la personne, abstraction faite d'une pathologie bien définie, pourvu qu'elle puisse déterminer l'impossibilité, même partielle ou temporaire, à l'administration de ses propres intérêts de nature patrimoniale ou personnelle.

L'impossibilité de pourvoir à ses propres intérêts, laquelle constitue la condition de la nomination de l'administrateur de soutien, peut être, tel qu'il est décrit auparavant, même partielle : en d'autres mots, un administrateur de soutien peut être nommé lorsque l'intéressé ne possède pas les facultés d'accomplir des actes d'une certaine difficulté ou bien lorsque la réduction de ses facultés présente une évolution périodique ou intermittente : comme par exemple dans le cas de l'épilepsie.

L'administration de soutien peut ainsi concerner les personnes âgées, handicapées, alcoolisés, toxicomanes, détenus, malades terminaux, non voyants et tant d'autres personnes pour lesquelles il n'est pas opportun de procéder à une requête d'interdiction ou d'inhabilitation.

Ces catégories de personnes pourront ainsi obtenir (même en considération de la propre incapacité future) que le Juge des Tutelles nomme un administrateur ayant soin d'elles et de leur patrimoine.

L'intéressé peut présenter directement la requête – même si mineur, interdit ou inhabilité – par acte public ou écriture privée authentifiée, au Juge des Tutelles de sa propre zone de résidence ou domicile.

La légitimation à la proposition du Recours revient aussi à l'une des personnes indiquées dans l'art. 417 du code civil : conjoint, personne vivant sous le même toit en permanence, parents jusqu'au quatrième degré, alliés jusqu'au deuxième degré, tuteur, curateur, ministère public.

Pour ce qui est de la « *personne vivant sous le même toit en permanence* », il s'agit évidemment du conjoint *more uxorio* – mais on discute en doctrine s'il doit s'agir nécessairement et uniquement de cela à cause du caractère général de l'expression – étant bien entendu que le simple cohabitant, comme tout autre sujet non légitimé, peut signaler au ministère public – pour qu'il promeuve les procédures relatives – les cas qui semblent nécessiter des mesures de protection.

Les responsables des services sanitaires et sociaux directement engagés dans le soin et l'assistance de la personne, venant à connaissance de faits pouvant rendre opportune l'ouverture d'une procédure d'administration de soutien, sont

tenus à proposer le Recours ou en informer néanmoins le ministère public (cf. art. 406, alinéa 3, code civil).

Pour ce qui concerne la procédure je précise que le recours doit indiquer, outre les généralités du bénéficiaire et de sa demeure habituelle, les raisons pour lesquelles est demandée la nomination de l'administrateur de soutien et encore le nom et le domicile, si connus par le requérant, du conjoint, des descendants, ascendants, frères et personnes vivant sous le même toit du bénéficiaire (cf. art. 407, alinéa 1^{er}, code civil).

Le Juge des Tutelles doit écouter personnellement la personne intéressée dans la procédure – où doit intervenir obligatoirement le ministère public (art. 407, alinéa 5, code civil) – en se rendant si nécessaire au lieu où l'intéressé se trouve et doit tenir compte, en accord avec les intérêts et les exigences de protection de l'intéressé, des besoins et des requêtes de ce dernier.

Après avoir obtenu les informations nécessaires et ordonner même d'office les vérifications médicales et tous les autres moyens d'instruction utiles au fin de la décision et après avoir entendu les individus légitimés à la proposition du recours, le Juge des Tutelles – en cas de non comparution de ces derniers – se charge néanmoins, dans les soixante jours à compter de la date de présentation de la requête, de nommer l'administrateur par décret motivé immédiatement exécutif, décret qui peut toujours être intégré ou modifié par ce même Juge (cf. art. 407, code civil).

Le Juge des Tutelles peut prendre, même d'office, des mesures provisoires et urgentes pour la protection de l'intéressé et pour la conservation et l'administration de son patrimoine et peut procéder à la nomination d'un administrateur de soutien provisoire, en indiquant dans le décret relatif, les actes qu'il est autorisé à accomplir (cf. art. 405, alinéa 4, code civil).

Le décret de nomination de l'administrateur de soutien doit contenir l'indication des généralités du bénéficiaire et de l'administrateur et la durée de la charge (cf. art. 405, alinéa 5, code civil).

Cette même charge est ajournable par un décret motivé du Juge des Tutelles, même d'office, avant l'échéance du délai (cf. art. 405, alinéa 6, code civil).

Par ailleurs, elle peut être conférée également pour un temps indéterminé, hormis la faculté de l'administrateur d'interrompre la charge après dix ans, à l'exception du cas où cette charge est revêtue par le conjoint, par la personne vivant sous le même toit en permanence, par les ascendants ou les descendants du bénéficiaire.

Il en ressort de ce fait la différence existant entre l'institut de l'administrateur de soutien et l'interdiction et inhabilitation : il est en effet adaptable aux exigences personnelles du bénéficiaire dont la capacité d'agir est limitée seulement aux termes du Décret, devant la situation d'incapacité générale établie par les autres instituts.

L'interdiction peut être évitée, dans tous les cas de figure où l'intéressé voit sa propre protection assurée, de façon satisfaisante, à travers le recours à une mesure différente.

En effet, l'un des principes auquel s'inspire la nouvelle loi est celui selon lequel le bénéficiaire conserve la capacité d'agir pour tous les actes qui ne requièrent pas la représentation exclusive ou l'assistance nécessaire de l'administrateur et, par conséquent, même pour les actes de caractère strictement personnel (capacité de contracter mariage, de faire testament, de faire une donation, de reconnaître un enfant naturel) : des actes qui, s'ils sont accomplis en état d'incapacité d'entendre et de vouloir, seront assujettis aux solutions juridiques prévues par voie générale.

Enfin, la limitation de la capacité d'agir du bénéficiaire en présence de la nomination de l'administrateur de soutien, peut aussi ne pas subsister puisqu'une légitimation concurrente des deux individus, tel qu'il est confirmé par quelques Décrets du Juge des Tutelles de Parme remontant à l'année 2004, est possible pour l'accomplissement de certains actes : une situation qui pourrait concerner les cas de figure de manque physique.

En considérant les observations ci-dessus, la nomination de l'administrateur de soutien n'influence pas en soi le *status* du bénéficiaire, à la différence de ce qui se produit dans le cas du prononcé d'interdiction ou d'inhabilitation qui

détermine une incapacité générale d'agir de l'individu qui en est destinataire : incapacité qui peut être totale (interdiction) ou partielle (inhabilitation).

La déclaration de la capacité générale d'agir à l'égard du bénéficiaire de l'administration est ultérieurement confirmée dans l'art. 409 - alinéa 2 du code civil, lequel établit qu'il peut en tous les cas accomplir les actes nécessaires à satisfaire les exigences de sa propre vie quotidienne.

En outre, la doctrine souligne la difficulté de fournir une notion objective et précise de « acte nécessaire pour la vie quotidienne » en tenant compte de quelques variables, telles que l'âge ou la condition économique de l'individu, qui la rendent de ce fait indéterminée.

En définitive, on peut dire que si l'on reconnaît au tuteur la représentation exclusive de l'intéressé et le pouvoir d'en administrer les biens et le curateur possède seulement la charge d'assister l'individu dans l'accomplissement des actes hors de l'administration ordinaire, en exprimant son propre accord mais sans jamais pouvoir se substituer à lui, l'administrateur a le pouvoir d'accomplir, en représentation exclusive ou en assistance, seulement les actes indiqués par le Juge des Tutelles dans le décret de nomination (individuellement ou par types), le bénéficiaire conservant la capacité d'agir en relation à tous les actes non expressément indiqués.

Le respect de la volonté et de la dignité de la personne du bénéficiaire connote également l'exécution des tâches de l'administrateur lequel, dans l'exercice de sa charge, doit tenir compte des besoins et des aspirations de l'intéressé, en l'informant en temps utile sur les actes à accomplir et en communiquant son éventuel dissentiment au Juge des Tutelles (cf. art. 410 du code civil).

Cependant, la loi ne prévoit pas une sanction à la charge de l'administrateur qui ne remplit pas l'obligation d'information, même si la réitération de cette violation et les éventuels effets préjudiciables qui en dérivent peuvent configurer une conduite négligente.

En cas de choix ou actes nuisibles c'est-à-dire de négligence dans la poursuite de l'intérêt ou dans la satisfaction des besoins ou des requêtes du bénéficiaire, ce dernier ou le ministère public ou bien les autres personnes légitimées à la

nomination de l'administrateur de soutien, peuvent recourir au Juge des Tutelles lequel, au moyen d'un Décret motivé, prend les mesures opportunes.

A ces dispositions qui concernent quelques hypothèses de violation des devoirs de la part de l'administrateur s'en ajoutent d'autres qui prévoient que les actes accomplis par l'administrateur lui-même, en violation des dispositions de loi ou excessifs par rapport à l'objet de la charge ou aux pouvoirs qui lui sont conférés par le juge, puissent être annulés sur instance de ce même administrateur ou du ministère public ou de ses héritiers ou les ayant cause tels que peuvent être pareillement annulés, sur instance de ces mêmes personnes (à l'exclusion du ministère public) les actes accomplis personnellement par le bénéficiaire en violation des dispositions de loi ou de celles contenues dans le Décret institué par l'administrateur de soutien (cf. art. 412 du code civil).

Les actions relatives tombent en prescription après un délai de cinq ans à partir du moment où cesse l'état de soumission à l'administrateur.

Le code civil contemple aussi la possibilité de révocation de l'administrateur de soutien.

Lorsque le bénéficiaire, l'administrateur, le ministère public ou certaines des autres personnes légitimées à la proposition du recours pour l'institution de l'administration considèrent qu'il ne subsiste plus les conditions pour la cessation de cette même administration, ils adressent une instance motivée au juge des tutelles lequel, après l'acquisition des informations nécessaires et la disposition des moyens d'instruction opportuns, agit en conséquence au moyen d'un Décret motivé (cf. art. 413 du code civil).

Il existe un autre cas de figure de révocation : le juge des tutelles dispose aussi d'office à la déclaration de cessation de l'administration de soutien lorsque celle-ci s'est révélée non adaptée à réaliser la complète assistance du bénéficiaire : dans cette hypothèse, on considère qu'il est nécessaire de promouvoir un jugement d'interdiction ou d'incapacité, le juge en informe le ministère public pour qu'il s'en charge (cf. art. 413, alinéa 4 du code civil).

Le système des recours des dispositions en matière d'administration de soutien est réglementé par le code de procédure civile (art. 720 bis c.p.c. et succ.).

Une plainte à l'encontre des Décrets du juge des tutelles est admise et peut être déposée auprès de la Cour d'Appel dans un délai péremptoire de dix jours à compter de la notification du décret à tous les participants au jugement (cf. art. 719 du c.p.c.) et un Recours en Cassation contre les décrets de la Cour d'Appel.

La plainte et le Recours en Cassation peuvent être proposés par les mêmes personnes qui auraient eu droit à proposer la requête même si elles n'ont pas participé au jugement.

Pour ce qui est des délais du recours en cassation, sans prévision expresse, on devra se baser sur les prévisions générales : le délai est de ce fait de soixante jours, en cas de notification d'instance de l'une des parties et, dans le cas contraire, d'un an à compter du dépôt de la disposition.

La proposition de la plainte ne suspend pas l'efficacité du décret qui est immédiatement exécutif.

Il c.c. prevede due forme di tutela in favore di chi sia incapace, per infermità di mente o altra causa, di provvedere ai propri interessi: esse sono l'interdizione e l'inabilitazione.

L'art. 414 c.c. elenca quali sono le persone che possono essere interdette, ossia: *“il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizione di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi... per assicurare la loro adeguata protezione”*.

Mentre l'art. 415 c.c. disciplina quali sono le persone che possono essere inabilite: *“il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, può essere inabilitato. Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inabilitati il sordomuto e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'art. 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi”*.

La Corte di Cassazione si è ripetutamente pronunciata sulla nozione di *“infermità di mente”* ai fini della dichiarazione di interdizione e di inabilitazione, evidenziando che presupposto necessario per l'inabilitazione e l'interdizione di un infermo di mente non è l'esistenza di una forma patologica clinicamente definita, bensì la semplice presenza di un'alterazione delle facoltà mentali tale da dar luogo a un'incapacità parziale o totale di provvedere ai propri interessi.

L'accertamento in concreto dell'esistenza e della misura della suddetta alterazione è riservato al giudice del merito.

La domanda per interdizione o inabilitazione si propone con ricorso diretto al

tribunale del luogo dove la persona nei confronti della quale è proposta ha residenza o domicilio (cfr. art. 712 c.p.c.).

Il ricorso può essere presentato dal coniuge, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore, dal curatore, dal Pubblico Ministero (cfr. art. 417 c.c.).

Il Tribunale non può pronunciarsi l'interdizione o l'inabilitazione senza aver proceduto all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando (cfr. art. 419 c.c.).

Nel ricorso devono essere esposti i fatti sui quali la domanda è fondata e devono essere indicati il nome e il cognome e la residenza del coniuge, dei parenti entro il quarto grado, degli affini entro il secondo.

La nomina in via definitiva del tutore verrà effettuata, solo dopo la pronuncia della sentenza che conclude il procedimento, dal Giudice Tutelare.

L'interdetto perde completamente ogni capacità d'agire, con la conseguenza che ogni atto da lui compiuto, tanto di ordinaria che di straordinaria amministrazione, è considerato nullo.

Allo stesso si sostituisce un tutore, tranne che per gli atti personalissimi, il quale agisce sotto il controllo del Giudice Tutelare al quale dovrà periodicamente riferire della propria attività e al quale dovrà rivolgersi per essere autorizzato a svolgere in nome e per conto dell'interdetto ogni atto eccedente l'ordinaria amministrazione.

Nel 2004 è entrata in vigore la normativa che ha introdotto l'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Tale istituto ha come finalità quella di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte della capacità di compiere le funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente e va ad aggiungersi agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione.

Vi è ora dunque la possibilità di nominare un amministratore di sostegno in tutte le ipotesi non solo di infermità, ma anche di menomazione fisica o psichica, ovvero per ogni alterazione dello stato di salute della persona, a prescindere da una ben definita patologia, purché tale da determinare l'impossibilità, anche parziale o temporanea, alla cura dei propri interessi di natura patrimoniale o personale.

L'impossibilità di provvedere ai propri interessi, che costituisce il presupposto della nomina dell'amministratore di sostegno può essere, come sopra evidenziato, anche parziale: in altre parole può essere nominato un amministratore di sostegno quando l'interessato sia impossibilitato a compiere atti di una certa difficoltà oppure quando la menomazione dello stesso presenti un andamento periodico o intermittente: come ad esempio nel caso dell'epilessia.

L'amministrazione di sostegno può così riguardare anziani, disabili, alcolisti, tossicodipendenti, carcerati, malati terminali, non vedenti e tanti altri soggetti per i quali non sia opportuno procedere ad una richiesta di interdizione o di inabilitazione.

Queste categorie di persone potranno pertanto ottenere (anche in considerazione della propria futura incapacità) che il Giudice Tutelare nomini un amministratore, che abbia cura di loro e del loro patrimonio.

La persona interessata può presentare direttamente - anche se minore, interdetto o inabilitato - mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, la richiesta al Giudice Tutelare della propria zona di residenza o anche domicilio.

La legittimazione alla proposizione del Ricorso spetta anche ad uno dei soggetti indicati all'art. 417 c.c.: coniuge, persona stabilmente convivente,

parenti entro il quarto grado, affini entro il secondo grado, tutore, curatore, pubblico ministero.

Per quanto concerne la “*persona stabilmente convivente*”, si tratta evidentemente del convivente *more uxorio* - ma si discute in dottrina se debba trattarsi necessariamente solo di questo a causa della genericità dell’espressione - fermo restando che il mero coabitante, come ogni altro non legittimato, può segnalare al pubblico ministero - affinché promuova i relativi procedimenti - i casi che paiano necessitare delle misure di protezione.

I responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza alla persona, che vengano a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l’apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre il Ricorso o a fornire comunque notizia al pubblico ministero (cfr. art. 406, comma 3, c.c.).

Per quanto concerne il procedimento preciso che il ricorso deve indicare, oltre alle generalità del beneficiario e alla sua dimora abituale, le ragioni per le quali si richiede la nomina dell’amministratore di sostegno e ancora il nominativo e il domicilio, se conosciuti dal ricorrente, del coniuge, dei discendenti, ascendenti, fratelli e conviventi del beneficiario (cfr. art. 407, comma 1, c.c.).

Il Giudice Tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento - nel quale necessariamente deve intervenire il pubblico ministero (art. 407, comma 5, c.c.) - si riferisce, recandosi ove occorra nel luogo in cui questa si trova e deve tenere conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste della stessa.

Il Giudice Tutelare dopo avere assunto le necessarie informazioni e disposti anche d’ufficio gli accertamenti medici e tutti gli altri mezzi istruttori utili ai fini della decisione e dopo aver sentito i soggetti legittimati alla proposizione

del Ricorso - in caso di mancata comparizione di questi ultimi provvede comunque - entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta, provvede alla nomina dell'amministratore con decreto motivato immediatamente esecutivo, che può sempre essere dallo stesso Giudice integrato o modificato (cfr. art. 407 c.c.).

Il Giudice Tutelare può adottare, anche d'ufficio, i provvedimenti provvisori e urgenti per la cura dell'interessato e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio e può procedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio, indicando nel relativo decreto gli atti che questi è autorizzato a compiere (cfr. art. 405, comma 4, c.c.).

Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione delle generalità del beneficiario e dell'amministratore e della durata dell'incarico (cfr. art. 405, comma, 5 c.c.).

Questo è prorogabile con decreto motivato del Giudice Tutelare, anche d'ufficio prima della scadenza del termine (cfr. art. 405, comma 6, c.c.).

Esso può peraltro essere conferito anche a tempo indeterminato, salva la facoltà dell'amministratore di cessare l'incarico dopo 10 anni, ad eccezione dell'ipotesi in cui esso sia rivestito dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dagli ascendenti o dai discendenti del beneficiario.

Emerge anche da quanto sopra la differenza tra l'istituto dell'amministratore di sostegno e quelli dell'interdizione e dell'inabilitazione: esso è infatti adattabile alle esigenze personali del beneficiario, la cui capacità di agire è limitata solo con riferimento a quanto previsto nel Decreto, a fronte della situazione di generale incapacità determinata dagli altri istituti.

L'interdizione può essere evitata in tutte le ipotesi in cui il soggetto veda assicurata la propria protezione, in modo soddisfacente, attraverso il ricorso ad una diversa misura.

Uno dei principi cui si ispira infatti la nuova legge è quello secondo il quale il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore e, quindi, anche per gli atti personalissimi (capacità di contrarre matrimonio, di fare testamento, di donare, di riconoscere un figlio naturale): atti che ove risultino compiuti in stato di incapacità di intendere o di volere, saranno assoggettati ai rimedi giuridici previsti in via generale.

Infine, la limitazione della capacità di agire del beneficiario in presenza della nomina dell'amministratore di sostegno può anche non sussistere essendo possibile, come confermato da alcuni Decreti del Giudice Tutelare di Parma del 2004, una legittimazione concorrente dei due soggetti per il compimento di alcuni atti: una situazione che potrebbe riguardare le ipotesi di menomazioni solo fisiche.

Per quanto fin qui osservato, la nomina dell'amministratore di sostegno non incide di per sé sullo *status* del beneficiario, a differenza di quanto si verifica nel caso della pronuncia di interdizione o di inabilitazione, che determina un'incapacità generale di agire del soggetto che ne è destinatario: incapacità che può essere totale (interdizione) o parziale (inabilitazione).

L'affermazione della generale capacità di agire in capo al beneficiario dell'amministrazione trova ulteriore conferma nell'art. 409, comma 2, c.c., il quale stabilisce che egli può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana.

È stata peraltro segnalata in dottrina la difficoltà di fornire una nozione oggettiva e precisa di "*atto necessario per la vita quotidiana*", tenuto conto di alcune variabili, quali l'età o la condizione economica del soggetto, che la rendono pertanto indeterminata.

In definitiva può dirsi che mentre al tutore è riconosciuta la rappresentanza esclusiva del tutelato e il potere di amministrarne i beni e il curatore ha il solo compito di assistere il soggetto nel compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, esprimendo il proprio assenso, ma senza mai poterlo sostituire, l'amministratore ha il potere di compiere, in rappresentanza esclusiva o in assistenza, solo quegli atti che siano indicati dal Giudice Tutelare nel decreto di nomina (singolarmente o per tipi), conservando il beneficiario la capacità di agire in relazione a tutti gli atti non espressamente indicati.

Il rispetto della volontà e della dignità della persona del beneficiario connota anche lo svolgimento dei compiti dell'amministratore che nell'esercizio del suo incarico deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del soggetto, informandolo tempestivamente degli atti da compiere e comunicando l'eventuale dissenso di lui al giudice tutelare (cfr. art. 410 c.c.).

Tuttavia la legge non prevede una sanzione a carico dell'amministratore che non adempia l'obbligo di informazione, anche se la reiterazione di tale violazione e gli eventuali effetti pregiudizievoli che essa determini, possono configurare una condotta negligente.

In caso di scelte o atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, costui o il pubblico ministero o gli altri soggetti legittimati alla nomina dell'amministratore di sostegno, possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con Decreto motivato gli opportuni provvedimenti.

A queste disposizioni che concernono alcune ipotesi di violazione dei doveri da parte dell'amministratore se ne aggiungono altre che prevedono che gli atti compiuti dall'amministratore stesso in violazione di disposizioni di legge o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal

giudice, possano essere annullati su istanza dello stesso amministratore o del pubblico ministero o dei suoi eredi o aventi causa così come possono essere annullati, su istanza degli stessi soggetti (ad esclusione del pubblico ministero) gli atti compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel Decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno (cfr. art. 412 c.c.).

Le azioni relative si prescrivono nel termine di cinque anni, che decorre dal momento in cui è cessato lo stato di sottoposizione all'amministrazione.

Il codice civile contempla anche la possibilità di revoca dell'amministratore di sostegno.

Quando il beneficiario, l'amministratore, il pubblico ministero o taluno degli altri soggetti legittimati alla proposizione del ricorso per l'istituzione dell'amministrazione, ritengano che siano venuti a mancare i presupposti per la cessazione della stessa, rivolgono istanza motivata al giudice tutelare, il quale provvede con Decreto motivato, acquisite le necessarie informazioni e disposti gli opportuni mezzi istruttori (cfr. art. 413 c.c.).

Vi è un'ulteriore ipotesi di revoca: il giudice tutelare provvede anche d'ufficio alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno quando questa si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario: in tale ipotesi se ritenga che si debba promuovere un giudizio di interdizione o di inabilitazione, il giudice ne informa il pubblico ministero, affinché vi provveda (cfr. art. 413, comma 4, c.c.).

Il sistema delle impugnazioni dei provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno è regolato dal c.p.c. (artt. 720 *bis* c.p.c. ss.).

Contro i Decreti del giudice tutelare è ammesso reclamo alla Corte d'Appello, nel termine perentorio di dieci giorni che decorre dalla notifica del

decreto a tutti i partecipanti al giudizio (cfr. art. 719 c.p.c.) e contro i decreti della Corte d'Appello, il Ricorso per Cassazione.

Il reclamo e il Ricorso per Cassazione possono essere proposti dagli stessi soggetti che avrebbero avuto diritto a proporre la domanda, anche se non hanno partecipato al giudizio.

Per quanto riguarda i termini del ricorso di cassazione, in mancanza di espressa previsione, deve farsi riferimento alle previsioni generali: il termine è pertanto di sessanta giorni, in caso di notifica ad istanza di parte e, in caso contrario, di un anno dal deposito del provvedimento.

La proposizione del reclamo non sospende l'efficacia del decreto, che è immediatamente esecutivo.

**Réforme des Tutelles : du majeur incapable à la personne
protégée – une approche comparative des systèmes de
protection des majeurs en droit international**

Convention Nationale des Avocats – Lille – 17 octobre 2008

Contribution pour la Suisse

par

Jean-Louis Collart

MENTHA & ASSOCIES

4, rue de l'Athénée

Case postale 330

CH-1211 Genève 12

Tél. +41 (0) 22 311 22 23

Fax + 41 (0) 22 781 12 12

E-mail jl.collart@mentha.ch

et

Tamara Morgado

Avocate

13, rue Céard

CH-1204 Genève

Tél: + 41 22 319 06 02

Fax: + 41 22 319 06 07

E-mail tamara@etudemorgado.com

La législation actuellement en vigueur en Suisse date de 1912.

Ces dernières années, les réformes des régimes de protection des adultes se sont multipliées dans les pays avoisinant. La tendance générale de ces réformes est, d'une part, de remplacer les mesures « classiques » par des mesures personnalisées, c'est-à-dire sur mesure, afin de mieux prendre en considération les besoins individuels de la personne à protéger et, d'autre part, de donner la possibilité aux personnes d'organiser de manière anticipée leur protection pour le cas où elles deviendraient incapables.

Un projet de loi est en passe d'être adopté par le parlement suisse. Ce projet s'inscrit dans la ligne des réformes législatives intervenues dans plusieurs pays européens.

I. Le droit actuel (articles 360ss Code Civil Suisse (CC))

1) Mesures prévues par le droit actuel :

Le droit actuel de la tutelle prévoit des mesures juridiques en faveur des personnes qui ne sont pas en mesure de sauvegarder elles-mêmes leurs intérêts.

- la tutelle proprement dite (368 à 372)

La tutelle est la mesure la plus rigoureuse et la plus globale. La personne perd sa capacité civile et le tuteur endosse la fonction de représentant légal. La personne interdite ne peut plus exercer ses droits civils. Elle a besoin de l'approbation du représentant légal pour pouvoir s'engager sur le plan juridique, conservant toutefois la capacité de décider seule dans le cadre de l'exercice de droits strictement personnels dans la mesure où elle est capable de discernement.

Les cas d'interdiction sont énumérés de façon exhaustive par la loi.

Il faut être atteint soit de maladie mentale soit de faiblesse d'esprit et être incapable de gérer ses affaires, avoir besoin de soins et de secours permanents ou être une menace pour la sécurité d'autrui.

Quatre autres causes alternatives d'interdiction sont prévues par la loi : la prodigalité, l'ivrognerie, l'inconduite et la mauvaise gestion. Il faut en outre être dans un rapport de causalité avec l'un au moins des effets alternatifs suivants : le risque de tomber dans le besoin, le besoin de soins et de secours permanents et la menace pour la sécurité d'autrui.

Les personnes contraintes de subir une peine privative de liberté d'une année ou plus peuvent également être interdites.

Enfin, il est possible de solliciter une interdiction volontaire.

Une interdiction volontaire suppose l'existence de l'une des trois causes suivantes : la faiblesse sénile (réduction des facultés corporelles ou mentales, étant précisé que cette réduction doit néanmoins laisser à la personne en cause une capacité de discernement

suffisante pour faire la requête d'interdiction), l'infirmité (corporelle, psychique ou caractérielle) ou l'inexpérience (la notion d'inexpérience doit être interprétée de façon restrictive ; il doit d'agir d'une inexpérience caractérisée, de l'ignorance totale de la gestion des affaires en relation avec le caractère (dépression, par exemple)).

L'état déficient d'une personne ne peut aboutir à une interdiction volontaire que s'il a pour conséquence d'empêcher cette personne de gérer convenablement ses affaires. La requête d'interdiction volontaire peut prendre la forme d'un consentement à une proposition d'interdiction faite. Elle doit être claire et non équivoque et doit procéder d'une décision prise librement, avec la capacité de discernement suffisante.

- le conseil légal (395)

S'il n'existe pas de cause suffisante pour interdire des personnes majeures et si néanmoins une privation partielle de l'exercice des droits civils est commandée par leur intérêt, elles sont pourvues d'un conseil légal dont le concours est nécessaire pour les affaires énoncés par la loi tel que pour plaider, acheter ou vendre des immeubles etc....

- la curatelle (392-394)

La curatelle a été prévue par le législateur pour répondre à des besoins bien déterminés et pour remédier à des situations exceptionnelles généralement limités dans le temps.

Contrairement à l'interdiction ou à la mise sous conseil légal, la curatelle n'entraîne aucune limitation de l'exercice des droits civils.

La loi a prévu la curatelle de représentation et la curatelle de gestions des biens.

Ainsi, le curateur est habilité à agir à la place de la personne concernée et de la représenter légalement à l'occasion d'un acte particulier. Le curateur peut également assumer la gestion des biens de la personne.

- la privation de liberté à des fins d'assistance (397a – 397f)

Une personne majeure ou interdite peut être placée ou retenue dans un établissement approprié lorsque, en raison de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'alcoolisme, de toxicomanie ou de grave état d'abandon, l'assistance personnelle nécessaire ne peut lui être fournie d'une autre manière.

2) L'initiative de la mise sous protection

La demande d'interdiction est formée par une requête qui contient l'exposé des faits et des moyens de droit ainsi que les conclusions. Elle indique s'il y a lieu, les noms des témoins à entendre et les pièces justificatives sont jointes.

Peuvent requérir l'interdiction, soit la personne à interdire, soit son conjoint ou l'un de ses parents jusqu'au quatrième degré inclusivement, soit encore, à Genève, le Procureur général.

Dans les cas de demande d'interdiction volontaire, le Tribunal tutélaire, après avoir entendu la personne à interdire, prononce l'interdiction sans autre probatoire s'il a constaté l'existence des faits qui la motivent.

Dans les autres cas, le Tribunal tutélaire établit d'office les faits. Il procède à toutes les mesures probatoires nécessaires à fonder sa conviction, en conformité des règles générales de la procédure. En principe, le Tribunal tutélaire demandera un rapport médical qui devra déterminer :

- si la personne peut être entendue par le Tribunal, soit en s'y déplaçant soit dans le cadre d'un transport sur place du Tribunal ;
- si la personne peut elle-même désigner un curateur ;
- si la personne peut contrôler l'activité du curateur.

Quant au choix du tuteur, la loi prévoit un droit de préférence savoir que l'autorité doit nommer tuteur, de préférence, l'un des proches parents ou alliés ou le conjoint du pupille. Ce privilège, conféré par l'article 380 CC, prévoit que si l'une des personnes susmentionnées est apte à remplir les fonctions de tuteur, l'autorité ne peut désigner un tiers que s'il existe de justes motifs.

Il existe également un droit de proposition prévu par l'article 381 CC qui veut que l'autorité tutélaire nomme la personne désignée par le père ou la mère ou par l'incapable. Cette proposition ne lie pas l'autorité tutélaire mais celle-ci ne peut s'en écarter que s'il existe de justes motifs. Le droit de proposition de l'article 381 CC l'emporte en général sur le droit de préférence de l'article 380 CC. Le bien du pupille requiert en principe que l'autorité nomme tuteur la personne souhaitée par l'incapable ou par ses parents, même s'il ne s'agit pas d'un proche au sens de l'article 380 CC.

II. Un besoin de réforme

- Encouragement de la personne à disposer d'elle-même

Actuellement, grâce au progrès de la médecine, des personnes souffrant de graves maladies voient leur vie prolongée; elles peuvent toutefois être frappées d'une incapacité de discernement d'une durée plus ou moins longue. Par ailleurs, le risque d'être atteint par la maladie d'Alzheimer ou par une démence sénile augmente avec l'âge. C'est pourquoi toute personne devrait, en prévision d'un tel cas, désigner une personne chargée de sauvegarder ses intérêts et, en particulier, une personne qui pourra, en son nom, consentir à un traitement médical ou le refuser. Elle éviterait ainsi de devoir dépendre, un jour, des autorités.

Certains cantons ont réglés dans leur loi sur la santé publique la question des directives anticipées du patient. Mais les procurations données dans des domaines autres que le strict domaine médical soulèvent d'importants problèmes juridiques. Afin de remédier à cette

situation insatisfaisante et d'instaurer une réglementation transparente applicable dans toute la Suisse, le projet de réforme prévoit deux nouvelles institutions juridiques, à savoir le mandat pour cause d'inaptitude et les directives anticipées du patient.

- Renforcement de la solidarité familiale et réduction de l'intervention de l'Etat

Le droit actuel de la tutelle ne connaît pas de mesures spécifiques pour les personnes qui deviennent incapables de discernement et perdent ainsi, de par la loi, l'exercice des droits civils. Il est dès lors impossible que la personne donne un consentement valable à des mesures d'assistance et son patrimoine n'est pas géré si aucune mesure n'a été prise avant que ne survienne l'incapacité de discernement. Ainsi, selon le droit actuel, l'autorité tutélaire doit nommer un tuteur ou un curateur.

Il est prévu dans le projet de réforme que lorsqu'une personne frappée d'une incapacité de discernement n'a pas constitué de mandat pour cause d'inaptitude et que sa représentation n'est pas assurée par une curatelle, son conjoint ou son partenaire enregistré dispose du pouvoir légal de représentation s'il fait ménage commun avec elle ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière.

Le pouvoir de représentation porte sur tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne incapable de discernement, sur l'administration ordinaire de ses revenus et de ses autres biens et si nécessaire, sur le droit de prendre connaissance de sa correspondance et la liquider.

S'agissant des mesures médicales, quelques cantons ont comblé en partie les lacunes existantes en prévoyant dans leur loi sur la santé publique qu'un proche ou un membre de la famille peut consentir à un traitement médical au nom d'une personne adulte incapable de discernement.

Il s'est toutefois révélé indispensable d'adopter une réglementation fédérale.

Le projet de réforme définit l'ordre dans lequel les proches d'une personne incapable de discernement sont habilités, en l'absence de directives anticipées suffisamment précises, à consentir ou non à des soins médicaux à donner à la personne incapable de discernement.

- Amélioration de la protection des personnes incapables de discernement vivant dans une institution

Afin d'améliorer de manière ponctuelle la protection des personnes vivant dans des institutions, le projet de réforme octroie le droit de conclure le contrat qui fixe les prestations à fournir par l'institution et leur coût (contrat d'assistance) à la personne qui est habilitée à représenter la personne incapable de discernement dans le domaine médical. La personne habilitée à conclure le contrat d'assistance n'a toutefois pas la compétence de placer dans une institution médico-sociale ou dans un home la personne qu'elle représente

si celle-ci s'y oppose. Dans ce cas ce sont les dispositions relatives au placement à des fins d'assistance qui s'appliquent. Le projet de réforme fixe également les conditions auxquelles des mesures limitant la liberté de mouvement peuvent être ordonnées.

- Une approche sur mesure

L'interdiction prévue par le droit actuel, qui entraîne la perte de la capacité d'exercer les droits civils, constitue souvent une mesure disproportionnée et stigmatisante pour la personne concernée. Les facultés qu'a une personne d'agir de manière autonome ne sont pas suffisamment exploitées.

Le conseil légal dans sa forme actuelle n'est pas non plus satisfaisant. Cette mesure ne permet d'intervenir que ponctuellement dans l'administration des biens et entraîne une privation partielle de l'exercice des droits civils. En outre, la loi ne prévoit pas la possibilité d'apporter une assistance personnelle à la personne concernée.

Les autorités de protection de l'adulte n'ordonneront désormais plus des mesures standards, mais conformément au principe de la proportionnalité des « mesures sur mesure ». L'assistance étatique sera ainsi limitée, dans chaque cas, au minimum réellement nécessaire.

L'interdiction et le conseil légal n'ayant plus lieu d'être, le projet propose de les remplacer par une seule institution juridique, la curatelle.

III. Les modifications projetées

1) Modifications par rapport aux mesures en place

- La tutelle, le conseil légal et la curatelle sont remplacés par une seule institution : la curatelle.
- La curatelle sera instituée si une personne n'est plus en mesure d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une déficience mentale, d'un trouble psychique ou d'un autre état de faiblesse et si l'appui fourni par des proches ou des services, privés ou publics, ne suffit pas.

4 sortes de curatelle sont prévues :

1. Curatelle d'accompagnement

Une curatelle d'accompagnement est instituée, avec le consentement de la personne ayant besoin d'aide, lorsque celle-ci doit être assisté pour accomplir certains actes. La curatelle d'accompagnement suppose le consentement de la personne ayant

besoin d'aide, qui n'est pas privée de l'exercice de ses droits civils. La personne sous curatelle d'accompagnement continue d'agir elle-même, le rôle du curateur étant seulement de l'aider.

2. Curatelle de représentation

Une curatelle de représentation est instituée lorsque la personne ayant besoin d'aide ne peut accomplir certains actes et doit de ce fait être représentée. Le curateur est le représentant légal de la personne ayant besoin d'aide. Il peut agir pour elle, c'est-à-dire en son nom et avec effet pour elle.

3. Curatelle de coopération

Cette curatelle est instituée lorsque pour sauvegarder les intérêts d'une personne ayant besoin d'aide, il est nécessaire de soumettre certains de ses actes au consentement du curateur.

4. Curatelle de portée générale

Elle remplace l'actuelle interdiction. Comme celle-ci, elle entraîne de plein droit la privation de l'exercice des droits civils. Cette mesure sera notamment instituée si la personne, en raison d'une incapacité durable de discernement, a un besoin d'aide particulièrement prononcé.

Les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées. Ces mesures flexibles permettent d'instituer une assistance juridique adaptée aux besoins.

- Le placement sous autorité d'enfants majeurs interdits n'existera plus.
- La protection juridique du placement à des fins d'assistance dans une institution est renforcée.

La décision médicale de placement doit impérativement être confirmée, après un délai qui ne peut être supérieur à six semaines, par une décision de l'autorité de protection de l'adulte même si la personne concernée n'a pas fait recours contre la décision de placement ni demandé sa libération. De plus, les cantons ne pourront désormais habiliter à ordonner un placement que des médecins disposant des connaissances adéquates. Le projet prévoit encore que l'autorité de protection de l'adulte est tenue d'examiner périodiquement si les conditions du maintien de la mesure sont toujours remplies.

- Autorité interdisciplinaire de protection de l'enfant et de l'adulte

Selon le droit actuel de la tutelle, l'autorité tutélaire est responsable de l'exécution des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte. Dans les cantons romands ou bilingues, à l'exception des cantons du Jura, de Berne et du Valais, l'autorité tutélaire est une autorité judiciaire, un tribunal (GE, NE) ou un juge de paix (VD, FR). Par contre dans beaucoup de cantons de Suisse alémanique, l'autorité tutélaire est l'exécutif communal. Le conseil communal est composé d'hommes et de femmes, qui ont été élus pour des raisons politiques et qui n'ont pas reçu de formation spécifique en matière du droit de la tutelle.

L'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte aura pour effet que toutes les décisions relevant de ce droit seront prises par une même autorité interdisciplinaire. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte sera soit une autorité administrative soit une autorité judiciaire dont l'organisation est laissée aux cantons, sous réserve de principes fondamentaux fixés par le droit fédéral.

2) Nouvelles institutions proposées

Mandat pour cause d'incapacité :

Le mandat pour cause d'incapacité permet à une personne capable de discernement de désigner une personne physique ou morale qu'elle charge de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement.

Au moment où il établit un mandat pour cause d'incapacité, le mandant doit avoir l'exercice des droits civils, c'est-à-dire être majeur et capable de discernement.

Le mandant doit désigner le mandataire nommément et décrire de manière aussi détaillée que possible les tâches qu'il lui confie.

La constitution du mandat se fait par la forme olographe ou authentique.

Il appartient au mandant de prendre les dispositions pour que, le moment venu, l'autorité de protection de l'adulte et le mandataire aient connaissance du mandat. Il pourra demander à l'office de l'état civil d'inscrire la constitution et le lieu de dépôt du mandat dans la banque de données centrale.

La personne désignée comme mandataire est libre d'accepter ou non le mandat.

Directives anticipées du patient :

Par des directives anticipées, toute personne capable de discernement peut fixer, de manière contraignante, les traitements médicaux qu'elle accepte ou qu'elle refuse au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut, en outre, désigner une

personne physique appelée à décider en son nom les soins médicaux à lui administrer si elle ne pouvait plus s'exprimer.

Ainsi, une personne capable de discernement pourra :

- Déterminer les traitements médicaux auxquels elle entend consentir ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement
- Désigner une personne physique qui aura la compétence de consentir en son nom à un traitement médical pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement.

Pour rédiger des directives anticipées, il suffit d'être capable de discernement. Les directives anticipées sont soumises à la forme écrite, c'est-à-dire que seule la signature doit être écrite à la main.

Elles ne s'appliquent qu'au domaine médical, ce qui suppose un contrôle de la part du personnel médical. Le médecin posera le diagnostic et déterminera le traitement médical, conseillera la personne représentant l'auteur des directives et, le cas échéant, en appellera à l'autorité de protection de l'adulte.

Il appartient à l'auteur de directives anticipées de s'assurer que les destinataires en aient connaissance le moment venu. Il peut, par exemple, les déposer chez son médecin traitant. Il peut faire inscrire la constitution et le lieu de dépôt des directives sur sa carte d'assuré.

3) Etat de la réforme

Après des travaux préliminaires débutés en 1993, puis un mandat confié à une commission d'experts interdisciplinaire en 1999, un avant-projet de loi sur la Réforme des Tutelles a pu être soumis à une large procédure de consultation en 2003. Le Conseil Fédéral a soumis un projet de révision du Code Civil Suisse au Parlement Fédéral en juin 2006. Les débats parlementaires ont eu lieu en 2007 et 2008. A la fin de la dernière session des chambres fédérales, tenue au début du mois d'octobre 2008, seules quelques divergences mineures subsistaient entre la Chambre du peuple et la Chambre des cantons. Ces divergences seront débattues et éliminées définitivement lors de la session d'hiver des chambres fédérales, qui se tiendra au mois de décembre 2008.

Ainsi, sous réserve d'un référendum qui semble peu probable, la Réforme des Tutelles en Suisse devrait pouvoir entrer en vigueur au cours de l'année 2009.

La réforme des tutelles :

La protection en *Common Law*

Illustrations « transfrontalières » France/Grande-Bretagne

Paul Hewitt

Associé

Withers LLP

La réforme des tutelles

La protection en *Common Law* - Illustrations « transfrontalières » France/Grande-Bretagne

1. Mouvement de population entre la Grande-Bretagne et la France

Il y a une population importante de Britanniques qui résident maintenant de ce côté de la Manche, et un nombre également important de ressortissants français qui ont choisi le Royaume-Uni pour y habiter.

Les statistiques de l'OCDE basées sur les recensements de 2000 indiquent qu'une proportion non négligeable de cette population est âgée de plus de 65 ans.¹

Nous ne disposons pas encore de statistiques officielles plus récentes, et les diverses estimations ne concordent pas. Il est toutefois évident que les chiffres ont augmenté. Il est estimé que 260 000 Britanniques habitent maintenant en France en permanence ou une partie du temps,² et qu'environ 500 000 Britanniques possèdent des résidences secondaires en France.³

Dans l'autre sens, il est estimé que, depuis 1999, approximativement 15 000 ressortissants français ont émigré au Royaume-Uni chaque année.⁴ Quelques 300 000 Français résident désormais au Royaume-Uni, dont 70 % habitent dans l'agglomération urbaine de Londres.⁵

Ressortissants britanniques âgés de plus de 15 ans résidant en France en 2000

	Nombre de Britanniques en France	Exprimé en % du total
15-24 ans	9 223	12 %
25-64 ans	56 330	74 %
Plus de 65 ans	10 870	14 %
Total	76 423	100 %

¹ Statistiques disponibles sur le site <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx?QueryName=254&QueryType=View>.

² <http://www.guardian.co.uk/world/2008/mar/07/france>.

³ <http://www.newstatesman.com/200408020014>.

⁴ <http://www.guardian.co.uk/world/2006/apr/08/france.ashleyseager>.

⁵ <http://www.telegraph.co.uk/core/Content/displayPrintable.jhtml;jsessionid=FYO0HF11E2YS3QFIQMFCFGGAVCBQYIV0?xml=/propery/2007/02/22/lpfrench122.xml&site=16&page=0> et <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/mar/23/immigration.france>.

R ressortissants français âgés de plus de 15 ans résidant en Grande-Bretagne en 2000

	Nombre de Français en Grande-Bretagne	Exprimé en % du total
15 à 24 ans	18 327	21 %
25 à 64 ans	58 831	69 %
Plus de 65 ans	8 181	10 %
Total	85 339	100 %

2. Statistiques relatives à la maladie d'Alzheimer et autres formes de démence

2.1 Alzheimer Europe

Alzheimer Europe est une initiative européenne visant à accroître la reconnaissance de la maladie d'Alzheimer et des autres formes de démence comme l'une des priorités dans le domaine de la santé publique en Europe. Cette initiative bénéficie de l'appui du gouvernement français. La « Déclaration de Paris » inclut la déclaration suivante, qui ne peut que faire réfléchir :

« Aujourd'hui [en 2006], près de 5,4 millions de citoyens européens souffrent de la maladie d'Alzheimer ou d'une autre forme de démence. En raison du vieillissement de la population dans tous les États Membres de l'Union Européenne, ces chiffres vont aller en augmentant et les chercheurs ont prédit une multiplication par deux de ces chiffres d'ici 2040 en Europe Occidentale et une multiplication par trois en Europe de l'Est. »⁶

⁶ 'Déclaration de Paris : priorités politiques du mouvement Alzheimer en Europe' disponible sur <http://www.dementia-in-europe.eu/upload/SLK56FS387ZG/downloads/ZRCNLVXRLDJS.pdf>.

2.2 Statistiques relatives aux personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer et d'autres formes de démence en Europe

Alzheimer Europe a recueilli des statistiques sur le nombre de personnes souffrant de démence en Europe en se basant sur deux grandes études, Eurodem et Ferri.⁷

Pays	Tranche d'âge	Nombre souffrant de démence (EURODEM)	% de la population	Nombre souffrant de démence (Ferri et al)	% de la population
France (chiffres datant de 2005)	30-99	847 808	1,36 %	760 715	1,22 %
R.-U. (chiffres datant de 2004)	30-89	660 573	1,11 %	621 717	1,04 %

Une nouvelle étude de grande ampleur sur l'impact de la démence au Royaume-Uni a été publiée en février 2007. Elle suggère que le nombre de personnes souffrant de démence au Royaume-Uni a augmenté et atteint maintenant 700 000. Elle estime que 1 000 000 de personnes au Royaume-Uni souffriront de démence en 2025.⁸

2.3 Pertinence pour les juristes en France et au Royaume-Uni⁹

Le vieillissement de la population en Europe et une augmentation correspondante du nombre des personnes ayant des problèmes de capacité ont entraîné des réformes

⁷ Statistiques sur la démence en Europe disponibles sur le site web [suivant : http://www.dementia-in-europe.eu/?Im2=OWQAUJKRXAEZ](http://www.dementia-in-europe.eu/?Im2=OWQAUJKRXAEZ).

⁸ « *The Rising Cost of Dementia in the UK* » (Le coût croissant de la démence au R.-U.). Un rapport sur la prévalence et le coût de la démence préparé par le département *Personal Social Services Research Unit* (PSSRU) de la *London School of Economics* et le *Institute of Psychiatry* à *King's College London*, pour le compte de la *Alzheimer's Society*, 2007, sur le site http://www.alzheimers.org.uk/site/scripts/documents_info.php?categoryID=200120&documentID=342.

⁹ Le Royaume-Uni comprend trois juridictions constitutives – (1) l'Angleterre et le Pays de Galles, (2) l'Écosse et (3) l'Irlande du Nord. Les Îles anglo-normandes sont des dépendances de la Couronne et ne font pas partie du Royaume-Uni (elles prêtent directement serment d'allégeance au monarque régnant – selon la tradition, elles le font parce qu'elles considèrent le monarque comme étant le Duc de Normandie). L'île de Man également est une dépendance de la Couronne. Ni les Îles anglo-normandes, ni l'île de Man ne font partie de l'Union européenne.

légales dans de nombreux pays membres de l'Union Européenne, y compris au Royaume-Uni.

Les niveaux élevés de migrations transfrontalières, qui incluent des nombres substantiels de retraités, signifient qu'il est de plus en plus probable que les juristes soient confrontés à des étrangers ayant des problèmes de capacité.

Exemple A

Un couple britannique âgé possède une « résidence secondaire » en France. Les époux ont tous les deux une très mauvaise mémoire. Ils décident de léguer leur résidence secondaire à leur femme de ménage du pays, qu'ils connaissent depuis trois ans.

Quel droit s'applique pour résoudre tous les doutes concernant leur capacité de comprendre les conséquences de leurs actes (le degré requis de capacité mentale) dans le cas d'un tel don de biens fonciers ?

La réponse serait-elle différente si le couple avait déménagé en France et y avait établi sa résidence habituelle ?

Exemple B

Le même couple britannique âgé a également un compte en banque en France. Il décide de faire don de 200 000 € à son jardinier en échange d'une promesse de sa part de s'occuper du jardin potager des époux tant que ces derniers seraient en vie.

Quel tribunal aurait compétence pour traiter des questions de capacité ? La réponse à cette question est-elle affectée selon s'ils sont habituellement résidents en France, ou seulement de façon temporaire ou saisonnière ?

Exemple C

Quelqu'un vous demande votre opinion sur les affaires d'une ressortissante française qui vient de perdre son mari. Elle a une fille qui habite à Paris et un fils qui habite à Londres. Elle décide d'aller vivre à Londres avec son fils plutôt qu'à Paris avec sa fille.

Elle vend son ancienne résidence conjugale (en France) et dépose le produit de cette vente sur son compte en banque. Elle déclare ensuite qu'elle a décidé d'en transférer le montant à son fils à titre de don.

Sans même parler des questions relatives à l'héritage, qui déciderait si elle a la capacité de faire un tel don ?

3. Quel est le tribunal compétent ?

Le nombre croissant de tels scénarios en France, au Royaume-Uni et dans d'autres pays a suscité un besoin de clarification quant à la détermination du tribunal compétent en fonction des circonstances.

3.1 La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (la « Convention ») et son application à l'Angleterre et au Pays de Galles

*« Le vieillissement de la population mondiale, allié à une plus grande mobilité internationale, a rendu nécessaire une meilleure protection internationale des adultes vulnérables tant par des lois appropriées qu'à travers davantage de coopération internationale. L'augmentation de la durée de la vie dans de nombreux pays s'accompagne d'une augmentation conséquente des maladies liées au grand âge. Comme les voyages internationaux deviennent plus faciles, beaucoup de personnes atteignant l'âge de la retraite font le choix de passer la dernière partie de leur vie à l'étranger. »*¹⁰

Le droit de nombreux pays permet aux adultes de décider à l'avance comment leurs affaires seront gérées au cas où ils perdraient la capacité de gérer ces affaires eux-mêmes, mais ceci soulève des questions inévitables au sujet de la détermination de la loi applicable, des personnes qui vont s'occuper de tels adultes âgés et des pouvoirs qu'auront ces personnes. La Convention « répond à bon nombre de ces questions en fournissant des règles sur la compétence, la loi applicable et la reconnaissance internationale ainsi que l'application des mesures de protection. »¹¹

Le Royaume-Uni, l'Allemagne et la France ont déjà ratifié la Convention. Par conséquent, elle entrera en vigueur dans ces pays le 1^{er} janvier 2009. Cependant, dans le cas du Royaume-Uni, la ratification est limitée exclusivement à l'Écosse.

En Angleterre et au Pays de Galles, la loi « **MCA** » (*Mental Capacity Act*) de 2005, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007, contient une réglementation complète en ce qui concerne le traitement des personnes qui perdent la capacité, et les conflits de lois liés à cela.¹²

¹⁰ « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes – Aperçu de la Convention », disponible sur le site http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=71.

¹¹ Ibid.

¹² Voir Dicey, Morris & Collins *The Conflict of Laws* (Thomson, Sweet & Maxwell), chapitre 21.

L'article 63 et la cédule 3 de la loi MCA incorporent la Convention au Droit anglais, et ils font référence à l'application du Droit international privé en Angleterre et au Pays de Galles. Ceci est entré en vigueur avec l'adoption de la loi MCA le 1^{er} octobre 2007, à l'exception de certains articles qui ne produiront leurs effets complets en Angleterre et au Pays de Galles qu'après l'entrée en vigueur de la Convention le 1^{er} janvier 2009.

Un facteur qui complique les choses est donc le fait que la Convention entrera en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles le 1^{er} janvier 2009, mais que comme cela aura été la conséquence de la législation interne et non de la ratification du traité, l'entrée en vigueur de la Convention ne sera reconnue ni par l'Écosse, l'Allemagne ou la France.

Il s'avère que le Ministère de la Justice est en train de prendre les mesures nécessaires pour assurer sa ratification complète pour l'Angleterre et le Pays de Galles.

3.2 **Dispositions de la loi *Mental Capacity Act* de 2005 concernant les questions de compétence des tribunaux**

La loi MCA esquisse les circonstances dans lesquelles la *Court of Protection* (voir ci-dessous) aura compétence sur les adultes incapables en application des dispositions de la Convention.

La *Court of Protection* aura compétence dans les circonstances suivantes :

- pour un adulte incapable résidant habituellement en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- pour les biens d'un adulte incapable (ceci comprend l'ensemble des choses non possessoires et intérêts portant sur des biens meubles et immeubles) situés en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- pour un adulte incapable qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles, ou qui y possède des biens, si l'affaire est urgente ;
- pour un adulte incapable qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles et à l'égard duquel une mesure de protection temporaire a été prise en ce qui concerne exclusivement l'Angleterre et le Pays de Galles.¹³

En vertu de la cédule 3, paragraphe 7, de la loi MCA, la *Court of Protection* peut également avoir compétence sur un ressortissant britannique si l'Article 7 de la Convention a été respectée. Cela signifie que si les autorités anglaises estiment qu'elles

¹³ Loi MCA de 2005, cédule 3, alinéa 7.

sont mieux placées pour prendre des mesures qu'un autre État contractant ayant compétence en raison du lieu de résidence habituelle de la personne concernée, elles peuvent prendre de telles mesures à condition d'en informer l'État de résidence habituelle. Ceci ne s'applique pas si l'État de résidence habituelle déclare qu'il a pris ou prendra les mesures appropriées, ou s'il a décidé qu'aucune mesure de ce type n'est nécessaire.

En vertu de la cédule 3, paragraphe 8, de la loi MCA et de l'Article 8 de la Convention, les autorités d'un État contractant ayant compétence sur un adulte incapable peuvent solliciter un transfert de compétence dans un autre pays si elles estiment que c'est dans le meilleur intérêt de cette personne. Cet article de la loi MCA entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Sur cette base, si le Lord Chancelier d'Angleterre donne son accord, la *Court of Protection* pourrait se reconnaître compétente sur quelqu'un :

- qui est un ressortissant britannique ;
- dont la résidence habituelle antérieure était en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- qui possède des biens en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- qui a choisi l'Angleterre et le Pays de Galles comme étant l'autorité juridiquement compétente pour prendre des mesures pour son compte et a documenté ce choix dans un document écrit concernant sa protection ;
- pour qui un résident habituel de l'Angleterre ou du Pays de Galles s'est montré prêt à assurer la protection si besoin est ; ou
- qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles, mais seulement en ce qui concerne la protection de sa personne.

Dans l'état actuel des choses, il existe une anomalie en rapport avec l'Article 8 de la Convention : la France ne peut adresser une demande qu'à un autre État contractant, mais en Droit international l'Angleterre et le Pays de Galles ne sont pas des États contractants. Ceci pose un problème technique intéressant sur le plan juridique. Selon une opinion, en vertu de la loi MCA, la *Court of Protection* en Angleterre et au Pays de Galles est compétente pour recevoir une demande d'un État contractant. La France pourrait donc faire une demande, apparemment en dehors des termes de la Convention, et le Tribunal anglais pourrait quand même se déclarer compétent.

Examinons par exemple le cas d'un homme de nationalité britannique qui, ayant décidé d'aller vivre en Provence après son départ en retraite, est devenu résident habituel de la

France et est ensuite devenu mentalement incapable. Sa fille habite toujours à Londres, et elle se déclare prête à accepter la responsabilité de ses affaires financières et personnelles. En vertu des termes de l'Article 5 de la Convention, c'est principalement à la France qu'il incombe de prendre des mesures pour son compte, mais la France pourrait penser qu'il serait dans le meilleur intérêt de cet homme de transférer cette responsabilité à la *Court of Protection* anglaise, de façon que sa fille puisse s'occuper de lui. La France ne pourrait pas faire une telle requête en vertu de l'Article 8, parce que l'Angleterre et le Pays de Galles ne sont pas au nombre des États contractants. Cependant, si elle présentait sa demande à l'Angleterre, l'Angleterre pourrait toujours l'accepter en vertu de la loi MCA.

3.3 **Quel droit la *Court of Protection* appliquera-t-elle ?**

En règle générale, la *Court of Protection* appliquera le Droit anglais. Cependant, si elle estime que, dans une affaire particulière, il existe une « connexion substantielle » avec un autre pays, elle pourra appliquer le droit de ce pays. De même, elle reconnaît que si une mesure de protection a été prise dans un État et est mise en œuvre dans un autre État, le droit de cet autre État régira ladite mise en œuvre.¹⁴ Ces dispositions sont fondées sur les Articles 13 et 14 de la Convention.

Par exemple, si la *Court of Protection* décide que les biens d'une personne situés à l'étranger doivent être vendus à l'étranger, le droit de cet autre pays devrait régir les modalités de la vente.

4. **La loi *Mental Capacity Act* de 2005**

4.1 **Contexte et droits de l'homme**

La loi MCA est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007 après de nombreuses années de consultations et de projets de réforme.

Un facteur important qui a influencé la réforme était le désir de mieux protéger les droits humains des personnes qui sont mentalement incapables. La 'Law Commission', qui conseille le Gouvernement en matière de réforme de la législation en Angleterre et au Pays de Galles, a produit un rapport en 1995 sur l'« Incapacité mentale ».

Ce rapport fait référence à la « Déclaration des droits du déficient mental » des Nations Unies de 1971, selon laquelle « *Le déficient mental doit être protégé contre toute*

¹⁴ Loi MCA de 2005, cédula 3, alinéas 11 et 12.

exploitation, tout abus ou tout traitement dégradant. »¹⁵ La Commission des lois a identifié la Déclaration comme étant l'une des composantes d'un « *corpus considérable d'opinions internationales identifiant une discrimination inacceptable dans les façons dont les personnes souffrant d'handicaps mentaux (et en particulier des maladies mentales) ont été traitées dans le passé par les praticiens de la profession médicale, la loi et la société dans son ensemble.* »¹⁶

Le Royaume-Uni a finalement incorporé en son droit national certains articles de la Convention européenne des droits de l'homme par le biais de la loi *Human Rights Act* de 1998. Les notes explicatives qui accompagnent la loi MCA indiquent qu'elle « *satisfait à l'obligation positive de l'État en vertu de l'Article 8 ... pour assurer le respect de la vie privée.* »¹⁷

4.2 **Synopsis de la loi *Mental Capacity Act* de 2005**

Les principales modifications apportées par la loi MCA sont les suivantes :

- Pour la première fois, le niveau de capacité qu'une personne doit avoir pour pouvoir prendre une décision particulière est codifié, plutôt que basé en jurisprudence. Cinq principes légaux aident à décider comment les décisions doivent être prises et qui doit les prendre.
- Le type de procuration « *Enduring Power of Attorney* » est aboli et remplacé par un autre type de procuration appelé « *Lasting Power of Attorney* » (voir l'explication plus bas).
- La procuration *Lasting Power of Attorney* peut être utilisée pour prendre des décisions financières. Elle peut également servir à déléguer des décisions sur la santé et le bien-être (ce qui n'était pas autorisé auparavant).
- La *Court of Protection* est recréée bénéficiant d'un statut plus élevé.
- La *Court of Protection* peut traiter des questions de bien-être aussi bien que des affaires financières.

¹⁵ *Mental Capacity* (Law Com N° 231) p. 17, citant la *Déclaration des droits du déficient mental*, 1971 Assemblée générale de l'ONU, 26^{ème} session, Résolution 2856, paragraphe 6.

¹⁶ *Mental Capacity* (Law Com N° 231), p. 23.

¹⁷ Notes explicatives de la loi *Mental Capacity Act*, paragraphe 10, disponibles sur le site http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/en/ukpgaen_20050009_en.pdf.

- Un *Office of the Public Guardian* est constitué pour agir parallèlement à la *Court of Protection*.
- Un *Code of Practice* (le « **Code** ») accompagne la loi MCA. Le Code donne des conseils et des informations sur la façon dont la loi MCA est appliquée dans la pratique.¹⁸
- Un nouveau droit légal est créé – une autorité générale permettant d'agir dans des circonstances limitées pour le compte d'une personne rendue incapable.
- Les décisions de refus d'administration d'un traitement médical prises à l'avance faisant partie d'un testament de vie (« *Living Will* ») reçoivent une confirmation en droit.

5. **La Court of Protection**

La *Court of Protection* est le tribunal en Angleterre et au Pays de Galles qui est compétent pour juger les affaires des personnes mentalement incapables. La loi MCA a modifié son statut et ses procédures.

La *Court of Protection* peut désormais :

- décider si une personne a la capacité de prendre une décision particulière ;
- faire des déclarations, prendre des décisions ou prononcer des arrêtés portant sur les finances ou le bien-être de personnes n'ayant pas la capacité requise ;
- décider si une procuration de type *Lasting Power of Attorney* ou *Enduring Power of Attorney* est valide ;
- révoquer des représentants (Deputies) ou des mandataires (Attorneys), (les deux étant des personnes désignées pour servir de représentants légaux afin de prendre des décisions pour le compte des personnes n'ayant pas la capacité requise) qui ne s'acquittent pas de leurs responsabilités ; et
- désigner des représentants (Deputies).

6. **L'Office of the Public Guardian (« OPG »)**

L'*Office of the Public Guardian* a été créé en octobre 2007. Ce bureau a pour rôle de protéger les gens dont l'état mental est tel qu'ils ne sont pas en mesure de prendre des décisions.

¹⁸ Le *Code of Practice* est disponible sur le site <http://www.dca.gov.uk/legal-policy/mental-capacity/mca-cp.pdf>.

Il soutient et supervise les mandataires et représentants qui prennent des décisions pour le compte des personnes mentalement incapables et, si nécessaire, il coopère avec d'autres organisations pour faire des enquêtes en cas d'allégations d'abus par des mandataires ou représentants.

Il donne également des informations sur la capacité mentale au public ou aux professionnels qui peuvent en avoir besoin.

7. **Représentants (Deputies)**

Il est préférable de prendre des décisions individuelles pour chaque type particulier de transaction pour les personnes n'ayant pas la capacité nécessaire. Cependant, la *Court of Protection* a le pouvoir de désigner un représentant (appelé « Deputy ») afin de prendre des décisions pour le compte de quelqu'un qui n'en est pas capable et qui ne sera vraisemblablement pas capable d'en prendre à l'avenir non plus. Des représentants peuvent être nommés pour gérer les biens et les affaires d'une personne. La *Court of Protection* peut également nommer un représentant en matière de bien-être personnel dans des cas limités.

Un représentant doit avoir au moins 18 ans. Normalement, des individus recevant une rémunération pour s'occuper d'un incapable ne devraient pas occuper des fonctions de représentant en raison du risque de conflit d'intérêt.

La *Court of Protection* peut nommer deux représentants, ou plus, et préciser s'ils peuvent agir conjointement ou conjointement et solidairement, ou conjointement dans certains cas et conjointement et solidairement dans d'autres. Les pouvoirs et les devoirs d'un représentant seront définis par des décisions de la *Court of Protection*. L'OPG assurera la supervision de l'application des décisions judiciaires.

8. **Procurations durables *Enduring Powers of Attorney* et *Lasting Powers of Attorney***

La procuration *Enduring Power of Attorney* (« **EPA** ») et la procuration *Lasting Power of Attorney* (« **LPA** ») sont les documents permettant à un donateur de nommer un mandataire pour son compte au cas où le donateur perdrait sa capacité, mais ces deux types de procurations peuvent être utilisées comme des procurations ordinaires avant que le donateur ne devienne incapable.

8.1 **Compétence juridictionnelle pour les procurations *Enduring Power of Attorney* et *Lasting Power of Attorney***

En vertu de l'Article 15 de la Convention, les questions concernant les « *pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts* » sont régies par le droit du pays dans lequel le donateur réside habituellement au moment de la rédaction du document. Ceci peut être changé expressément par écrit stipulant

l'application du droit du pays dont la personne est un ressortissant, ou de celui du pays dans lequel il résidait habituellement auparavant, ou encore de celui du pays dans lequel les biens de cet adulte sont situés, pour ce qui est desdits biens. La façon dont ce pouvoir est exercé est régie par le droit de l'État dans lequel il est exercé.

Ainsi, si un ressortissant français résidait habituellement en Angleterre ou au Pays de Galles au moment où il a accordé une telle procuration, par défaut le droit qui lui serait applicable serait le Droit anglais. Cependant, il pourrait indiquer par écrit qu'il voudrait que le Droit français s'applique, sur la base de sa nationalité, ou sur celle de son ancienne résidence habituelle. Ceci pourrait sembler souhaitable, par exemple dans le cas d'un Français travaillant à Londres depuis de nombreuses années et y ayant établi sa résidence habituelle. Sauf indication contraire, le Droit anglais s'appliquera, mais s'il a l'intention de retourner vivre en France à l'avenir, il serait bénéfique d'appliquer le Droit français dès le début, pour le cas où il deviendrait incapable de façon imprévue.

Il est intéressant de noter que la Convention ne régit que les pouvoirs de représentation pouvant être utilisés quand un adulte devient incapable. Le Droit international ne précise pas clairement quelle est la situation pour les procurations EPA et LPA dans la mesure où elles sont utilisées lorsque le donateur est toujours capable. Selon certains, la procuration serait divisible, et cette Convention s'appliquerait seulement après que le donateur est devenu incapable, tandis que la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation s'appliquerait jusqu'à ce moment.¹⁹

8.2 **Procuration *Enduring Power of Attorney***

La procuration *Enduring Power of Attorney*, qui fut créée en 1985, était la première procuration en Droit anglais qui pouvait continuer à être utilisée après la perte de capacité par le donateur.

Depuis le 1^{er} octobre 2007, il n'est plus possible de créer de nouvelles procurations EPA, mais les procurations EPA existantes, celles qui sont enregistrées aussi bien que celles qui ne le sont pas, demeurent valides. Elles sont donc toujours utilisées aujourd'hui, et elles continueront à l'être pendant de nombreuses années.

Quand un mandataire estime que le donateur est mentalement incapable ou est en train de le devenir, ce mandataire doit enregistrer la procuration EPA auprès de l'OPG. Le mandataire pourra alors continuer à utiliser la procuration EPA. Quand la décision de

¹⁹ Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Rapport explicatif de Paul Lagarde, paragraphe 97.

notifier l'OPG de l'intention d'enregistrer la procuration est prise, le mandataire doit en informer le donateur et certains membres de sa famille stipulés.

Cependant, les EPA ne sont pas sans problèmes. Citons notamment l'insuffisance des mécanismes de protection contre les abus. En outre, ces procurations sont limitées aux biens et aux affaires financières. Elles ne permettent donc pas de les utiliser pour des décisions concernant le bien-être personnel.

8.3 **Procuration *Lasting Power of Attorney***

Depuis le 1^{er} octobre 2007, il n'est plus possible de créer de procurations du type *Enduring Power of Attorney*. Un nouveau type de procuration, appelé *Lasting Power of Attorney* (LPA), a été introduit à leur place.

Il existe deux catégories de procurations LPA :

- une procuration LPA pour les biens et autres affaires (qui porte sur les questions financières et remplace effectivement une procuration EPA) et
- une procuration LPA pour le bien-être personnel (qui porte sur les décisions concernant le bien-être personnel et les soins de santé).

Une procuration LPA doit être produite dans le format prescrit.²⁰ Elle doit être signée par le donateur, le(s) mandataire(s) et au moins un fournisseur de certificat (voir plus bas).

Il est possible de nommer plusieurs mandataires. Ils peuvent être désignés pour agir conjointement, conjointement et solidairement, ou un mélange des deux, en fonction des divers types de décisions à prendre.

Le donateur peut limiter les pouvoirs de son mandataire, et il peut aussi donner des conseils au mandataire sur la façon d'exercer ses pouvoirs, mais sans que ce dernier ne soit tenu de les suivre.

Comme c'est le cas avec une procuration EPA, les mandataires peuvent faire des dons dans certaines circonstances limitées.

Le donateur peut nommer (mais il n'est pas tenu de le faire) jusqu'à cinq personnes à notifier au moment de l'enregistrement de la procuration LPA. À la différence des EPA, les personnes ainsi nommées ne doivent pas obligatoirement faire partie de la famille du donateur.

²⁰ Le format prescrit est stipulé dans la réglementation de 2007 concernant les procurations *Lasting Power of Attorney* et *Enduring Power of Attorney* ainsi que les conseils judiciaires (*Public Guardians*) (SI 2007/1253).

Au moins un fournisseur de certificat est nécessaire pour que la procuration LPA soit valide. La stipulation relative à un fournisseur de certificat est l'un des principaux nouveaux mécanismes de protection du régime de la procuration LPA. Le fournisseur de certificat a un rôle de contrôle, afin de confirmer que le donateur comprend bien le document qu'il signe. Un fournisseur de certificat peut être soit quelqu'un qui connaît personnellement le donateur depuis au moins deux ans, soit une personne ayant les compétences professionnelles et l'expertise nécessaires, notamment des professionnels dans les domaines du droit et des soins de santé. Certaines personnes ne peuvent pas être des fournisseurs de certificat, par exemple le mandataire et les membres de la famille du donateur ou du mandataire.

Une procuration LPA n'est pas valide avant d'avoir été enregistrée auprès de l'OPG. La procédure d'enregistrement comprend la notification des personnes devant être notifiées ainsi que le donateur et ses mandataires, et elle prend environ six semaines. Une fois enregistrée, une procuration LPA est immédiatement reconnaissable car elle est estampée par l'OPG sur toutes ses pages.

8.4 **Procuration *Lasting Power of Attorney* – Biens et affaires**

Il s'agit effectivement de la procuration qui se substitue à une procuration EPA. Les mandataires agissant en vertu d'une procuration LPA Biens et affaires peuvent prendre des décisions sur les questions financières et sur celles qui concernent les biens.

L'article 7.36 du Code contient une liste des types de décisions qu'un mandataire est en mesure de prendre (bien que le donateur puisse exclure certaines de celles-ci). Citons notamment :

- l'achat ou la vente de biens ;
- l'ouverture, la clôture ou la gestion d'un compte en banque, d'épargne ou autre compte ;
- la divulgation d'informations financières du donateur ;
- la revendication, la réception et l'utilisation de prestations, pensions, indemnités et remises pour le compte du donateur ;
- l'encaissement de revenus, d'héritages ou d'autres versements de sommes d'argent pour le compte du donateur ;
- la gestion des affaires fiscales du donateur ;

- le paiement des frais d'hypothèque, de loyers et autres dépenses domestiques du donateur ;
- l'assurance, l'entretien et la réparation des biens du donateur ;
- le placement de l'épargne du donateur ;
- l'offre de dons limités de la part du donateur ;
- le paiement de soins médicaux et résidentiels privés ou de soins infirmiers, ou la revendication du droit aux soins du NHS (*National Health Service*) ;
- l'utilisation de fonds du donateur pour acheter un véhicule ou tout autre matériel dont ce dernier peut avoir besoin ;
- le remboursement des intérêts et du capital de tout prêt contracté par le donateur.

8.5 **Procuration *Lasting Power of Attorney* – Bien-être personnel**

Une procuration *Lasting Power of Attorney* – Bien-être personnel est un document tout nouveau qui n'avait pas d'équivalent jusqu'alors en Droit anglais.

En vertu de cette catégorie de procurations LPA, des mandataires peuvent prendre des décisions sur le bien-être personnel du donateur. Ceci inclut une gamme étendue de sujets. Bien que cette expression ne soit pas définie dans la loi MCA, elle comprend les domaines suivants :

- la détermination de l'endroit où une personne devrait habiter et avec qui elle devrait vivre ;
- la gestion de la vie quotidienne, notamment l'alimentation et l'habillement ;
- avec qui la personne peut avoir des contacts ;
- l'acceptation ou le refus d'examens ou de traitements médicaux pour le compte d'une personne ;
- les arrangements requis pour qu'une personne puisse recevoir un traitement médical, dentaire ou ophtalmologique ;
- la fourniture et l'évaluation de services de soins communautaires ;
- les activités sociales et de loisirs, d'éducation et de formation ;
- le droit d'accès aux informations personnelles ;

- les plaintes relatives aux soins et aux traitements.

8.6 **Quelles décisions relatives au bien-être personnel sont exclues ?**

Certaines décisions qui pourraient être caractérisées comme des décisions de bien-être personnel sont spécifiquement exclues. Il s'agit des décisions suivantes :

- Le traitement de tout trouble mental d'un patient détenu en vertu de la loi *Mental Health Act* de 1983
- Les relations familiales, y compris le consentement au mariage, à l'union civile, aux relations sexuelles, au divorce, à la dissolution du mariage ou de l'union civile et au placement d'un enfant en vue d'adoption
- Le droit de vote

La loi MCA ne s'applique pas non plus aux adultes qui sont vulnérables, mais qui conservent néanmoins leur capacité mentale.

9. **Méthode d'évaluation de la capacité actuellement en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles – une combinaison de *common law* et de droit écrit**

9.1 **Comment la loi définit-elle la capacité et l'incapacité ?**

(a) Capacité

« ...signifie l'aptitude de quelqu'un à faire quelque chose et, dans un contexte juridique, cela fait référence à l'aptitude d'une personne à exécuter un acte juridique particulier tel qu'un testament, un legs ou un contrat, ou, de façon générale, l'aptitude à gérer ses biens et ses affaires. »²¹

(b) Incapacité

« ... l'incapacité de conclure une transaction peut être imposée par la loi pour des raisons de politique ou résulte de l'existence d'une affection mentale. ... De nos jours, l'incapacité du fait de la loi s'applique essentiellement aux enfants, la justification d'un tel principe étant qu'ils ont besoin d'être protégés de leur propre inexpérience et imprudence, ainsi que de la rapacité de tiers. Des considérations

²¹ Lush *Elderly Clients: A Precedent Manual* Jordans 1996, p. 53.

similaires s'appliquent dans le cas des adultes ayant une affection mentale qui les handicape. »²²

9.2 **Détermination de la capacité dans le contexte juridique**

Habituellement, il incombe au médecin d'évaluer la capacité et au juriste de décider si cette capacité est établie ou non. Déterminer si une personne est mentalement capable ou non est une fonction judiciaire ; les médecins sont des témoins experts qui présentent au tribunal les éléments de preuves dont celui-ci a besoin pour prendre une décision.

9.3 **La capacité selon les termes de la loi *Mental Capacity Act* de 2005**

La loi MCA repose sur cinq principes statutaires qui sont exposés à l'article 1 de la loi MCA :

- (a) Une personne doit être présumée capable sauf s'il est établi qu'elle ne l'est pas.
- (b) Une personne ne doit pas être traitée comme étant incapable de prendre une décision, sauf si toutes les mesures possibles pour l'aider à prendre une telle décision ont été prises sans produire de succès.
- (c) Une personne ne doit pas être traitée comme étant incapable de prendre une décision simplement parce qu'elle prend une décision dépourvue de sagesse.
- (d) Une action effectuée ou une décision prise en vertu de la loi MCA directement ou indirectement pour le compte d'une personne incapable doit être effectuée ou prise dans ses meilleurs intérêts.
- (e) Avant que cette action ne soit effectuée ou cette décision ne soit prise, il faut déterminer si le but visé par une telle action ou une telle décision pourrait être atteint tout aussi efficacement en employant une manière qui restreint moins les droits et la liberté d'action de la personne concernée.

9.4 **Bref examen de la capacité en *common law***

Les critères de détermination de la capacité en *Common law* coexistent toujours avec la loi MCA, et ils sont toujours utiles, par exemple pour aider à déterminer les niveaux de capacité requis dans des cas particuliers.

²² Ibid.

(a) **La jurisprudence *Re Beaney deceased***

Le principal critère en *common law* pour ce qui est de l'évaluation de la capacité de faire un don entre vifs est énoncé dans un cas de jurisprudence connu sous le nom de *Re Beaney deceased* [1978].²³ L'affaire concernait un don entre vifs portant sur le principal bien de la personne, sa résidence, à sa fille aînée. Mme Beaney en était à un état avancé de démence, et, quelques jours après son admission dans un hôpital, elle avait signé un acte de donation entre vifs transférant le titre de propriété de sa maison à sa fille, qui s'était occupée d'elle pendant un certain nombre d'années. L'année suivante, elle mourut *ab intestat* en laissant peu de biens à diviser entre ses trois enfants. Ses deux enfants les plus jeunes réclamèrent une déclaration d'annulation du don entre vifs pour cause d'incapacité mentale de leur mère à faire ce don au moment pertinent.

Il a été jugé que le niveau de compréhension dépend du type de transaction. Pour un don entre vifs, s'il s'agit d'un petit cadeau de faible importance par rapport à l'ensemble du patrimoine de la personne concernée, il n'est exigé qu'un faible niveau de compréhension. Cependant, si le don représente le seul bien de valeur importante du patrimoine de cette personne, et s'il équivaut donc à l'exercice d'un droit de préemption sur la future succession, dans un tel cas la personne doit avoir un niveau de compréhension égal à celui qu'elle devrait avoir pour signer un testament.

Le degré de compréhension est donc :

- évalué de façon subjective ; et
- étroitement lié à la fonction en ce sens qu'il varie selon la transaction concernée.

Le juge a estimé que la démence de Mme Beaney était à un stade très avancé et qu'elle n'avait donc pas pu avoir un intervalle de lucidité. Elle n'était pas capable de comprendre qu'elle effectuait un don de bien absolu, et par conséquent, le juge a annulé le don.

²³ 1 WLR 770.

(b) **La jurisprudence *Masterman-Lister v Brutton & Co (1&2)*[2002]²⁴ et l'approche subjective**

Cette affaire concerne la détermination du statut de patient ou non d'une personne aux fins de conduite d'un procès (ce qui fait référence à quelqu'un qui peut être incapable de gérer ou d'administrer ses biens et ses affaires pour cause de trouble mental).

La Cour d'appel a jugé que, aux fins de la conduite d'une procédure judiciaire, le critère de capacité à appliquer est basé sur la détermination de la capacité de compréhension par une partie, avec l'assistance des explications d'experts juridiques et d'autres conseillers suivant les besoins de l'affaire, des questions pour lesquelles son consentement ou sa décision sera vraisemblablement nécessaire pendant le déroulement de la procédure.

10. Décisions prises pour le compte de personnes qui ne sont plus capables

10.1 Testaments statutaires et autres décisions prises par la *Court of Protection*

L'article 16 MCA 2005 confère à cette instance judiciaire des pouvoirs décisionnaires étendus en ce qui concerne une personne incapable. Une telle personne est définie comme « P » (précédemment elle était appelée « le patient » mais ceci n'est plus une terminologie acceptable maintenant parce qu'une telle personne, P, peut ne pas être considérée capable de réaliser une transaction, mais elle peut être considérée capable de réaliser d'autres types de transactions) :

« s.16(2) *La Cour peut –*

- a) par le biais d'un arrêt, prendre une décision ou des décisions pour le compte de P en rapport avec l'objet ou les objets de l'affaire, ou*
- b) nommer une personne (un « représentant ») habilitée à prendre des décisions pour le compte de P en rapport avec l'objet ou les objets de l'affaire. »*

Les pouvoirs de prise de décisions de la Cour en rapport avec les biens et les affaires de P couvrent expressément les autorisations suivantes :

- un don de biens appartenant à P ;
- la liquidation des biens de P ; et

²⁴ EWCA Civ 1889.

- la signature d'un testament pour le compte de P.

Si la *Court of Protection* autorise la signature d'un testament, ce document sera appelé un testament statuaire.

Le critère de capacité dépend du moment et de la fonction :

« s.2(1) Aux fins de la présente loi, une personne est censée être incapable en liaison avec une action si, **au moment de la décision**, elle n'est pas en mesure de prendre cette décision elle-même **en relation avec ladite action** en raison de diminution des fonctions mentales ou de perturbations dans le fonctionnement de l'esprit ou du cerveau. »

« s.3(1) Aux fins de l'article 2, une personne est censée être incapable de prendre une décision pour son propre compte si elle ne peut pas –

- a) comprendre les informations associées à la prise de décision,
- b) se souvenir de ces informations,
- c) utiliser ou analyser ces informations dans le cadre de son processus de prise de décision, ou
- d) communiquer sa décision (soit en parlant, soit par une interprétation gestuelle, soit par tout autre moyen). »

Cinq principes fondamentaux doivent être appliqués par la *Court of Protection* pour déterminer si un testament statuaire sera imposé :

- la supposition selon laquelle P a joui d'un bref intervalle de lucidité au moment de la rédaction du testament ;
- pendant cet intervalle de lucidité, il est supposé que P a une connaissance complète du passé et comprend qu'après la signature du testament, il aura une rechute qui le remettra dans son état mental réel, sur la base du diagnostic médical ;
- le cas particulier de P – et non celui d'une personne hypothétique – doit être pris en compte. Par conséquent, les antipathies ou les profondes affections particulières de P pour une certaine personne ou pour une certaine cause sont des facteurs à considérer ;
- on doit supposer que P agit de façon raisonnable, et qu'il bénéficie des conseils d'un juriste compétent ; et

- l'approche utilisée pour juger le cas de P doit être comparée à un examen général de l'ensemble de la situation plutôt qu'à un examen minutieux des composantes individuelles de sa situation.

10.2 Impact du critère des « meilleurs intérêts »

L'article 1(5) MCA 2005 stipule que toute action entreprise ou décision prise au nom ou pour le compte de la personne incapable doit être entreprise ou prise dans ses meilleurs intérêts.

L'article 4 MCA 2005 stipule que la détermination des meilleurs intérêts d'une personne ne doit pas être effectuée seulement sur la base de l'âge et de l'apparence physique de la personne, de son état ou d'un aspect de son comportement qui pourrait conduire à des conclusions injustifiées sur ce que pourraient être ses meilleurs intérêts. Au lieu de cela, il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et, en particulier, la personne effectuant la détermination doit tenir compte de ce qui suit :

- a) s'il semble vraisemblable que P, à un moment quelconque, aura un intervalle de lucidité en liaison avec l'affaire en question ; et*
- b) si cela semble vraisemblable, à quel moment cela se produira.*

Il existe une obligation de permettre et d'encourager P à participer autant que possible et dans les limites de ce qui est raisonnablement réaliste. Par conséquent, il peut être approprié à un moment quelconque pendant le processus d'évaluation de la demande que quelqu'un aille voir P.

Les souhaits et sentiments passés et présents de P (et, en particulier, toutes les déclarations écrites pertinentes qu'il a faites pendant qu'il était capable), les croyances et valeurs qui influenceraient probablement sa décision s'il était capable, et les autres facteurs dont il tiendrait probablement compte s'il en était capable doivent être pris en compte.

Le demandeur doit tenir compte, s'il est possible et approprié de consulter de telles personnes, des points de vue de :

- a) quiconque a été désigné par la personne comme quelqu'un qui doit être consulté sur le sujet en question ou des points similaires,*
- b) quiconque administre des soins à la personne ou a un intérêt dans son bien-être,*
- c) toute personne ayant reçu une procuration Lasting Power of Attorney de la personne, et*

d) tout représentant désigné par la Cour pour la personne (s.4(7) MCA 2005).

Paul Hewitt

Tel : +44 (0)20 7597 6197

Fax : +44 (0)20 7597 6543

Email : paul.hewitt@withersworldwide.com

www.withersworldwide.com

Reform of Guardianship Law
Protection in Common Law
A cross-border comparison between
France and Great Britain

Paul Hewitt
Associé
Withers LLP

Reform of Guardianship Law

Protection in Common Law - A cross-border comparison between France and Great Britain

1. Population movement between Great Britain and France

There is a significant population of Britons who now live on this side of the Channel, and similarly of French citizens who have chosen the United Kingdom as their home.

OECD statistics based on censuses from 2000 indicate that a sizeable proportion are aged over 65.¹

More recent official statistics are not yet available and there are conflicting estimates. However, it is evident that the numbers have increased. It is estimated that 260,000 Britons now live in France on a full-time or part-time basis,² and there are an estimated 500,000 second homes owned in France by Britons.³

Moving in the other direction, it is estimated that, since 1999, approximately 15,000 French citizens have moved to the United Kingdom annually.⁴ There are now some 300,000 French living in the United Kingdom, 70% of whom live in Greater London.⁵

British citizens aged over 15 living in France in 2000

	No of British in France	Expressed as % of total
15-24 years	9,223	12%
25-64 years	56,330	74%
65+ years	10,870	14%
Total	76,423	100%

¹ Statistics available on <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx?QueryName=254&QueryType=View>.

² <http://www.guardian.co.uk/world/2008/mar/07/france>.

³ <http://www.newstatesman.com/200408020014>.

⁴ <http://www.guardian.co.uk/world/2006/apr/08/france.ashleyseager>.

⁵ <http://www.telegraph.co.uk/core/Content/displayPrintable.jhtml;jsessionid=FYO0HF11E2YS3QFIQMFCFGGAVCBQYIV0?xml=/propery/2007/02/22/lpfrench122.xml&site=16&page=0> and <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/mar/23/immigration.france>.

French citizens aged over 15 living in Britain in 2000

	No of French in Britain	Expressed as % of total
15-24 years	18,327	21%
25-64 years	58,831	69%
65+ years	8,181	10%
Total	85,339	100%

2. Statistics relating to dementia

2.1 Alzheimer Europe

Alzheimer Europe is a European initiative pushing for greater recognition of Alzheimer's disease and dementia as a European public health priority. It is supported by the French government. The 'Paris Declaration' includes the following sobering statement:

*'In 2006, close to 5.4 million citizens in the European Union are living with Alzheimer's disease or another form of dementia. With the ageing of the populations in all the Member States of the European Union, these numbers are set to increase and researchers have predicted a doubling of these figures by 2040 in Western Europe and a trebling of these figures in Eastern Europe.'*⁶

2.2 Statistics of people with dementia in Europe

Alzheimer Europe have collated statistics on the numbers of people suffering from dementia in Europe from two major studies, Eurodem and Ferri.⁷

⁶ 'Paris Declaration on the political priorities of the European Alzheimer movement' available on <http://www.dementia-in-europe.eu/upload/SLK56FS387ZG/downloads/ZRCNLVXRLDJS.pdf>.

⁷ Statistics available on the Dementia in Europe website at <http://www.dementia-in-europe.eu/?lm2=OWQAUJKRXAEZ>.

Country	Age Group	Number with dementia (EURODEM)	% of population	Number with dementia (Ferri et al)	% of population
France (2005 figs)	30-99	847,808	1.36%	760,715	1.22%
UK (2004 figs)	30-89	660,573	1.11%	621,717	1.04%

A major new study on the impact of dementia in the United Kingdom was published in February 2007. It suggests that the number of people with dementia in the United Kingdom has increased to 700,000. It estimates that 1,000,000 people in the United Kingdom will suffer from dementia by 2025.⁸

2.3 Relevance to legal practitioners in France and the United Kingdom⁹

The ageing population in Europe and a corresponding rise in the numbers of people with capacity issues has led to legal reform in many member states of the European Union, including the United Kingdom.

The levels of cross border migration, including significant numbers of retired citizens, mean there is an increasing chance that lawyers will have to deal with foreign nationals with issues of capacity.

Example A

An elderly British couple have a 'maison secondaire' in France. They are noticeably forgetful. They decide to gift the maison secondaire to their local cleaning lady who they have known for three years.

Whose law applies to resolve any doubt as to whether they have a proper understanding (the requisite degree of mental capacity) to make such a gift of real property?

⁸ *The Rising Cost of Dementia in the UK* A report into the prevalence and cost of dementia prepared by the Personal Social Services Research Unit (PSSRU) at the London School of Economics and the Institute of Psychiatry at King's College London, for the Alzheimer's Society, 2007, at http://www.alzheimers.org.uk/site/scripts/documents_info.php?categoryID=200120&documentID=342.

⁹ The United Kingdom has three constituent jurisdictions – (1) England & Wales, (2) Scotland, and (3) Northern Ireland. The Channel Islands are Crown dependencies and are not part of the United Kingdom (they owe allegiance to the reigning monarch direct – tradition has it that they do so in the monarch's capacity as Duke of Normandy). The Isle of Man is likewise a Crown dependency. Neither the Channel Islands nor the Isle of Man are part of the European Union.

Would the answer be different if the couple had moved to France and become habitually resident?

Example B

The same elderly British couple also have a bank account in France. They decide to give €200,000 to their gardener in return for a promise that he will look after their vegetable plot for the rest of their lives.

Which court would deal with the issues of capacity? Does the answer differ according to whether they are temporarily or habitually resident in France?

Example C

You are asked for advice in relation to the affairs of a recently widowed French lady. She has a daughter living in Paris and a son who lives in London. She chooses to move to London to live with her son rather than with her daughter in Paris.

She sells the former matrimonial home (in France) and deposits the proceeds in her bank account. Subsequently she says that she has decided to transfer the sale proceeds to her son as a gift.

Leaving aside any issues relating to inheritance, who would decide whether she has capacity to make this gift?

3. Which court has jurisdiction?

An increase in such scenarios, in France, the United Kingdom and elsewhere, has given rise to the need for clarification as to which court has jurisdiction and in what circumstances.

3.1 The Hague Convention for the International Protection of Adults 2000 (the 'Convention') and its application to England & Wales

*'The aging of the world's population, combined with greater international mobility, has created the need for improved international protection for vulnerable adults by means of legal regulation and international co-operation. The increased lifespan in many countries is accompanied by a corresponding increase in the incidence of illnesses linked to old age. As international travel becomes easier, many people reaching the age of retirement decide to spend the last part of their lives abroad.'*¹⁰

¹⁰ 'The Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults – Outline of the Convention, available at <http://www.hcch.net/upload/outline35e.pdf>.

Many legal systems allow adults to arrange in advance how their affairs will be managed in the event that they become no longer capable of managing their affairs themselves, but this raises inevitable questions about which law will apply, who will look after those adults, and with what powers. The Convention 'addresses many of these issues by providing rules on jurisdiction, applicable law and international recognition and enforcement of protective measures.'¹¹

The United Kingdom, Germany, and France have now ratified the Convention. It will therefore come into force in those countries on 1 January 2009. However, in the United Kingdom, the ratification has been limited to Scotland only.

In England & Wales, the Mental Capacity Act 2005 ('**MCA**'), which came into force on 1 October 2007, provides a complete set of rules concerning people who lack capacity and the conflict of laws.¹²

Section 63 and Schedule 3 of the MCA give effect to the Convention, and make related provision for the private international law of England & Wales. This came into force with the MCA in 1 October 2007, save that certain sections come fully into force in England & Wales once the Convention comes into force, on 1 January 2009.

A complicating factor is therefore that by 1 January 2009 the Convention will have full effect in England & Wales, but because this was achieved by virtue of domestic legislation rather than by ratifying the treaty, this will not be recognised by Scotland, Germany and France.

It is understood that the Ministry of Justice is working on full ratification for England & Wales.

3.2 **Provisions of the Mental Capacity Act 2005 relating to jurisdiction**

The MCA outlines the circumstances in which the Court of Protection (see below) will have jurisdiction over adults lacking capacity, based on the provisions of the Convention.

The Court of Protection will have jurisdiction in the following circumstances:

- for an adult lacking capacity habitually resident in England & Wales;
- for the property in England & Wales of an adult lacking capacity (this includes any chose in action or any interest in real or personal property);

¹¹ Ibid.

¹² See Dicey, Morris & Collins *The Conflict of Laws* (Thomson, Sweet & Maxwell), chapter 21.

- for an adult lacking capacity who is present in England & Wales, or who has property there, if the matter is urgent
- for an adult lacking capacity who is present in England & Wales who has a temporary protective measure proposed in relation to him, which only relates to England & Wales.¹³

Under MCA schedule 3, paragraph 7, the Court of Protection can also have jurisdiction over a British citizen if Article 7 of the Convention has been complied with. This means that if the English authorities feel that they are better placed to take measures than a Contracting State which has jurisdiction by reason of habitual residence, they can take action if they inform the State of habitual residence. This does not take effect if the State of habitual residence states that they have or will take the relevant measures, or has ruled that none are needed.

Under MCA schedule 3, paragraph 8 and Article 8 of the Convention, the authorities of a Contracting State who have jurisdiction over an adult lacking capacity can make a request to have jurisdiction transferred elsewhere, if they consider it to be in his interests. This section of the MCA will come into force on 1 January 2009. On this basis, if the Lord Chancellor agrees, the Court of Protection could accept jurisdiction over someone:

- who is British;
- whose previous habitual residence was England & Wales;
- who has property in England & Wales;
- who chose England & Wales as the authority able to take measures on his behalf in a written document related to his protection;
- who has someone prepared to undertake his or her protection who is habitually resident in England & Wales; or
- who is present in England & Wales, but in relation to the protection of his person only.

As things stand, the anomaly is that under Article 8 of the Convention, France may only make a request to another Contracting State, and in international law, England & Wales are not Contracting States. This raises an interesting technical legal problem. One view is that it seems that, under the MCA, the Court of Protection in England & Wales has the

¹³ MCA 2005 schedule 3 para 7.

jurisdiction to receive a request from a Contracting State. France could therefore make a request, seemingly outside the terms of the Convention, and the English Court could still accept jurisdiction.

Consider, for example, a British man who moved to Provence for his retirement, became habitually resident in France and then lost capacity. His daughter still lives in London, and would be prepared to take responsibility for his financial and personal affairs. Under the terms of Article 5 of the Convention, France has primary responsibility to take measures on his behalf, but France might think it was in his best interests to transfer this responsibility to the English Court of Protection, so that his daughter could care for him. France could not make the request under Article 8, because England and Wales is not a Contracting State. However, if they made a request to England, England could still accept the request under the MCA.

3.3 Which law will the Court of Protection apply?

As a general rule, the Court of Protection will apply English law. However, if it thinks that a matter has a 'substantial connection' with another country, it may apply that country's law. Similarly, it recognises that if a protective measure was taken in one state and implemented in a second state, the law of that second state governs its implementation.¹⁴ These provisions are based on Articles 13 and 14 of the Convention.

For example, if the Court decides that a person's property abroad needs to be sold abroad, the law of the second country should apply to the sale.

4. Mental Capacity Act 2005

4.1 Background and Human Rights

The MCA came into force on 1 October 2007. It followed many years of proposals for reform.

An important factor that influenced reform was a desire to better protect the human rights of those who are mentally incapacitated. The Law Commission, which advises the government on law reform in England & Wales, produced a report in 1995 on 'Mental Incapacity'.

It cited the United Nations' 1971 'Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons', which stated that '*the mentally retarded person has a right to protection from*

¹⁴ MCA 2005 schedule 3 paragraphs 11 and 12.

*exploitation, abuse and degrading treatment.*¹⁵ The Law Commission identified the Declaration as part of a '*considerable body of international opinion which identifies unacceptable discrimination in the ways in which those who have mental disabilities (and especially mental illness) have been dealt with in the past by medical practitioners, the law and society as a whole.*'¹⁶

The United Kingdom finally gave effect in domestic law to sections of the European Convention on Human Rights by the Human Rights Act 1998. The explanatory notes which accompany the MCA note that it '*meets the state's positive obligation under Article 8 ... to ensure respect for private life.*'¹⁷

4.2 Overview of the Mental Capacity Act 2005

The main changes effected by the MCA are:

- For the first time, the level of capacity that a person must have to make a specific decision is given a statutory footing. Five statutory principles assist in deciding how decisions are made and who makes them.
- Enduring Powers of Attorney were abolished and replaced by Lasting Powers of Attorney (see below for explanation).
- Lasting Powers of Attorney can be used for financial decisions. They can also be used for delegating decisions about health and welfare (not previously permitted).
- A new Court of Protection was established with a higher status.
- The Court of Protection can decide welfare matters as well as financial matters.
- The Office of the Public Guardian was set up to act alongside the Court of Protection.
- A Code of Practice (the '**Code**') accompanied the MCA. The Code gives guidance and information about how the MCA works in practice.¹⁸

¹⁵ *Mental Capacity* (Law Com No.231) p. 17, citing the *Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons*, 1971 UN General Assembly, 26th Session, Resolution 2856, para 6.

¹⁶ *Mental Capacity* (Law Com No.231), p. 23.

¹⁷ Mental Capacity Act Explanatory Notes, para 10, available at http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/en/ukpgaen_20050009_en.pdf.

¹⁸ The Code of Practice is available online at <http://www.dca.gov.uk/legal-policy/mental-capacity/mca-cp.pdf>.

- A new legal right was created – a general authority to act in limited circumstances for an incapacitated person.
- Advance decisions to refuse medical treatment (*Living Wills*) were given statutory confirmation.

5. **The Court of Protection**

The Court of Protection is the court in England & Wales which deals with the affairs of those who lack mental capacity. The MCA changed its status and procedures.

The Court can now:

- decide whether a person has capacity to make a particular decision;
- make declarations, decisions or orders involving the finances or welfare of people without capacity;
- decide whether a Lasting Power of Attorney or an Enduring Power of Attorney is valid;
- remove Deputies or Attorneys (who are the people appointed to act as representatives to make decisions for those who lack capacity) who fail to carry out their duties; and
- appoint Deputies.

6. **The Office of the Public Guardian ('OPG')**

The Office of the Public Guardian was established in October 2007. Its role is to protect people whose mental incapacity means that they are unable to make decisions.

It supports and supervises Attorneys and Deputies who make decisions on behalf of those who lack mental capacity, and if necessary acts with other organisations to investigate allegations of abuse by Attorneys and Deputies.

It also provides information on mental capacity to the public or professionals who may need it.

7. **Deputies**

The preference is to make individual orders in relation to specific types of transaction for those who lack capacity. However, the Court of Protection has the power to appoint a Deputy to make decisions for someone whose lack of capacity to make such decisions is likely to continue in the future. Deputies can be appointed to manage a person's property and affairs. It is also possible for the Court to appoint a personal welfare Deputy in limited cases.

A Deputy must be at least 18 years of age. Paid care workers should not normally act as a Deputy, because of the potential for there to be a conflict of interest.

The Court can appoint two or more Deputies and state whether they could act jointly or jointly and severally or jointly in respect of some matters and jointly and severally in respect of others. The powers and duties of a Deputy will be set out in orders made by the Court. They will be supervised by the OPG.

8. **Enduring Powers of Attorney and Lasting Powers of Attorney**

The Enduring Power of Attorney ('EPA') and Lasting Power of Attorney ('LPA') are the documents by which a donor appoints an Attorney to make decisions for him in the event of him losing capacity, but both can be used as normal powers of attorney before the donor loses capacity.

8.1 **Jurisdiction relating to Enduring Powers of Attorney and Lasting Powers of Attorney**

Under Article 15 of the Convention, matters relating to '*powers of representation granted by an adult, either under an agreement or by a unilateral act, to be exercised when such an adult is not in a position to protect his or her interests*' are governed by the law of the country where the donor is habitually resident at the time of writing the document. This can be changed, if specified in writing, to the law of the state of which that person is a national, or in which he was formerly habitually resident, or in which that adult's property is located, with respect to that property. The manner in which the power is exercised is governed by the law of the state in which it is exercised.

Thus if a French national was habitually resident in England & Wales at the time of granting a power, by default the law applicable to it would be English law. However, he could specify in writing that he would like French law to be applied, on the basis of his nationality, or former habitual residence. This might be seen as desirable, for instance in the case of a Frenchman working in London for many years who has become habitually resident. Unless otherwise specified, English law will apply, but if his intention is ultimately to return to France, it would be beneficial to apply French law from the outset, in case he unexpectedly loses capacity.

Interestingly, the Convention only relates to powers of representation to be used when an adult loses capacity. It is not clear in international law what the position is for EPAs and LPAs in so far as they are used when the donor still has capacity. One view is that the power would be divisible, so that the Convention would apply after the donor has lost

capacity, and the *Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency* would apply beforehand.¹⁹

8.2 **Enduring Powers of Attorney**

Enduring Powers of Attorney, introduced in 1985, were the first English power of attorney which could continue to be used once the donor had lost capacity.

Since 1 October 2007, it has no longer been possible to create new EPAs, but existing EPAs, both registered and unregistered, remain valid. They are therefore still in use, and will be for many years to come.

When an Attorney believes that the donor is or is becoming mentally incapable, the Attorney is under a duty to register the EPA with the OPG. On that basis the Attorney is entitled to continue to use the EPA. When a decision is made to inform the OPG of an intention to register the power, the Attorney must notify the donor and specified relatives.

However, there are problems with EPAs. Notably, there are limited safeguards against abuse. They are restricted to property and financial affairs and so there is no possibility of using them for personal welfare decisions.

8.3 **Lasting Powers of Attorney**

Since 1 October 2007, it has no longer been possible to create an Enduring Power of Attorney. Instead a new power of attorney, the Lasting Power of Attorney, was introduced.

An LPA can be in one of two forms:

- a property and affairs LPA (which deals with financial matters and effectively replaces an EPA), and
- a personal welfare LPA (which covers decisions concerning personal welfare and healthcare).

An LPA must be produced in the prescribed form.²⁰ It must be signed by the donor, the Attorney(s) and at least one certificate provider (see below).

¹⁹ Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults, Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraph 97

²⁰ The prescribed form is set out in the Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations 2007 (SI 2007/1253).

More than one Attorney may be appointed. They may be appointed jointly, jointly and severally, or a mixture of jointly and jointly and severally for different types of decision.

The donor can restrict an Attorney's powers, and can also give an Attorney non-binding guidance as to how to use those powers.

As with an EPA, Attorneys can make gifts in certain limited circumstances.

The donor may (but does not have to) name up to 5 people whom they wish to be notified when the LPA is registered. Unlike EPAs, the named persons do not have to be related to the donor.

At least one certificate provider is required for a valid LPA. A certificate provider is one of the key new safeguards of the LPA regime. The certificate provider's role is one of scrutiny to confirm that the donor fully understands the document he is signing. A certificate provider can either be someone who has known the donor personally for at least two years or a person with relevant professional skills and expertise including healthcare professionals and legal professionals. Some people cannot be certificate providers, importantly the Attorney and relatives of the donor or the Attorney.

An LPA is not valid until it has been registered with the OPG. This process involves notifying the notifiable persons and the donor and Attorneys and takes around six weeks. A registered LPA is immediately recognisable as it is stamped by the OPG on all pages.

8.4 Lasting Power of Attorney – Property and Affairs

This is effectively a replacement for an EPA. Attorneys acting under a property and affairs LPA can make decisions about financial and property matters.

Paragraph 7.36 of the Code gives a list of the kinds of decisions which an Attorney would be able to make (although the donor may exclude some of these). These might include:

- buying or selling property;
- opening, closing or operating any bank, building society or other account;
- giving access to the donor's financial information;
- claiming, receiving and using benefits, pensions, allowances and rebates on the donor's behalf;
- receiving any income, inheritance or other entitlement on behalf of the donor;
- dealing with the donor's tax affairs;

- paying the donor's mortgage, rent and household expenses;
- insuring, maintaining and repairing the donor's property;
- investing the donor's savings;
- making limited gifts on the donor's behalf;
- paying for private medical care and residential care or nursing fees or applying for entitlement to NHS care;
- using the donor's money to buy a vehicle or any other equipment for other help they need;
- repaying interest and capital on any loan taken out by the donor.

8.5 **Lasting Power of Attorney – Personal Welfare**

A Lasting Power of Attorney Personal Welfare is a new document which had no previous equivalent in English law.

Under this kind of LPA, Attorneys can make decisions about the donor's personal welfare. This includes a wide range of matters. Although there is no definition of the term in the MCA it would include:

- determining where a person should live and with whom they should live;
- day to day care including diet and dress;
- who the person may have contact with;
- consenting to or refusing medical examination or treatment on a person's behalf;
- arrangements needed for a person to be given medical, dental or optical treatment;
- assessment for, and the provision of, community care services;
- social, leisure activities, education and training;
- rights of access to personal information;
- complaints about care and treatment.

8.6 What personal welfare decisions are excluded?

Some decisions which might be characterised as personal welfare decisions are specifically excluded. These are:

- The treatment of the mental disorder of a patient detained under the Mental Health Act 1983
- Family relationships, including consenting to marriage, civil partnership, sexual relations, divorce, dissolution of marriage or civil partnership, and placing a child for adoption
- Voting rights

The MCA also does not apply to adults who are vulnerable, but who nonetheless still have capacity.

9. How capacity is now assessed in England & Wales – a blend of common law and statute

9.1 How does the law define capacity and incapacity?

(a) Capacity

*'...means someone's ability to do something and, in a legal context, it refers to a person's ability to perform a specific juristic act, such as making a will, a gift, a contract..., or generally being able to manage his or her property and affairs.'*²¹

(b) Incapacity

*'... the inability to enter into a transaction, is either imposed by the law for policy reasons or arises by reason of mental disorder. ... Nowadays, incapacity by operation of the law applies principally to children, the underlying policy being that they need to be protected from their own inexperience and imprudence and from the rapacity of others. Similar considerations apply in the case of mentally disabled adults.'*²²

²¹Lush *Elderly Clients: A Precedent Manual* Jordans 1996, p53.

²² Ibid.

9.2 **Determining capacity in the legal context**

Usually it is the doctor's function to assess capacity and the lawyer's to decide if it is established or not. The determination of whether a person is mentally capable or not is a judicial function; doctors are expert witnesses who provide the court with the evidence it needs to decide.

9.3 **Capacity under the Mental Capacity Act 2005**

The MCA is based on five statutory principles, which are set out in section 1 MCA:

- (a) A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks it.
- (b) A person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success.
- (c) A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision.
- (d) An act done or decision made under the MCA for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.
- (e) Before the act is done or decision made, regard must be had to whether the purpose for which it is needed can be as effectively achieved in a way that is less restrictive of the person's rights and freedom of action.

9.4 **Some considerations of capacity in common law**

Common law tests of capacity still exist alongside the MCA, and provide further guidance, for instance as to levels of capacity required in particular circumstances.

(a) ***Re Beaney deceased***

The principal common law test in relation to assessing capacity to make a lifetime gift is set out in a case known as *Re Beaney deceased* [1978].²³ The case concerned a lifetime gift of the individual's principal asset, her home, to her eldest daughter. Mrs Beaney suffered from advanced dementia and a few days after being admitted to hospital she signed a deed of gift transferring her home to her daughter who had cared for her for a number of years. The following year she died intestate leaving few assets to be divided between her three children.

²³ 1 WLR 770.

Her younger children applied for a declaration to have the gift set aside on the basis of her mental incapability to make the gift at the relevant time.

It was held that the level of understanding required depends on the type of transaction. For a lifetime gift, if it is a small gift which is trivial in relation to the person's other assets, a low level of understanding is needed. However, if the gift disposes of the person's only valuable asset, and therefore pre-empts the succession of the estate, then the person needs as much understanding as if they were signing a will.

The degree of understanding is therefore:

- Subjectively assessed, and
- Function-specific in that it will vary according to the transaction concerned.

The Judge held that Mrs Beaney's dementia was very advanced and it was therefore impossible for her to have a lucid interval. She was not capable of understanding that she was making an absolute gift of property and accordingly the deed of gift was set aside.

(b) ***Masterman-Lister v Brutton & Co (1&2)[2002]*²⁴ and the subjective approach**

The case addresses whether a person was a patient for the purposes of conducting litigation (meaning someone unable to manage or administer his property and affairs by reason of mental disorder).

The Court of Appeal held that, for the purposes of conducting legal proceedings, the test of capacity to be applied is whether a party is capable of understanding, with the assistance of such explanation from legal experts and others as the matter might require, the issues on which his consent or decision is likely to be necessary in the course of the proceedings.

10. Decisions made on behalf of those who have lost capacity

10.1 Statutory Wills and other decisions taken by the Court of Protection

Section 16 MCA 2005 gives the court wide powers to make an order concerning a person who lacks capacity. That person is defined as 'P' (previously one referred to 'the patient')

²⁴ EWCA Civ 1889.

but that is no longer acceptable terminology because someone, P, may lack capacity in relation to one transaction but not in relation to other types of transaction):

“s.16(2) The court may –

- a) by making an order, make the decision or decisions on P’s behalf in relation to the matter or matters, or*
- b) appoint a person (a “deputy”) to make decisions on P’s behalf in relation to the matter or matters.”*

The court’s power to make decisions in relation to P’s property and affairs extends expressly to authorising:

- a gift of P’s property;
- the settlement of P’s property ; and
- the execution for P of a Will.

If the Court of Protection authorises the execution of a Will that document is known as a statutory will.

The test for capacity is time and function specific:

*“s.2(1) For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if **at the material time** he is unable to make a decision for himself **in relation to the matter** because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain.”*

“s.3(1) For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable –

- a) to understand the information relevant to the decision,*
- b) to retain the information,*
- c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or*
- d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means).”*

There are 5 core principles to be applied by the Court of Protection in determining whether a statutory will may be made:

- the assumption that P is having a brief lucid interval at the time when the will was made;
- during that lucid interval it is to be assumed that P has full knowledge of the past and will realise that as soon as the will is executed he will relapse back into his actual mental state with his actual prognosis;
- P and not a hypothetical person has to be considered. Therefore, P's particular antipathies or deep affections for a particular person or cause must be considered;
- P must be assumed to be acting reasonably and must be assumed to be being advised by a competent solicitor; and
- the approach of P is "broad brush" rather than an "accountant's pen".

10.2 Impact of 'best interests' test

Section 1(5) MCA 2005 states that any act done, or decision made, for or on behalf of the person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.

Section 4 MCA 2005 stipulates that determining a person's best interests is done not merely on the basis of the person's age or appearance or condition or aspect of behaviour which might lead to unjustified assumptions about what might be in his best interests. Instead, all relevant circumstances must be considered and, in particular, the person making the determination must consider:

- a) whether it is likely that P will at some time have capacity in relation to the matter in question; and*
- b) if it appears likely that he will, when that is likely to.*

There is an obligation to permit and encourage P to participate as fully as possible as far as is reasonably practicable. Therefore, it may be appropriate at some point during an application for someone to visit P.

P's past and present wishes and feelings (and, in particular, any relevant written statement made by him when he had capacity), the beliefs and values that would be likely to influence his decision if he had capacity, and the other factors that he would be likely to consider if he were able to do so must be considered.

The applicant must take into account, if it is practicable and appropriate to consult them, the views of:

- a) *anyone named by the person as someone to be consulted on the matter in question or on matters of that kind,*
- b) *anyone engaged in care of the person or interested in his welfare,*
- c) *any donee of a Lasting Power of Attorney granted by the person, and*
- d) *any deputy appointed for the person by the Court (s.4(7) MCA 2005).*

Paul Hewitt

Tel : +44 (0)20 7597 6197

Fax : +44 (0)20 7597 6543

Email : paul.hewitt@withersworldwide.com

www.withersworldwide.com

CONVENTION NATIONALE des AVOCATS – LILLE
Vendredi 17 octobre 2008 9 H00 – 12 H 45

LA REFORME DES TUTELLES –

Une approche comparative des systèmes de protection majeurs en droit international

Comment est née la

**LOI n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant
réforme de la protection juridique des majeurs (1)?**

Comme nous l'avons pu entendre au cours des différentes interventions depuis ce matin, la loi nationale a été largement inspirée par des législations européennes et il m'a été confié la mission d'évoquer avec vous la mesure de protection des majeurs en Allemagne.

Le législateur allemand a été amené à élaborer dès la fin des années 80 une protection plus adaptée aux personnes vulnérables et a légiféré, résultat de la loi du 12 septembre 1990, rentrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992 (qui a été modifiée en fonction des besoins).

Auparavant, existaient une loi de tutelle des majeurs (Vormundschaft) ainsi qu'une loi de protection en cas de défaillance physique (Gebrechlichkeitspflegschaft).

Le nouveau texte a mis fin à ces deux mesures qui se sont révélées inadaptées et inefficaces et surtout ancrées sur des critères qui ne permettaient pas de prendre en considération la personne même à protéger!

Certes, sous une influence économique, les anciens textes se préoccupaient plus particulièrement de sécuriser le patrimoine de la personne à protéger qu'elle-même.

Sous influence des philosophes, sociologues, politiciens et juristes le gouvernement allemand a souhaité une législation plus appropriée et modulable en fonction de la gravité du caractère du trouble / maladie dont la « personne concernée » (Betroffene) est touchée.

La loi sur la protection légale (rechtliche Betreuung) a été incorporée dans le BGB équivalent de notre Code Civil à partir des § 1896 du BGB.

Selon cet article,

» Un majeur qui en raison d'une maladie physiologique, psychologique ou mentale ne peut plus gérer même partiellement ses affaires, le tribunal chargé de protection (Vormundschaftsgericht) à sa demande ou sur demande administrative peut nommer un protecteur (Betreuer).

Cette demande peut aussi être faite par une personne ne disposant pas de la capacité juridique. Si le majeur n'est pas en mesure de gérer ses affaires personnelles en raison d'une incapacité

physique, le protecteur ne peut être nommé qu'à sa demande à moins qu'il n'est plus en mesure de faire connaître sa volonté ».

Il faut mémoriser qu'en 1999, 850 000 personnes étaient concernées par cette mesure sur tout le territoire national (la réunification des deux Allemagnes a eu lieu en 1989/ 1990 enclenchée sur un plan international par l'effondrement du mur de Berlin).

Tous les politiques ont été alertés par le phénomène de l'allongement de l'espérance de vie et le vieillissement corrélatif de la population.

En France, Madame Rose BOUTARIC dans son rapport présenté en vue de l'élaboration de la réforme sur la loi des tutelles au Conseil économique et social a évoqué que plus de 1 % de la population française se trouve actuellement sous un régime de protection juridique (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice), et que le taux de croissance de ces mesures est d'environ 8 % par an. Ses prévisions sont au plus juste étant donné que le nombre des personnes protégées se situe aujourd'hui à 800 000 et pourraient même avoisiner un million de personnes.

Les critiques de l'ancien système en Allemagne étaient multiples car il plaçait la personne à protéger non seulement dans un état de dépendance par rapport à son tuteur mais ne laissait en outre aucune place pour que la volonté et les souhaits de la personne concernée puissent s'exprimer et influencer sur son mode de vie. N'évoquons pas non plus la surcharge des personnes désignées « tuteurs » pour assurer le bon déroulement de la mesure (aspect financier, formation, disponibilité,...).

Aujourd'hui nous parlons d'une **PROTECTION - Betreuung (littéralement "régime des soins")**

La personne à protéger n'est plus déclarée incapable au sens du terme juridique.

La personne majeure qui ne peut plus en raison de sa maladie pourvoir à ses affaires se verra désignée un « protecteur ».

Toutes les dispositions pour enclencher cette protection sont établies dans le **§ 1896 al.1 du BGB**.

Une des conditions principales pour justifier cette mesure est la nécessité d'une aide / intervention.

Celle-ci peut être fondée en l'état

- a) d'une maladie psychologique
- b) d'une maladie mentale
- c) d'un état dépressif
- d) d'un état d'incapacité physique (paralysie)
- e) d'un état de dépendance et de nécessité de prise en charge

à l'aide de toutes mesures d'investigations (témoignages, expertises médicales, ...).

Il est expressément rappelé que le texte vise que la mesure de protection doit s'avérer nécessaire voire indispensable pour la personne à protéger.

L'intervention du protecteur est particulièrement détaillée par la désignation et il est souligné que le législateur a conçu la protection comme une aide à la personne à protéger et chaque intervention dans la sphère et dans l'intimité doit être limitée par le principe du droit fondamental constitutionnel de la « **nécessité** ».

C'est dans ce contexte qu'il faut d'abord chercher dans l'entourage familial / amical de la personne à protéger pour désigner un tuteur "protecteur".

Le § 1898 BGB permet au tribunal de désigner plusieurs tuteurs "protecteurs" ou une personne morale (organisme professionnel ou encore une association légalement habilitée (§1900 BGB).

Il s'agit en effet d'apprécier en fonction des besoins spécifiques de la personne la mise en place d'une mesure de protection (aide à domicile, simple accompagnement pas de nécessité).

Le tuteur "protecteur" doit se soucier de l'état de santé de l'incapable, éviter l'aggravation de cet état ou encore permettre son amélioration (§ 1901 BGB).

Si la personne a mandaté un professionnel aux fins de s'occuper de la gestion de ses affaires patrimoniales avant l'apparition des signes de faiblesse le tribunal devra en tenir compte, également si la personne est toujours capable de missionner quelqu'un (un comptable, conseiller) pour gérer son patrimoine.

Exception, lorsque le mandataire désigné doit être contrôlé, et que la personne à protéger n'est plus en mesure d'effectuer ce contrôle, c'est alors § 1896 al. 3 qui prévoit la nomination d'un contrôleur du protecteur.

Autrement, le mandat trouve sa pleine application.

A tout moment, la personne protégée et son protecteur peuvent informer le tribunal qu'il n'y a plus besoin de maintenir de cette mesure.

La durée de la mesure de protection est limitée à 5 ans. Il appartient au juge de lever la mesure de protection si les circonstances ayant justifiées sa mise en place ont disparu (§ 1908 d BGB).

La loi distingue entre mesure de protection et déclaration d'incapacité, qui est précisée dans le § 104 Nr. 2 BGB et qui dispose « *Est incapable qui n'est pas libre de manifester sa volonté en raison de son état de perturbation malade psychique et s'il ne s'agit pas d'un état passager* ».

Une règle particulière :

Si, effectivement le tribunal s'est réservé un droit d'autorisation pour que les affaires menées par la personne à protéger accompagnée de son protecteur soient valables, il faut préalablement en

référer à la juridiction, surtout, si la personne mettrait en danger ses propres intérêts ou s'il risque d'être impliqué dans des affaires quelque peu délicates et en prévention du risque de ne pas pouvoir ultérieurement justifier de son état d'incapable.

La personne à protéger peut se marier, faire son testament (sous réserve de comprendre sa déclaration et d'en mesurer les conséquences), et un droit d'autorisation n'existe pas dans ces domaines car l'intervention du protecteur n'est pas requise et le droit vote est conservé par le protégé.

Exception, si une mesure de protection élargie est mise en place !



THE ONLY GLOBAL ASSOCIATION OF YOUNG LAWYERS

Convention Nationale des Avocats – Lille Vendredi 17 octobre 2008 9h00 – 12h45

L'AIJA (Association Internationale des Jeunes Avocats) et ses Commissions
Devoirs et droits de l'homme et de la défense d'une part, ainsi que *Clientèle Privée* d'autre part,
vous invitent à participer à sa session de travail:

Réforme des Tutelles : du majeur incapable à la personne protégée - Une approche comparative des systèmes de protection des majeurs en droit international

Au cours de cette session de travail seront d'abord évoquées les grandes lignes de la loi du 5 mars 2007 sur la protection juridique des majeurs qui entrera en vigueur en France le 1^{er} janvier 2009. De fait, les préoccupations à l'origine de cette réforme, qui touchent notamment à la dignité et au respect de la personne protégée, sont partagées par nos voisins internationaux. Il est par ailleurs constant que les pays occidentaux sont confrontés au vieillissement de leur population. C'est ainsi par exemple que les différents Etats de l'Union européenne ont réformé - ou sont en cours de réformer- leur système de protection des majeurs. L'émergence de telles préoccupations similaires appelle, dans ce domaine comme dans d'autres, la mise en place de solutions cohérentes et harmonisées, en phase avec la mondialisation contemporaine des relations juridiques.

Programme

9:00 h Allocution de Bienvenue et Introduction: les Présidents des Commissions organisatrices,
Me Jean-Louis COLLART (Droits de l'Homme), Cabinet MENTHA & Associés, Genève, Suisse
Me Christian MONTANA (Clientèle Privée), Studio Legale GARDENAL & Associati, Milan, Italie

9:15h Présentation:
La réforme du système français – les grandes lignes de la loi du 5 mars 2007
Me Marie-Dominique FLOUZAT-AUBA- Cabinet FLOUZAT-AUBA – Paris
Me Elisabeth GRANIER-ZARRABI – Cabinet GRANIER-ZARRABI - Grasse
Me Emmanuel VOISIN-MONCHO – SCP MONCHO- VOISIN-MONCHO - Cannes

9:45h Présentation:
Les acteurs de la protection :
Intervention de **Madame Anne-Marie DAVID pour la FNAT**
(Fédération Nationale des Associations Tutélaires) - Paris

10:05h Présentation:
La protection en Common Law
Illustrations « transfrontalières » France/Grande Bretagne
Intervention de **Me Paul HEWITT, WITHERS LLP**, Londres

10:30 Pause-café

11:00 Panel:
L'approche comparative : des solutions semblables pour des préoccupations communes ?

Allemagne : Me Winni SCHREIBER-BALDET, Cabinet SCHREIBER-BALDET, Cannes

Angleterre : Me Paul HEWITT, WITHERS LLP, Londres

Belgique : Me Nathalie LABEEUW, Cabinet TIBERGHIEU, Bruxelles

Espagne : Contribution de Me Mercedes CARAL, Cabinet JAUSAS, Barcelone

Finlande : Contribution de Me Ville SALONEN, Vice-Président de la Commission Clientèle Privée de l'AIJA, TALENTOR FINLAND, Helsinki

France : Me Emmanuel VOISIN-MONCHO, SCP MONCHO-VOISIN-MONCHO, Cannes

Italie : Me Elisabetta DEL MONACO, Studio Legale DELGIUDICE, Treviso

Suisse : Me Jean-Louis COLLART, Président de la Commission des Devoirs et Droits de l'Homme et de la Défense de l'AIJA, Cabinet MENTHA & Associés, Genève

12:30 Synthèse et Conclusion:
Me Agnès PROTON, Secrétaire Générale de l'AIJA, Cabinet PROTON, Cannes.

I. Introduction

Toute personne est en principe aptes à être titulaire de droits : droits de la personnalité, droits patrimoniaux ou droits extrapatrimoniaux. L'incapacité est l'exception : n'est en effet incapable que la personne qui est déclarée telle par la loi ou par une décision judiciaire se fondant sur une règle légale.

Il n'existe pas, en droit belge, un régime unique de l'incapacité juridique. Les incapacités frappant une personne majeure, sont de l'ordre de six :

- la mise sous administration provisoire ;
- la minorité prolongée ;
- l'interdiction;
- la mise sous conseil judiciaire ;
- l'interdiction légale.

I. La mise sous administration provisoire¹

Depuis le 31 décembre 2003², le majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état de gérer ses biens, fût-ce temporairement, peut être pourvu d'un administrateur provisoire, en vue de la protection de son patrimoine. La personne sous administrateur provisoire reste capable de passer des actes de caractère personnel. Dans la pratique, l'administration provisoire trouve un terrain d'application important chez les personnes démentes ou de grand âge. Aussi l'alcoolisme et la toxicomanie affectant la volonté et la gestion du patrimoine, peuvent être des raisons de mettre quelqu'un sous administration provisoire.

1. Procédure en désignation

Il s'agit d'une procédure contradictoire.

Qui peut postuler l'administrateur provisoire ?

La personne inapte peut postuler elle-même la désignation d'un administrateur provisoire, ainsi que toute personne intéressée. Celle-ci peut être un conjoint, un cohabitant légal ou un partenaire de fait, un membre de la famille, un ami, un voisin, un avocat, un médecin,...³ Aussi le procureur du Roi est expressément habilité à demander la désignation d'un administrateur provisoire. Enfin, le juge de paix peut désigner d'office un administrateur provisoire lorsqu'il est saisi d'une requête de mise en observation ou de maintien dans un établissement psychiatrique, ou d'une demande de traitement ou de maintien en milieu familial.

Est seul compétent pour connaître des demandes de désignation, le juge de paix de la résidence, ou à défaut, du domicile de la personne à protéger. La requête introductive doit être écrite, contenir des diverses mentions obligatoires, être signée par le requérant ou son avocat et être, sauf cas d'urgence, accompagnée d'un certificat médical circonstancié, ne datant pas de

¹ Articles 488bis a) à k) C.civ.

² Loi du 3 mai 2003

³ P. MARCHAL, 'L'administration provisoire des biens', dans le *Répertoire notariale*, T 1 – Les personnes, livre VIII, Larcier, 2007, 236.

plus de 15 jours, et décrivant l'état de santé de la personne à protéger. Le juge convoque pour les entendre, le cas échéant en présence de leur avocat, la personne à protéger, les personnes vivant avec elle, le requérant et toute autre personne susceptible de fournir des renseignements au juge. Le juge peut également désigner un expert médical.

2. Déclaration de préférence

En 2003, une possibilité est introduite dans la loi par laquelle chacun peut faire une déclaration devant le juge de paix de sa résidence ou de son domicile ou encore devant un notaire, dans laquelle il indique sa préférence en ce qui concerne l'administrateur provisoire à désigner s'il n'était plus en état de gérer ses biens. Ces déclarations sont enregistrées par le greffier ou par le notaire dans un registre central, tenu par la Fédération Royale du Notariat belge. Avant que le juge de paix prenne connaissance de la requête, le greffier doit vérifier si une déclaration a été enregistrée dans le registre précité. Le juge ne peut déroger à ce choix que pour des motifs graves. Cette déclaration peut à tout moment être révoquée par la personne concernée.

3. Personne de confiance

Aussi longtemps que dure l'administration provisoire, l'intéressé a le droit de se faire assister par une personne de confiance. Cette possibilité est introduite dans la loi pour humaniser la protection et renforcer le contrôle de l'administrateur provisoire. Elle sera issue de l'entourage proche de la personne à protéger et apte à améliorer la communication avec les organes de gestion. La personne de confiance exerce un contrôle sur la gestion et peut demander une révision de la mission de l'administrateur. Elle peut enfin fournir une assistance à l'administrateur.

4. Désignation de l'administrateur provisoire

L'administrateur provisoire est désigné par ordonnance motivée. Le juge de paix désigne la personne la plus apte à gérer le patrimoine du protégé, compte tenu de la nature et de la composition des biens, de l'état de santé de la personne ainsi que la situation familiale, mais suivant l'ordre de préférence indicatif de la loi : le père et/ou la mère de la personne à protéger, son partenaire cohabitant, un membre de la proche famille ou, le cas échéant, la personne de confiance de l'intéressé.

L'ordonnance désignant l'administrateur provisoire est publiée dans le Moniteur Belge. La décision est notifiée au bourgmestre du lieu du domicile de la personne protégée pour être consignée dans le registre de la population.

Au plus tard un mois après l'acceptation de sa désignation, l'administrateur provisoire est tenu d'établir un rapport concernant la situation patrimoniale et les sources de revenus de la personne protégée, et de le transmettre au juge de paix et à la personne protégée. Il leur rend en outre compte de sa gestion chaque année et à la fin de son mandat. Ce rapport sera conservé dans un dossier au greffe de la justice de paix.

Le juge de paix peut allouer à l'administrateur provisoire, une rémunération dont le montant ne peut dépasser 3% des revenus de la personne à protéger.

L'administration provisoire prend fin si la mesure ne se justifie plus ou si la capacité de la personne est modifiée par un autre statut civil de protection.

5. Pouvoir de l'administrateur provisoire

L'administrateur provisoire a pour mission de gérer les biens de la personne protégée en bon père de famille ou l'assister dans cette gestion. C'est le juge de paix qui décidera de l'étendue des pouvoirs de l'administrateur provisoire. Le juge peut moduler les pouvoirs⁴.

A défaut d'indications, l'administrateur provisoire représentera la personne protégée dans les actes juridiques et les procédures tant comme demandeur que comme défendeur. Toutefois, il ne pourra agir qu'avec l'autorisation du juge de paix pour divers actes : aliéner les biens meubles et immeubles, emprunter et consentir hypothèque, acquiescer à une demande relative à des droits immobiliers, renoncer à une succession sous bénéfice d'inventaire, accepter une donation ou recueillir un legs, conclure un bail à ferme ou un bail commercial, transiger, agir comme demandeur dans diverses procédures, ...

La personne protégée ne peut disposer valablement par donations entre vifs ou par testament qu'après autorisation par le juge de paix. Aussi pour conclure un contrat de mariage, l'autorisation du juge est nécessaire.

Il règle les frais d'entretien et de traitement à charge de la personne protégée et met à la disposition de celle-ci les sommes qu'il juge nécessaires à l'amélioration de son sort.

6. Sort des actes accomplis par la personne protégée

Tous actes accomplis par la personne protégée après le dépôt de la requête en désignation d'un administrateur provisoire, alors que le pouvoir de les accomplir aurait été donné à l'administrateur provisoire, sont nuls de droit. La nullité est relative et ne peut être demandée que par la personne protégée ou son administrateur provisoire.

II. La minorité prolongée⁵

La minorité prolongée a été créée pour protéger les arriérés mentaux. Peut être placée sous statut de minorité prolongée la personne « dont il est établi qu'en raison de son aliénation mentale grave, elle paraît devoir rester incapable de gouverner sa personne et d'administrer ses biens... ». Par arriération mentale, la loi entend un état de déficience mentale congénitale ou ayant débuté au cours de la petite enfance, par accident ou maladie, caractérisé par un manque de développement de l'ensemble des facultés intellectuelles, affectives et volitives. La loi permet la mainlevée du statut de minorité prolongée.

La demande de mise sous statut de minorité prolongée est faite devant le tribunal de première instance du domicile ou de la résidence de l'arriéré mental, par requête introduite par le père et/ou la mère (si la personne est encore mineure) ou par tout parent (si la personne est majeure), par son tuteur ou par le Procureur du Roi.

Le demandeur joint à la requête un certificat médical ne datant pas plus que 15 jours décrivant la déficience mentale. Le requérant et la personne à protéger sont convoqués et entendus par le juge. Une enquête d'expertise peut être ordonnée. La décision instaurant le statut de la minorité

⁴ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 700.

⁵ Articles 487bis – 487octies du Code civil belge.

prolongée est portée à la connaissance du Ministre de la justice et mentionnée dans le registre de la population, ainsi que sur la carte d'identité de l'intéressé.

La personne sous statut de minorité prolongée sera assimilée quant à sa personne et ses biens à un mineur de moins de 15 ans. Dès lors, pour accomplir des actes juridiques, la personne sous statut de minorité prolongée devra être représentée par ses parents ou son tuteur. Les actes irréguliers sont rescindables en cas de lésion ; ils sont nuls de droit s'il s'agit d'actes soumis à des formes habilitantes.

III. L'interdiction judiciaire⁶

Les causes de l'interdiction sont l'imbécillité ou la démence, lorsqu'elles sont un état habituel. Ce statut veut assurer la protection de toute personne qui, étant frappée de maladie mentale, se trouve de ce fait dans l'impossibilité de se gouverner et d'administrer ses biens.

L'interdiction judiciaire doit être prononcée par le tribunal de première instance du lieu du domicile du futur interdit. Elle est introduite par requête unilatérale motivée et appartient qu'au conjoint, à tout parent ou au Procureur du Roi. Un examen neuro-psychiatrique sera ordonné et la personne à protéger sera interrogée par le juge. Le jugement ou l'arrêt d'interdiction est publié par extrait au Moniteur Belge et le bourgmestre du lieu de la résidence de l'interdit est avisé.

Les effets de l'interdiction sont radicaux : l'interdit est assimilé au mineur non émancipé pour sa personne et pour ses biens. Il est frappé d'une incapacité d'exercice totale. Tous les actes accomplis par l'interdit postérieurement au jour du jugement d'interdiction sont nuls de plein droit.

Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent. Le juge de paix désigne un tuteur et un subrogé tuteur et surveille le fonctionnement de la tutelle.⁷

La procédure d'interdiction étant longue et fort lourde, depuis plus de 25 ans, de moins en moins d'interdictions sont prononcées et la tendance est à leur disparition.⁸

IV. La mise sous conseil judiciaire

La mesure d'adjonction d'un conseil judiciaire vise des personnes inaptes à gérer correctement leurs biens, mais pas affaiblies mentalement au point d'appeler une protection plus rapprochée. La loi prévoit deux causes de nomination d'un conseil judiciaire : la prodigalité⁹ et la faiblesse d'esprit¹⁰. La faiblesse d'esprit est une infirmité mentale qui rend la personne incapable d'administrer convenablement sa personne et ses biens, p.ex. débilité ou sénilité. Est prodigue celui qui, par dérèglement d'esprit de mœurs, dissipe son capital en folles dépenses et de façon habituelle.

⁶ Article 489 C.Civ., art. 502-504 C.Civ., 508-512 C.Civ., 515 C.Civ.; 1238-1253 C.jud.

⁷ P. MARCHAL, 'L'interdiction judiciaire', dans le *Répertoire notariale*, T 1 – Les personnes, livre VIII, Larcier, 2007, 112.

⁸ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 693.

⁹ Art. 513 C.Civ.

¹⁰ Art. 1247 C. jud.

La procédure de mise sous conseil judiciaire est identique à celle de l'interdiction, sauf l'expertise neuro-psychiatrique obligatoire. Le juge choisit le conseil judiciaire des intérêts de la personne, il désigne généralement un juriste.

Cette mesure de protection recourt à l'assistance et non à la représentation. La protection est limitée au patrimoine de la personne protégée. La personne protégée sera assistée dans certains actes précisés par la loi (p.ex. l'emprunt, l'aliénation...). Les actes qui peuvent être valablement accomplis par l'incapable seul ne peuvent pas être annulés. Par contre, les actes requérant assistance et accomplis sans cette dernière après le jugement nommant le conseil judiciaire sont nuls de plein droit.

Les procédures de mise sous conseil judiciaire sont rares et en voie de disparition, au profit de l'administration provisoire¹¹.

V. l'interdiction légale

L'interdiction légale est prévue et réglée par les articles 21 à 24, 87 et 90 du Code Pénal belge et par l'article 7 de la loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle dans le système pénal.

L'interdiction légale enlève aux condamnés à des peines criminelles le droit d'administrer leurs biens et d'en disposer pendant la durée de la peine, sauf par testament et par contrat de mariage.

Le statut de l'interdiction légale n'a pas comme but la protection, mais plutôt l'incapacité de défiance. Elle résulte de la loi et n'est pas prononcée par un juge et tant que telle. Les biens de l'interdit légal sont gérés par un curateur. Les pouvoirs du curateur sont ceux d'un tuteur, à l'exception de ce qui concerne la personne. La famille de l'interdit légal continue à jouir des revenus de celui-ci et le curateur doit lui remettre les sommes nécessaires aux besoins essentiels de la vie et au maintien du niveau de vie qui était le sien avant la condamnation.¹²

¹¹ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 695.

¹² A.-C. VAN GYSEL, *o.c.*, 703.

Brève présentation du système espagnol relatif à la tutelle des majeurs :

En premier lieu nous souhaiterions indiquer que nos réponses ne visent que les dispositions du Code Civil d'application général sur tout le territoire espagnol, en effet, nous ne faisons pas référence aux dispositions spéciales dont la portée n'aura d'importance que dans une régions ou provinces déterminée.

Etablie cette première considération, voici les points commentés :

1. Qui est compétent pour connaître de la procédure de déclaration de tutelle ?

En Espagne, en conformité avec notre loi de procédure civile, est compétent pour connaître d'une demande d'incapacité le Juge de Première Instance du lieu de résidence de la personne affectée par la demande en question.

Cette demande peut être réalisée à la demande du propre incapable, du conjoint ou de la personne se trouvant dans une situation similaire, les descendants, ascendants ou frères du présumés incapables.

Le Procureur de la République peut promouvoir l'incapacité dans l'hypothèse où les personnes indiquées ci avant n'existent pas ou si elles n'en font pas la demande.

2. Quelles sont les causes d'incapacité ?

Selon notre Code Civil, personne ne peut être déclaré incapable sauf si cela se réalise par le biais d'une décision de Justice et selon les causes établies par la Loi.

En effet, sont causes d'incapacité, les maladies ou déficiences persistantes de nature physique ou psychologique empêchant une personne de pouvoir s'autogérer par elle-même.

3. Comment protège t-on un incapable ?

La garde et protection d'une personne ou d'un bien, ou seulement de la personne ou des biens des mineurs ou incapables, se réalisera dans les suivantes hypothèse par le biais de :

- (i) La tutelle.
- (ii) La curatelle.
- (iii) Le défenseur judiciaire.

Les fonctions tutélaires constituent un devoir et devront s'exercer au bénéfice de l'incapable et seront soumises à la protection de l'autorité judiciaire.

Ces mesures pourront être accordées par le Juge, soit d'office soit à la demande de toute personne intéressée pour ce faire.

Par ailleurs, il est possible aux parents de l'incapable de désigner, la biais de testament ou par le biais d'acte authentique les personnes devant assumer la tutelle ou ordonner toute disposition relative à la personne ou aux biens de ses enfants mineurs ou incapables.

Par ailleurs il est également possible pour toute personne ayant une capacité pour agir suffisante, et dans la prévision de sa désignation judiciaire d'incapable, de faire état dans un acte authentique de toute disposition relative à sa personne ou biens lui appartenant, y compris la désignation de tuteur.

Il est important de savoir que les dispositions ci-avant citées devront obliger le Juge au moment de la constitution de la tutelle, sauf si l'intérêt du mineur ou incapable exige toute autre mesure, alors il sera nécessaire que le Juge puisse motiver sa décision.

4. Quand doit-on faire la demande de tutelle ?

Si le Procureur de la République (*ministerior fiscal* en Espagne) ou bien le Juge compétent ont connaissance de l'existence, sur le territoire de leur juridiction, d'une personne devant être soumise à tutelle, le premier en fera la demande et le second devra exécuter, la constitution de la tutelle.

Cette obligation est également à la charge des proches parents et de la personne ayant la garde du présumé incapable dès lors qu'ils ont connaissance de cette circonstance. S'ils ne le font pas, ils seront responsables solidaires quant à l'indemnisation pour dommages et préjudices causés.

Par ailleurs, toute personne peut porter à la connaissance du Procureur de la République ou de l'autorité judiciaire correspondante le fait déclencheur de la tutelle.

C'est alors que le Juge pourra constituer la tutelle, il devra pour ce faire et au préalable écouter les proches parents de la personne dont la tutelle est envisagée, et également du présumé incapable, dans l'hypothèse où celui-ci aurait suffisamment de jugement et s'il a plus de 12 ans.

5. Qui peuvent être les tuteurs ou le tuteur ?

Pour la désignation de tuteurs, auront un droit prioritaire les suivantes personnes :

- (i) La personne désignée par le propre tuteur.
- (ii) Le conjoint survivant au tuteur.
- (iii) Les parents.
- (iv) La personne ou personnes désignées par ceux-ci dans leurs actes de dernières volontés.
- (v) Le descendant, ascendant ou frère qui serait désigné par le Juge.

De façon exceptionnelle, il est possible pour le Juge de modifier cet ordre de priorité, ou faire abstraction de l'une d'elles, si cela s'avère nécessaire dans l'intérêt du mineur ou de l'incapable.

Par ailleurs, il est également possible pour le Juge de désigner en tant que tuteur à une personne qui par ses relations avec le tuteur serait la plus à même d'exercer la tutelle de celui-ci.

Il est important de savoir que, la tutelle peut s'exercer par un seul tuteur, sauf dans les hypothèses suivantes :

- (i) Lorsqu'en raison de circonstances spéciales liées au tuteur ou à son patrimoine, il convient de séparer le tuteur de la personne et le tuteur des biens, chacun d'eux devra agir indépendamment dans le cadre de ses compétences, même si les décisions qui les concernent tout deux devront être prises conjointement.
- (ii) Lorsque la tutelle correspond au père ou à la mère, elle devra être exercée conjointement.
- (iii) Si une personne est désignée tuteur des enfants de son frère, et qu'il est considéré que le conjoint du tuteur exerce également la tutelle.
- (iv) Lorsque le Juge désigne en tant que tuteurs les personnes que les parents du tuteur ont désigné dans leur testament ou dans un acte authentique pour exercer la tutelle de façon conjointe.

Enfin, il est bon de savoir que toute personne peut être déclarée tuteur, dès lors que cette personne peut pleinement faire usage de ses droits civils et dès qu'aucune incompatibilité n'est avérée.

En effet, ne peuvent être désignés tuteurs d'une personnes :

- (i) Ceux qui auraient été privés de leurs droits de garde ou d'éducation par voie judiciaire.
- (ii) Ceux qui auraient été suspendu d'une tutelle précédente.
- (iii) Ceux qui auraient été condamnés à une peine privative de liberté dès lors qu'ils sont entrain de l'assumer.
- (iv) Les personnes condamnées sur la base d'un délit et dont il est possible d'imaginer qu'ils n'exerceront pas correctement la tutelle en question.
- (v) Les personnes ayant une impossibilité de fait leur empêchant d'exercer la tutelle.
- (vi) Ceux qui auraient une quelconque inimitié avec le mineur ou l'incapable.
- (vii) Les personnes dont les agissements sont reprochables ou dont on ignore leur façon de vivre.
- (viii) Ceux qui auraient d'importants conflits d'intérêts avec le mineur ou l'incapable.
- (ix) Les personnes en faillites ou en liquidation judiciaires sauf si la tutelle ne vise que la personne de l'incapable, et non son patrimoine.

Le Juge peut d'office ou à la demande du Procureur de la République, du tuteur ou de toute autre personne intéressée, décréter la destitution du tuteur, après avoir entendu celui-ci, dès lors qu'il serait comparu devant le Juge. Le tuteur pourra être entendu s'il peut se prononcer à ce sujet.

CONGRES DE LILLE DU 17 OCTOBRE 2008

L'INITIATIVE DE LA MISE SOUS PROTECTION DES MAJEURS

Loi du 5 mars 2007

Marie Dominique FLOUZAT-AUBA

Avocat au Barreau de Paris

286 Bd Saint Germain

75007 Paris

Tel + 33(0)1 44 18 95 32

Fax + 33 (0) 1 44 18 95 31

flouzat-aba@club-internet.fr

INTRODUCTION

A 18 ans toute personne capable peut prendre des décisions qui l'engagent.

Pour faire un acte valable il faut être sain d'esprit.

La loi du 5 mars 2007 qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009 réforme la protection juridique des majeurs.

L'article 425 du Code civil définit maintenant la personne majeure susceptible de faire l'objet d'une mesure de protection par celle qui se trouve :

« 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 ».

Le rapport du Conseil Economique et social « Réformer les tutelles » de 2006 fait état de **700 000 personnes** qui font l'objet d'une mesure de protection, soit **un adulte sur 80**.

Les trois mesures de protection restent inchangées il s'agit toujours de :

- la sauvegarde de justice, mesure la plus « souple »
- la curatelle, qui peut être simple ou aggravée
- la tutelle qui est la mesure la plus restrictive.

1) QUI PEUT DEMANDER LA MESURE DE PROTECTION ET POURQUOI

1-1 Les personnes pouvant solliciter une mesure de protection

(art 430 du Code civil)

- la personne qu'il y a lieu de protéger ;
- son conjoint ;
- le partenaire PACSE ;
- son concubin ;
- une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables ;
- une personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique.

La loi du 5 mars 2007 élargit le cercle « familial » des personnes habilitées à former une requête puisque le partenaire pacsé et le concubin sont autorisés par la loi à déposer une requête.

Mais la loi sort du cercle familial puisqu'elle permet à toute personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables de déposer une requête.

La demande peut être également présentée par le Procureur de la République soit d'office soit à la demande d'un tiers.

La procédure d'office par le juge des tutelles disparaît, c'est le Procureur de la République qui a le monopole de la saisine du juge des tutelles lorsqu'il n'est pas saisi par les personnes sus énoncées.

Ainsi le juge des tutelles ne peut plus à la fois se saisir d'office et être juge de l'affaire.

En pratique environ la moitié des dossiers ouverts par le juge des tutelles l'étaient à la demande des services sociaux (communes, OPHLM, départements) ou hospitaliers.

Les médecins, les banques, les notaires avaient également l'habitude d'envoyer des signalements.

Cela était utile lorsque la personne n'avait pas d'entourage familial ce qui n'était pas toujours le cas.

Les juges des tutelles ont eu à faire face à un accroissement des demandes de mise sous protection pour des motifs de surendettement voire de faibles ressources.

Les majeurs concernés se sont trouvés déresponsabilisés, certains ont contesté vivement la mesure de protection pour ces motifs.

La loi du 5 mars 2007 ayant à la fois supprimé comme motif de protection les causes liées à la prodigalité, l'oisiveté, l'intempérance figurant dans la loi du 3 janvier 1968, et modifié les personnes pouvant solliciter une mesure de protection, ce type de problème devrait être appelé à disparaître.

1-2 Les motifs

Il doit être repris les dispositions du Code civil (article 425) à savoir lorsque la personne majeur est : « *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* ».

Les causes liées à la prodigalité, l'oisiveté ou l'intempérance (ancien article 488 du Code civil) ont été supprimées.

2) SOUS QUELLE FORME CETTE MESURE DOIT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE

2-1 La présentation de la requête

La demande d'ouverture doit être faite sous forme de requête présentée devant le tribunal d'instance du lieu du domicile du majeur à protéger.

En cas d'hospitalisation du majeur en long séjour ou de troubles mentaux elle sera présentée auprès du tribunal d'Instance dans le ressort duquel la personne est hospitalisée.

Dans tous les cas la demande doit être accompagnée à peine d'irrecevabilité d'un **certificat circonstancié** rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le Procureur de la République.

Il n'est plus exigé que ce médecin soit un spécialiste qualifié qui résultait de l'inscription sur la liste établie par le Procureur de la République après avis du préfet.

Dans la demande de mise sous protection doivent être exposées les raisons qui conduisent la personne requérante à demander une protection juridique du majeur.

Doivent être notamment joints des documents d'état civil sur la personne à protéger, son domicile, des renseignements sur les proches parents du majeur et le nom et l'adresse du médecin traitant.

2-2 Limites

L'article 428 du Code civil encadre strictement la possibilité d'ordonner une mesure de protection.

Elle ne peut l'être qu'en cas de **nécessité** et :

- *lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation;*

- **par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future.**

2-3 Le rôle de l'avocat

L'avocat peut intervenir dans le cadre des procédures de placement juridique soit à la demande du majeur concerné soit à la demande de la personne prenant l'initiative de la mesure de protection.

La loi du 5 mars 2007 stipule que le majeur protégé peut être accompagné d'un avocat ou, avec l'accord du Juge par toute autre personne de son choix.

CONCLUSION

- La réforme du 5 mars 2007 consacre le principe général de la protection de la personne.
- Le mot « **incapable** » disparaît pour être remplacé par « **protection juridique du majeur** ».
- Le placement sous protection juridique sera réservé au seul cas où l'atération des facultés personnelles de l'intéressé est médicalement avérée et si aucune mesure d'encadrement du majeur telle que mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) ou mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) ne peut s'appliquer.

Enfin il est à noter la ratification par la France le 28 juillet 2008 de la convention de la HAYE sur la protection des adultes démontrant ainsi la conscience accrue de la France de la nécessité de développer la protection des adultes vulnérables.

BIBLIOGRAPHIE

Nicolas DELECOURT Sophie MICHON « TUTELLE-CURATELLE Sauvegarde de justice – mandat de protection future Editions du PUIITS FLEURI.

Jacqueline JEAN et Agnès JEAN « Mieux comprendre la tutelle et la curatelle »
Guid'Utile Vuibert.

Droit de la Famille Dalloz Action.

Travaux du Sénat

LA REFORME DE LA PROTECTION DES MAJEURS :

Le déroulement de la protection

I/ LES TYPES DE PROTECTION

La loi du 5 mars 2007 maintient les trois mesures de protection judiciaire susceptibles d'être ordonnées à l'égard d'un majeur vulnérable.

A/ La sauvegarde de justice

Il s'agit d'une mesure de protection légère et temporaire, qui ne peut excéder un an et est renouvelable une fois.

Elle est prévue soit pour une personne qui a un problème ponctuel, soit en préalable à l'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle.

La personne placée sous sauvegarde de justice conserve en principe l'exercice de ses droits, reste capable et peut accomplir toute opération patrimoniale ou extrapatrimoniale sans assistance, ni représentation.

Les actes passés et les engagements contractés par le majeur sous sauvegarde de justice pendant la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès.

B/ La curatelle

Le majeur placé en curatelle, sans être hors d'état d'agir lui-même a besoin d'être assisté ou contrôlé de manière continue dans les actes importants de la vie civile.

Contrairement à la tutelle, la curatelle ne constitue donc pas une mesure de protection générale.

Il convient de préciser que la curatelle est modulable, puisque le Juge peut moduler l'incapacité du majeur en curatelle, en l'augmentant ou en la diminuant.

Il énumère ainsi les actes que le curatelaire a la capacité de faire seul, ou, à l'inverse, peut ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée.

Cet aménagement peut être opéré lors de l'ouverture de la mesure ou ultérieurement.

C/ La tutelle

La tutelle est destinée au majeur qui, en raison de son incapacité d'agir lui-même, a besoin d'être représenté de manière continue dans les actes de la vie civile.

Le Juge peut, selon certaines modalités, alléger les effets de la tutelle.

A ce titre, il peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que le majeur protégé aura la capacité d'accomplir seul ou avec l'assistance du tuteur.

II/ LES MODALITES GENERALES DE LA MESURE

Il convient de préciser que les mesures de tutelle et de curatelle ne peuvent excéder 5 ans (article 441 du Code Civil), et le Juge des tutelles est dans l'obligation, tous les cinq ans, à peine de mainlevée automatique de la mesure, de revoir le dossier.

Il faut aussi préciser, ce qui était déjà le cas précédemment, que la mesure de tutelle ou de curatelle fait l'objet d'une publicité, qui rend celle-ci opposable aux tiers dans un délai de deux ans.

Ces mesures sont prises par des intervenants, appelés aujourd'hui « Mandataires Judiciaires à la Protection des Majeurs » et contrôlés par le Parquet.

Ce terme de « Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs » est uniquement utilisé pour les professionnels, et non pour les membres de la famille qui exercent la sauvegarde de justice, la curatelle ou la tutelle à titre bénévole.

Le principe posé par la loi du 5 mars 2007, de façon encore plus claire que par le passé, est de privilégier la nomination de membres de la famille, plutôt que de professionnels.

III/ LES ACTES JURIDIQUES DU MAJEUR PROTEGE

Il faut maintenant envisager la typologie des actes que peut faire le majeur protégé, seul, assisté ou représenté.

Il convient préalablement de rappeler que les actes antérieurs à l'ouverture de la mesure sont susceptibles d'être attaqués pour nullité.

Cette nullité ne peut concerner que des actes antérieurs de deux ans à la publicité de la mesure.

Le délai pour agir en nullité est de cinq ans.

En ce qui concerne les actes postérieurs à l'ouverture de la mesure, si la personne protégée accomplit seule un acte pour lequel il aurait dû être assisté, l'acte peut être annulé s'il est établi que le majeur a subi un préjudice.

Si, en revanche, il s'agit d'un acte pour lequel le majeur devait être représenté, cet acte est nul de plein droit.

Si le curateur ou le tuteur accomplit seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée seule, ou qui aurait dû être fait par lui, mais avec l'autorisation du Juge, l'acte est là-aussi nul de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice.

A/ La protection du logement, des meubles meublants et des effets personnels du majeur

La loi du 5 mars 2007 a prévu, que le majeur soit en curatelle ou en tutelle, que la personne chargée de la seule protection ne peut, *a priori*, procéder seul à un acte qui remettrait en cause la jouissance par un majeur protégé de son logement et de ses meubles meublants.

S'il le fait, il faut qu'il justifie d'un intérêt spécifique et qu'il ait une autorisation spéciale du Juge des tutelles.

Si le but de cet acte de disposition sur le logement vise à faire entrer le majeur dans un établissement spécialisé, il faut aussi l'avis d'un médecin inscrit sur la liste des Experts judiciaires établie par le Procureur de la République, et non plus du médecin traitant, comme par le passé.

Théoriquement, on ne peut en aucun cas disposer des effets personnels, des objets ou des souvenirs de nature familiale appartenant au majeur protégé.

B/ La vie du majeur protégé

Il faut envisager le mariage et le divorce, mais aussi le PACS.

De plus, le majeur peut être concerné par une donation ou un testament.

1°) Le mariage :

Le majeur sous curatelle a besoin d'une autorisation du curateur, ou à défaut du Juge des tutelles, pour se marier (article 460 al. 1^{er} du Code Civil).

S'il est sous tutelle, il faut une autorisation du Juge des tutelles (ou du Conseil de famille), rendu après audition des futurs conjoints, et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

A la différence du passé, l'avis du médecin traitant n'est plus requis.

Le majeur en curatelle ou en tutelle ne peut passer de convention matrimoniale sans être assisté par son curateur ou son tuteur.

En présence d'un époux chargé d'une mesure de protection, un changement de régime matrimonial nécessite, préalablement à la signature de l'acte notarié, une autorisation du Juge des tutelles.

2°) Le divorce :

En cas de divorce, la règle selon laquelle aucun divorce par consentement mutuel ou sur acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut concerner un majeur protégé est confirmée.

Si l'époux est demandeur, le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance du curateur.

S'il est défendeur, il se défend avec l'assistance du curateur.

En cas de tutelle, la demande en divorce au nom du majeur est présentée par le tuteur, avec autorisation du Juge des tutelles ou du Conseil de famille.

S'il est défendeur, l'action est exercée contre le tuteur, sans qu'il y ait besoin d'autorisation spécifique.

Quid des demandes reconventionnelles ?

3°) Le PACS :

Le droit français a institué le PACS (Pacte Civil de Solidarité).

Il faut aussi envisager cette possibilité pour le majeur protégé.

La personne en curatelle signe la convention avec l'assistance de son curateur.

En cas de tutelle, il faut l'autorisation préalable du Juge des tutelles ou du Conseil de famille, s'il est constitué, après audition des futurs partenaires, et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

Le tuteur doit apporter son assistance à la signature de la convention.

En revanche, ce qui est surprenant, aucune assistance du curateur ou du tuteur, ni aucune représentation par le tuteur n'est prévue pour la déclaration conjointe au Greffe du Tribunal d'Instance.

L'enregistrement du PACS revêt donc un caractère strictement personnel.

Concernant la rupture du PACS, le majeur en curatelle peut seul rompre le PACS et remettre ou adresser la déclaration conjointe au Greffe du Tribunal d'Instance.

En cas de rupture unilatérale, le majeur en curatelle peut rompre seul le PACS, mais l'assistance du curateur pour signifier la rupture unilatérale à son partenaire et adresser ou remettre copie au Greffe est obligatoire.

En cas de tutelle, le majeur en tutelle peut rompre seul le PACS ; aucune assistance ni représentation ne sont requises pour l'accomplissement des formalités relatives à la rupture lorsque celle-ci est conjointe.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une rupture unilatérale, la signification de la décision de rompre le PACS est opérée à la diligence du tuteur.

De même, la décision de rupture de l'autre partenaire est signifiée au tuteur.

Enfin, le tuteur, autorisé par le Juge des tutelles ou le Conseil de famille, s'il est constitué, peut rompre lui-même le pacte après audition de l'intéressé et après recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

En ce qui concerne la liquidation du PACS, le majeur en curatelle doit être assisté pour les opérations de liquidation et d'évaluation des créances entre les partenaires.

Le majeur en tutelle est représenté par le tuteur pour ces mêmes opérations.

4°) La donation :

La personne en curatelle ne peut faire de donation qu'avec l'assistance de son curateur.

Le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsqu'il est bénéficiaire de la donation.

Il doit donc être désigné un curateur *ad hoc*.

La personne en tutelle peut, avec l'autorisation du Juge et du Conseil de famille, s'il a été constitué, être assisté ou au besoin représenté par le tuteur pour faire une donation.

5°) Le testament :

La personne en curatelle peut librement tester sous réserve des dispositions de l'article 901 du Code Civil, c'est-à-dire de la nullité pour insanité constatée dans les cinq ans du décès.

Concernant le majeur sous tutelle, si le testament a été établi avant l'ouverture de la mesure, il reste valable, sauf s'il est établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu.

Si le testament est établi après l'ouverture de la tutelle, la personne en tutelle ne peut, à peine de nullité, tester qu'avec l'autorisation du Juge ou du Conseil de famille, s'il est constitué.

Le majeur peut aussi révoquer seul un testament fait avant ou après l'ouverture de la mesure de protection.

C/ La gestion du patrimoine du majeur protégé

1°) La vente – l'apport en société :

Désormais, l'autorisation de vendre ou d'apporter en société un immeuble, un fonds de commerce ou des instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé n'est soumis qu'à la réalisation d'une mesure d'instruction exercée par un technicien, ou par le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés (article 505 al. 3 du Code Civil).

En cas d'urgence, le Juge peut déroger à l'accord préalable du Conseil de famille.

Il a la faculté, par décision spécialement motivée prise à la requête du tuteur, d'autoriser en lieu et place du Conseil de famille, la vente d'instruments financiers.

Toutefois, le tuteur doit en rendre en compte sans délai au Conseil de famille, qui décide du emploi (article 505 al. 4 du Code Civil).

2°) Les baux :

Les baux consentis par le tuteur ne confèrent au preneur, à l'encontre de la personne protégée devenue capable, aucun droit au renouvellement et aucun droit de se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail, quand bien même il existerait des dispositions légales contraires.

Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux baux consentis avant l'ouverture de la tutelle et renouvelés par le tuteur (article 504 al. 3 du Code Civil).

C/ Les contrats de gestion de valeurs mobilières et d'instruments financiers :

Le Conseil de famille, ou à défaut, le Juge, peut autoriser le tuteur à conclure un contrat pour la gestion de valeurs mobilières et instruments financiers de la personne protégée.

Le tuteur choisit le tiers cocontractant en considération de son expérience professionnelle et de sa solvabilité.

Il peut à tout moment, et nonobstant toute stipulation contraire, résilier le contrat au nom du tuteur (article 500 al. 3 du Code Civil).

D/ Les successions dont bénéficie le majeur protégé :

Le tuteur ne peut en principe accepter une succession échue à son protégé qu'à concurrence de l'actif net (article 507-1 al 1^{er} du Code Civil).

Le tuteur peut être autorisé par le Conseil de famille, ou à défaut, par le Juge, à accepter purement et simplement une succession si l'actif dépasse manifestement le passif (article 507-1 al. 1^{er} Code Civil).

Le tuteur ne peut renoncer à une succession échue à la personne protégée sans l'autorisation du Conseil de famille, ou à défaut du Juge (article 507-1 al 2 du Code Civil).

En ce qui concerne le partage, le partage à l'égard d'une personne protégée ne peut être fait à l'amiable que sur autorisation du Conseil de famille ou du Juge, qui désigne s'il y a lieu un Notaire pour y procéder.

Le partage peut n'être que partiel (article 507 al. 1^{er} du Code Civil).

L'état liquidatif est soumis à l'approbation du Conseil de famille, ou à défaut, du Juge.

Cette formalité remplace l'homologation qui existait précédemment.

E/ L'assurance-vie :

Le nouvel article L.132-3-1 al. 1^{er} du Code des Assurances soumet à l'autorisation du Juge des tutelles, ou à celle du Conseil de famille s'il est constitué :

- la souscription, le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie,
- la désignation, la substitution du bénéficiaire.

Lorsque le bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie est le curateur ou le tuteur, il est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée, ce qui impose la désignation d'un curateur ou d'un tuteur *ad hoc*, en l'absence de curateur ou tuteur subrogé.

L'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance sur la vie, conclu moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la curatelle ou de la tutelle du stipulant, peut être annulée

sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés (article L.132-3-1 al. 3 du Code des Assurances).

F/ Compromis & transactions :

Le tuteur ne peut transiger ou compromettre au nom de la personne protégée qu'après avoir fait approuver par le Conseil de famille, ou à défaut, par le Juge, les clauses de la transaction ou du compromis, et le cas échéant la clause compromissoire (article 506 du Code Civil).

G/ Achat & prise à bail ou à ferme d'un bien de la personne protégée par son tuteur :

Le tuteur peut, sur autorisation du Conseil de famille, ou à défaut, du Juge, acheter les biens de la personne protégée ou les prendre à bail ou à ferme (article 508 du Code Civil).

Deux conditions doivent être réunies :

1°) Le tuteur ne doit pas être mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

2°) L'opération ne doit être décidée qu'à titre exceptionnel et dans l'intérêt de la personne protégée.

L'acte ne peut être conclu qu'avec un tuteur subrogé ou un tuteur *ad hoc*.

Me Elisabeth GRANIER-ZARRABI
Avocat au Barreau de Grasse

Le Mandat de protection future

L'article 477 du code civil définit ce mandat par son but : la représentation d'une personne qui ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts - en premier lieu ses intérêts patrimoniaux mais le mandat peut s'étendre à la protection de la personne (article 479).

Innovation issue de la loi du 5/03/2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

ENTREE EN VIGUEUR

Le 1^o janvier 2009

Innovation attendue depuis longtemps et surtout création d'un régime parallèle à celui de la tutelle et de la curatelle ouvert pour les mêmes raisons mais fonctionnant différemment sans l'intervention du juge des tutelles sauf cas précis et ponctuels et concernant d'abord les intérêts patrimoniaux.

Le mandat de protection future peut être confiée à une personne physique dès la publication de la loi toutefois le mandat ne pourra prendre effet qu'à compter du 1^o JANVIER 2009 et en application du principe de subsidiarité édicté par l'article 428 du code civil ce mandat s'impose au juge s'il assure une protection suffisante du majeur.

Ce dispositif permet à toute personne de désigner - pour le jour où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts un ou plusieurs mandataires chargé de la représenter : il s'agit du mandat de protection pour soi même- il peut être établi sous seing privé et la loi a créé également le mandat de protection future pour autrui qui doit permettre aux parents d'un enfant handicapé de désigner une ou plusieurs personnes de confiance pour assumer la protection de cet handicapé le jour où ils ne sont plus aptes à le faire eux mêmes. Il doit être établi devant notaire.

LES DISPOSITIONS COMMUNES AUX DEUX FORMES DE MANDAT: procuration générale? A/ Les acteurs

1/ Le mandant

- pour le mandat de protection future pour soi même article 477 al 1 et 2 du code civil
 - toute personne majeure ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle
 - toute personne en curatelle avec l'aide du curateur
- pour le mandat pour autrui article 477 al 3 du code civil
 - les parents ou le dernier vivant des père et mère ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou de curatelle exerçant l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assumant la charge MATERIELLE et AFFECTIVE de leur enfant majeur.

2/le mandataire

Le mandant peut charger une ou plusieurs personnes par un même mandat (article 477 al 1 et 3 du code civil)

le mandataire est soit une personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L 471-2 du Code de l'action sociale et des familles (article 477 du code civil et 480 al 1)

et doit jouir de la capacité civile pendant toute l'exécution de son mandat (article 480 al 2 du code civil)

3/le bénéficiaire du mandat

pour le mandat de protection pour soi même c'est le mandant qui ne peut plus pourvoir à ses intérêts (article 425 du code civil)

pour le mandat de protection future pour autrui c'est l'enfant qui ne peut plus pourvoir " seul " à ses intérêts pour les causes prévues à l'article 425 du code civil.

B//l'objet du mandat et sa mise en oeuvre

le mandat est destiné à la protection de la personne et de ses intérêts: il peut être limité expressément à l'une de ces deux buts seulement (article 425 al 2 du code civil)
Si le mandat est complet les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2 du code civil et toute stipulation contraire est réputée non écrite.

1/ouverture de la mesure

l' établissement d'un certificat médical :il faut un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionné à l'article 431 déclarant que le mandant se trouve dans une des situations visées à l'article 425 le mettant dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts.

Le mandataire produit alors au greffe du Tribunal d'Instance ce certificat médical et son mandat (article 481 al 1 et 2 du code civil) , le greffier vise le mandat , date sa prise d'effet et le restitue au mandataire (article 481 al 2 du code civil)

la mise en oeuvre

pour le mandat de protection pour soi même c'est l'article 481 al 1 du code civil qui s'applique : dès qu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts
pour le mandat pour autrui au jour où le mandant décède ou ne peut plus s'occuper de l'enfant selon l'article 477 al 3 du code civil

l'inventaire est le premier acte que doit accomplir le mandataire.

2/exécution du mandat

Le mandataire établit les comptes , gère le patrimoine - il peut se faire aider à titre spécial pour cette gestion ou y substituer un tiers (article 480 al 3 du code civil et il ne peut se faire décharger de sa mission que par le juge des tutelles , il est responsable dans les conditions prévues à l'article 1992 du code civil et il exerce son mandat à titre gratuit sauf stipulations contraires (article 419 du code civil)enfin le juge des tutelles peut décider d'ouvrir une mesure de protection complémentaire si nécessaire

sanctions :rescision ou annulation des actes du mandataire

tout acte passé par le mandataire peut être rescindé pour simple lésion ou réduit en cas d'excès alors même qu'il pourrait être annulé (article 414-1 du code civil) seule l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi seront pris en considération par les tribunaux: l'action n'appartient qu'à la personne protégée et après sa mort à ses héritiers et s'éteint par un délai de 5 ans prévu à l'article 1304 du code civil

2//la fin du mandat

soit par un certificat médical constatant le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé soit par le décès de la personne protégée ou sa mise sous tutelle soit par sa révocation décidée par le juge des tutelles.

Il existe deux formes de mandats : le mandat pour soi même et le mandat pour autrui

LE MANDAT NOTARIE

Il s'agit obligatoirement du mandat de protection future pour autrui (article 477 al 4 du code civil)
la forme : il s'agit d'un acte authentique reçu par un notaire choisi par le mandant.

L'acceptation du mandataire est également faite devant notaire et tant que le mandat n'a pas pris effet il peut être modifié ou révoqué dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa décision au mandant et au notaire (article 489)

Les pouvoirs du mandataire- par dérogation à l'article 1988 du code civil - sont très importants : toutefois il ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

Le mandataire doit rendre des comptes annuellement au notaire (exit le juge des tutelles) qui a établi le mandat.

LE MANDAT SOUS SEING PRIVE

ou plus simplement le mandat pour soi même

Il doit être daté et signé de la main du mandant et être contresigné par un avocat ou bien il faut utiliser le modèle défini par décret

Le mandataire accepte le mandat en le signant

Tant qu'il n'est pas entré en vigueur le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en le notifiant (article 492) au mandant.

Les pouvoirs du mandataire sont identiques en ce qui concerne la gestion du patrimoine aux actes qu'un tuteur peut accomplir sans autorisation et si nécessaire le mandataire s'adresse au juge des tutelles (article 493)

Les obligations comptables sont simples : le mandataire doit conserver l'inventaire des biens et ses actualisations , les 5 derniers comptes de gestion , les pièces justificatives et doit les présenter au juge des tutelles suivant l'article 494 du code civil.

Le respect de la dignité de la personne protégée ,le caractère confidentiel de la mesure, la simplification de la protection et l'allègement de la tâche de l'appareil judiciaire sont à l'origine de cette loi et on ne peut que s'en réjouir..

Le code civil prévoit deux régimes de protection en faveur des majeurs se trouvant en des conditions habituelles d'infirmité mentale ou autre cause, les rendant incapables de veiller à leurs propres intérêts : l'interdiction et l'incapacité.

L'art. 414 du code civil indique quelles sont les personnes qui peuvent être incapables c'est-à-dire : *« le majeur et le mineur émancipé lesquels se trouvent dans des conditions habituelles d'infirmité mentale les rendant incapables de veiller à leurs propres intérêts.... pour assurer leur protection adéquate »*.

Tandis que l'art. 415 du code civil définit quelles sont les personnes pouvant être incapables : *« le majeur en condition d'infirmité mentale et dont l'altération n'est pas assez grave pour donner lieu à une interdiction, peut être incapable. L'incapacité peut être prononcée en cas de prodigalité ou pour abus habituel d'alcool et de stupéfiants, si la personne intéressée s'expose, de ce fait, ou sa famille, à des graves préjudices économiques. Enfin, les personnes souffrant de cécité ou surdi-mutité, de naissance ou d'enfance, peuvent être incapables si une éducation appropriée n'a pas été donnée pour compenser ces limitations d'ordre physique, sauf l'application de l'art. 414 en cas d'incapacité totale de pourvoir à leurs propres intérêts. »*

La Cour de Cassation s'est maintes fois prononcée sur la notion d'« infirmité mentale » au fin de la déclaration d'interdiction et d'incapacité, mettant en évidence que la condition nécessaire pour déclarer l'incapacité et l'interdiction d'un infirme mental ne consiste pas dans l'existence d'une forme pathologique cliniquement définie mais dans la simple présence d'une altération des facultés mentales pouvant engendrer une incapacité partielle ou totale à veiller à ses propres intérêts.

Concrètement, la constatation de l'existence et de la mesure de cette altération est réservée au juge saisi de la procédure.

La requête pour interdiction ou incapacité est proposée au moyen d'un recours direct auprès du tribunal du lieu où la personne concernée a sa résidence ou son domicile effectif (cf. art. 712 du code de procédure civile).

Le recours peut être présenté par le conjoint, les parents jusqu'au quatrième degré, les alliés jusqu'au second degré, le tuteur, le curateur, le Ministère public (cf. art. 417 du code civil).

Le Tribunal ne peut prononcer l'interdiction ou l'interdiction sans avoir effectué un examen personnel de la personne concernée par l'interdiction ou l'interdiction (cf. art. 419 du code civil).

Le recours devra contenir l'exposé des faits sur lesquels la requête est fondée et il devra indiquer prénom, nom et résidence du conjoint, des parents jusqu'au quatrième degré, des alliés jusqu'au deuxième degré.

La nomination par voie définitive du tuteur sera effectuée par le Juge des Tutelles seulement après le prononcé du jugement qui conclut la procédure.

La personne interdite perd complètement toute capacité d'agir, avec la conséquence que tout acte accompli par elle, tant d'administration ordinaire que extraordinaire, est considéré nul. Elle est substituée par un tuteur - à l'exception des actes de caractère strictement personnel- lequel agit sous le contrôle du Juge des Tutelles auquel il devra régulièrement rendre compte de sa propre activité et auquel il devra s'adresser pour être autorisé à exécuter, au nom et pour le compte de l'infirmes, tout acte hors de l'administration ordinaire. En 2004 est entrée en vigueur la réglementation qui a introduit l'institut de l'administration de soutien. Cet institut a pour finalité celle de protéger, avec la moindre limitation possible de la capacité d'agir, les personnes ne pouvant, en tout ou en partie, accomplir les fonctions de la vie quotidienne, moyennant des interventions de soutien temporaire ou permanent et qui va s'ajouter aux instituts de l'interdiction et de l'interdiction.

Il est alors possible de nommer un administrateur de soutien dans tous les cas **de figure** non seulement d'infirmité mais aussi de manque physique ou psychique, soit pour toute altération de l'état de santé de la personne, abstraction faite d'une pathologie bien définie, pourvu qu'elle puisse déterminer l'impossibilité, même partielle ou temporaire, à l'administration de ses propres intérêts de nature patrimoniale ou personnelle.

L'impossibilité de pourvoir à ses propres intérêts, laquelle constitue la condition de la nomination de l'administrateur de soutien, peut être, tel qu'il est décrit auparavant, même partielle : en d'autres mots, un administrateur de soutien peut être nommé lorsque l'intéressé ne possède pas les facultés d'accomplir des actes d'une certaine difficulté ou bien lorsque la réduction de ses facultés présente une évolution périodique ou intermittente : comme par exemple dans le cas de l'épilepsie.

L'administration de soutien peut ainsi concerner les personnes âgées, handicapées, alcoolisés, toxicomanes, détenus, malades terminaux, non voyants et tant d'autres personnes pour lesquelles il n'est pas opportun de procéder à une requête d'interdiction ou d'inhabilitation.

Ces catégories de personnes pourront ainsi obtenir (même en considération de la propre incapacité future) que le Juge des Tutelles nomme un administrateur ayant soin d'elles et de leur patrimoine.

L'intéressé peut présenter directement la requête – même si mineur, interdit ou inhabilité – par acte public ou écriture privée authentifiée, au Juge des Tutelles de sa propre zone de résidence ou domicile.

La légitimation à la proposition du Recours revient aussi à l'une des personnes indiquées dans l'art. 417 du code civil : conjoint, personne vivant sous le même toit en permanence, parents jusqu'au quatrième degré, alliés jusqu'au deuxième degré, tuteur, curateur, ministère public.

Pour ce qui est de la « *personne vivant sous le même toit en permanence* », il s'agit évidemment du conjoint *more uxorio* – mais on discute en doctrine s'il doit s'agir nécessairement et uniquement de cela à cause du caractère général de l'expression – étant bien entendu que le simple cohabitant, comme tout autre sujet non légitimé, peut signaler au ministère public – pour qu'il promeuve les procédures relatives – les cas qui semblent nécessiter des mesures de protection.

Les responsables des services sanitaires et sociaux directement engagés dans le soin et l'assistance de la personne, venant à connaissance de faits pouvant rendre opportune l'ouverture d'une procédure d'administration de soutien, sont

tenus à proposer le Recours ou en informer néanmoins le ministère public (cf. art. 406, alinéa 3, code civil).

Pour ce qui concerne la procédure je précise que le recours doit indiquer, outre les généralités du bénéficiaire et de sa demeure habituelle, les raisons pour lesquelles est demandée la nomination de l'administrateur de soutien et encore le nom et le domicile, si connus par le requérant, du conjoint, des descendants, ascendants, frères et personnes vivant sous le même toit du bénéficiaire (cf. art. 407, alinéa 1^{er}, code civil).

Le Juge des Tutelles doit écouter personnellement la personne intéressée dans la procédure – où doit intervenir obligatoirement le ministère public (art. 407, alinéa 5, code civil) – en se rendant si nécessaire au lieu où l'intéressé se trouve et doit tenir compte, en accord avec les intérêts et les exigences de protection de l'intéressé, des besoins et des requêtes de ce dernier.

Après avoir obtenu les informations nécessaires et ordonner même d'office les vérifications médicales et tous les autres moyens d'instruction utiles au fin de la décision et après avoir entendu les individus légitimés à la proposition du recours, le Juge des Tutelles – en cas de non comparution de ces derniers – se charge néanmoins, dans les soixante jours à compter de la date de présentation de la requête, de nommer l'administrateur par décret motivé immédiatement exécutif, décret qui peut toujours être intégré ou modifié par ce même Juge (cf. art. 407, code civil).

Le Juge des Tutelles peut prendre, même d'office, des mesures provisoires et urgentes pour la protection de l'intéressé et pour la conservation et l'administration de son patrimoine et peut procéder à la nomination d'un administrateur de soutien provisoire, en indiquant dans le décret relatif, les actes qu'il est autorisé à accomplir (cf. art. 405, alinéa 4, code civil).

Le décret de nomination de l'administrateur de soutien doit contenir l'indication des généralités du bénéficiaire et de l'administrateur et la durée de la charge (cf. art. 405, alinéa 5, code civil).

Cette même charge est ajournable par un décret motivé du Juge des Tutelles, même d'office, avant l'échéance du délai (cf. art. 405, alinéa 6, code civil).

Par ailleurs, elle peut être conférée également pour un temps indéterminé, hormis la faculté de l'administrateur d'interrompre la charge après dix ans, à l'exception du cas où cette charge est revêtue par le conjoint, par la personne vivant sous le même toit en permanence, par les ascendants ou les descendants du bénéficiaire.

Il en ressort de ce fait la différence existant entre l'institut de l'administrateur de soutien et l'interdiction et inhabilitation : il est en effet adaptable aux exigences personnelles du bénéficiaire dont la capacité d'agir est limitée seulement aux termes du Décret, devant la situation d'incapacité générale établie par les autres instituts.

L'interdiction peut être évitée, dans tous les cas de figure où l'intéressé voit sa propre protection assurée, de façon satisfaisante, à travers le recours à une mesure différente.

En effet, l'un des principes auquel s'inspire la nouvelle loi est celui selon lequel le bénéficiaire conserve la capacité d'agir pour tous les actes qui ne requièrent pas la représentation exclusive ou l'assistance nécessaire de l'administrateur et, par conséquent, même pour les actes de caractère strictement personnel (capacité de contracter mariage, de faire testament, de faire une donation, de reconnaître un enfant naturel) : des actes qui, s'ils sont accomplis en état d'incapacité d'entendre et de vouloir, seront assujettis aux solutions juridiques prévues par voie générale.

Enfin, la limitation de la capacité d'agir du bénéficiaire en présence de la nomination de l'administrateur de soutien, peut aussi ne pas subsister puisqu'une légitimation concurrente des deux individus, tel qu'il est confirmé par quelques Décrets du Juge des Tutelles de Parme remontant à l'année 2004, est possible pour l'accomplissement de certains actes : une situation qui pourrait concerner les cas de figure de manque physique.

En considérant les observations ci-dessus, la nomination de l'administrateur de soutien n'influence pas en soi le *status* du bénéficiaire, à la différence de ce qui se produit dans le cas du prononcé d'interdiction ou d'inhabilitation qui

détermine une incapacité générale d'agir de l'individu qui en est destinataire : incapacité qui peut être totale (interdiction) ou partielle (inhabilitation).

La déclaration de la capacité générale d'agir à l'égard du bénéficiaire de l'administration est ultérieurement confirmée dans l'art. 409 - alinéa 2 du code civil, lequel établit qu'il peut en tous les cas accomplir les actes nécessaires à satisfaire les exigences de sa propre vie quotidienne.

En outre, la doctrine souligne la difficulté de fournir une notion objective et précise de « acte nécessaire pour la vie quotidienne » en tenant compte de quelques variables, telles que l'âge ou la condition économique de l'individu, qui la rendent de ce fait indéterminée.

En définitive, on peut dire que si l'on reconnaît au tuteur la représentation exclusive de l'intéressé et le pouvoir d'en administrer les biens et le curateur possède seulement la charge d'assister l'individu dans l'accomplissement des actes hors de l'administration ordinaire, en exprimant son propre accord mais sans jamais pouvoir se substituer à lui, l'administrateur a le pouvoir d'accomplir, en représentation exclusive ou en assistance, seulement les actes indiqués par le Juge des Tutelles dans le décret de nomination (individuellement ou par types), le bénéficiaire conservant la capacité d'agir en relation à tous les actes non expressément indiqués.

Le respect de la volonté et de la dignité de la personne du bénéficiaire connote également l'exécution des tâches de l'administrateur lequel, dans l'exercice de sa charge, doit tenir compte des besoins et des aspirations de l'intéressé, en l'informant en temps utile sur les actes à accomplir et en communiquant son éventuel dissentiment au Juge des Tutelles (cf. art. 410 du code civil).

Cependant, la loi ne prévoit pas une sanction à la charge de l'administrateur qui ne remplit pas l'obligation d'information, même si la réitération de cette violation et les éventuels effets préjudiciables qui en dérivent peuvent configurer une conduite négligente.

En cas de choix ou actes nuisibles c'est-à-dire de négligence dans la poursuite de l'intérêt ou dans la satisfaction des besoins ou des requêtes du bénéficiaire, ce dernier ou le ministère public ou bien les autres personnes légitimées à la

nomination de l'administrateur de soutien, peuvent recourir au Juge des Tutelles lequel, au moyen d'un Décret motivé, prend les mesures opportunes.

A ces dispositions qui concernent quelques hypothèses de violation des devoirs de la part de l'administrateur s'en ajoutent d'autres qui prévoient que les actes accomplis par l'administrateur lui-même, en violation des dispositions de loi ou excessifs par rapport à l'objet de la charge ou aux pouvoirs qui lui sont conférés par le juge, puissent être annulés sur instance de ce même administrateur ou du ministère public ou de ses héritiers ou les ayant cause tels que peuvent être pareillement annulés, sur instance de ces mêmes personnes (à l'exclusion du ministère public) les actes accomplis personnellement par le bénéficiaire en violation des dispositions de loi ou de celles contenues dans le Décret institué par l'administrateur de soutien (cf. art. 412 du code civil).

Les actions relatives tombent en prescription après un délai de cinq ans à partir du moment où cesse l'état de soumission à l'administrateur.

Le code civil contemple aussi la possibilité de révocation de l'administrateur de soutien.

Lorsque le bénéficiaire, l'administrateur, le ministère public ou certaines des autres personnes légitimées à la proposition du recours pour l'institution de l'administration considèrent qu'il ne subsiste plus les conditions pour la cessation de cette même administration, ils adressent une instance motivée au juge des tutelles lequel, après l'acquisition des informations nécessaires et la disposition des moyens d'instruction opportuns, agit en conséquence au moyen d'un Décret motivé (cf. art. 413 du code civil).

Il existe un autre cas de figure de révocation : le juge des tutelles dispose aussi d'office à la déclaration de cessation de l'administration de soutien lorsque celle-ci s'est révélée non adaptée à réaliser la complète assistance du bénéficiaire : dans cette hypothèse, on considère qu'il est nécessaire de promouvoir un jugement d'interdiction ou d'incapacité, le juge en informe le ministère public pour qu'il s'en charge (cf. art. 413, alinéa 4 du code civil).

Le système des recours des dispositions en matière d'administration de soutien est réglementé par le code de procédure civile (art. 720 bis c.p.c. et succ.).

Une plainte à l'encontre des Décrets du juge des tutelles est admise et peut être déposée auprès de la Cour d'Appel dans un délai péremptoire de dix jours à compter de la notification du décret à tous les participants au jugement (cf. art. 719 du c.p.c.) et un Recours en Cassation contre les décrets de la Cour d'Appel.

La plainte et le Recours en Cassation peuvent être proposés par les mêmes personnes qui auraient eu droit à proposer la requête même si elles n'ont pas participé au jugement.

Pour ce qui est des délais du recours en cassation, sans prévision expresse, on devra se baser sur les prévisions générales : le délai est de ce fait de soixante jours, en cas de notification d'instance de l'une des parties et, dans le cas contraire, d'un an à compter du dépôt de la disposition.

La proposition de la plainte ne suspend pas l'efficacité du décret qui est immédiatement exécutif.

Il c.c. prevede due forme di tutela in favore di chi sia incapace, per infermità di mente o altra causa, di provvedere ai propri interessi: esse sono l'interdizione e l'inabilitazione.

L'art. 414 c.c. elenca quali sono le persone che possono essere interdette, ossia: *“il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizione di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi... per assicurare la loro adeguata protezione”*.

Mentre l'art. 415 c.c. disciplina quali sono le persone che possono essere inabilite: *“il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, può essere inabilitato. Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inabilitati il sordomuto e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'art. 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi”*.

La Corte di Cassazione si è ripetutamente pronunciata sulla nozione di *“infermità di mente”* ai fini della dichiarazione di interdizione e di inabilitazione, evidenziando che presupposto necessario per l'inabilitazione e l'interdizione di un infermo di mente non è l'esistenza di una forma patologica clinicamente definita, bensì la semplice presenza di un'alterazione delle facoltà mentali tale da dar luogo a un'incapacità parziale o totale di provvedere ai propri interessi.

L'accertamento in concreto dell'esistenza e della misura della suddetta alterazione è riservato al giudice del merito.

La domanda per interdizione o inabilitazione si propone con ricorso diretto al

tribunale del luogo dove la persona nei confronti della quale è proposta ha residenza o domicilio (cfr. art. 712 c.p.c.).

Il ricorso può essere presentato dal coniuge, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore, dal curatore, dal Pubblico Ministero (cfr. art. 417 c.c.).

Il Tribunale non può pronunciarsi l'interdizione o l'inabilitazione senza aver proceduto all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando (cfr. art. 419 c.c.).

Nel ricorso devono essere esposti i fatti sui quali la domanda è fondata e devono essere indicati il nome e il cognome e la residenza del coniuge, dei parenti entro il quarto grado, degli affini entro il secondo.

La nomina in via definitiva del tutore verrà effettuata, solo dopo la pronuncia della sentenza che conclude il procedimento, dal Giudice Tutelare.

L'interdetto perde completamente ogni capacità d'agire, con la conseguenza che ogni atto da lui compiuto, tanto di ordinaria che di straordinaria amministrazione, è considerato nullo.

Allo stesso si sostituisce un tutore, tranne che per gli atti personalissimi, il quale agisce sotto il controllo del Giudice Tutelare al quale dovrà periodicamente riferire della propria attività e al quale dovrà rivolgersi per essere autorizzato a svolgere in nome e per conto dell'interdetto ogni atto eccedente l'ordinaria amministrazione.

Nel 2004 è entrata in vigore la normativa che ha introdotto l'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Tale istituto ha come finalità quella di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte della capacità di compiere le funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente e va ad aggiungersi agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione.

Vi è ora dunque la possibilità di nominare un amministratore di sostegno in tutte le ipotesi non solo di infermità, ma anche di menomazione fisica o psichica, ovvero per ogni alterazione dello stato di salute della persona, a prescindere da una ben definita patologia, purché tale da determinare l'impossibilità, anche parziale o temporanea, alla cura dei propri interessi di natura patrimoniale o personale.

L'impossibilità di provvedere ai propri interessi, che costituisce il presupposto della nomina dell'amministratore di sostegno può essere, come sopra evidenziato, anche parziale: in altre parole può essere nominato un amministratore di sostegno quando l'interessato sia impossibilitato a compiere atti di una certa difficoltà oppure quando la menomazione dello stesso presenti un andamento periodico o intermittente: come ad esempio nel caso dell'epilessia.

L'amministrazione di sostegno può così riguardare anziani, disabili, alcolisti, tossicodipendenti, carcerati, malati terminali, non vedenti e tanti altri soggetti per i quali non sia opportuno procedere ad una richiesta di interdizione o di inabilitazione.

Queste categorie di persone potranno pertanto ottenere (anche in considerazione della propria futura incapacità) che il Giudice Tutelare nomini un amministratore, che abbia cura di loro e del loro patrimonio.

La persona interessata può presentare direttamente - anche se minore, interdetto o inabilitato - mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, la richiesta al Giudice Tutelare della propria zona di residenza o anche domicilio.

La legittimazione alla proposizione del Ricorso spetta anche ad uno dei soggetti indicati all'art. 417 c.c.: coniuge, persona stabilmente convivente,

parenti entro il quarto grado, affini entro il secondo grado, tutore, curatore, pubblico ministero.

Per quanto concerne la “*persona stabilmente convivente*”, si tratta evidentemente del convivente *more uxorio* - ma si discute in dottrina se debba trattarsi necessariamente solo di questo a causa della genericità dell’espressione - fermo restando che il mero coabitante, come ogni altro non legittimato, può segnalare al pubblico ministero - affinché promuova i relativi procedimenti - i casi che paiano necessitare delle misure di protezione.

I responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza alla persona, che vengano a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l’apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre il Ricorso o a fornire comunque notizia al pubblico ministero (cfr. art. 406, comma 3, c.c.).

Per quanto concerne il procedimento preciso che il ricorso deve indicare, oltre alle generalità del beneficiario e alla sua dimora abituale, le ragioni per le quali si richiede la nomina dell’amministratore di sostegno e ancora il nominativo e il domicilio, se conosciuti dal ricorrente, del coniuge, dei discendenti, ascendenti, fratelli e conviventi del beneficiario (cfr. art. 407, comma 1, c.c.).

Il Giudice Tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento - nel quale necessariamente deve intervenire il pubblico ministero (art. 407, comma 5, c.c.) - si riferisce, recandosi ove occorra nel luogo in cui questa si trova e deve tenere conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste della stessa.

Il Giudice Tutelare dopo avere assunto le necessarie informazioni e disposti anche d’ufficio gli accertamenti medici e tutti gli altri mezzi istruttori utili ai fini della decisione e dopo aver sentito i soggetti legittimati alla proposizione

del Ricorso - in caso di mancata comparizione di questi ultimi provvede comunque - entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta, provvede alla nomina dell'amministratore con decreto motivato immediatamente esecutivo, che può sempre essere dallo stesso Giudice integrato o modificato (cfr. art. 407 c.c.).

Il Giudice Tutelare può adottare, anche d'ufficio, i provvedimenti provvisori e urgenti per la cura dell'interessato e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio e può procedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio, indicando nel relativo decreto gli atti che questi è autorizzato a compiere (cfr. art. 405, comma 4, c.c.).

Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione delle generalità del beneficiario e dell'amministratore e della durata dell'incarico (cfr. art. 405, comma, 5 c.c.).

Questo è prorogabile con decreto motivato del Giudice Tutelare, anche d'ufficio prima della scadenza del termine (cfr. art. 405, comma 6, c.c.).

Esso può peraltro essere conferito anche a tempo indeterminato, salva la facoltà dell'amministratore di cessare l'incarico dopo 10 anni, ad eccezione dell'ipotesi in cui esso sia rivestito dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dagli ascendenti o dai discendenti del beneficiario.

Emerge anche da quanto sopra la differenza tra l'istituto dell'amministratore di sostegno e quelli dell'interdizione e dell'inabilitazione: esso è infatti adattabile alle esigenze personali del beneficiario, la cui capacità di agire è limitata solo con riferimento a quanto previsto nel Decreto, a fronte della situazione di generale incapacità determinata dagli altri istituti.

L'interdizione può essere evitata in tutte le ipotesi in cui il soggetto veda assicurata la propria protezione, in modo soddisfacente, attraverso il ricorso ad una diversa misura.

Uno dei principi cui si ispira infatti la nuova legge è quello secondo il quale il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore e, quindi, anche per gli atti personalissimi (capacità di contrarre matrimonio, di fare testamento, di donare, di riconoscere un figlio naturale): atti che ove risultino compiuti in stato di incapacità di intendere o di volere, saranno assoggettati ai rimedi giuridici previsti in via generale.

Infine, la limitazione della capacità di agire del beneficiario in presenza della nomina dell'amministratore di sostegno può anche non sussistere essendo possibile, come confermato da alcuni Decreti del Giudice Tutelare di Parma del 2004, una legittimazione concorrente dei due soggetti per il compimento di alcuni atti: una situazione che potrebbe riguardare le ipotesi di menomazioni solo fisiche.

Per quanto fin qui osservato, la nomina dell'amministratore di sostegno non incide di per sé sullo *status* del beneficiario, a differenza di quanto si verifica nel caso della pronuncia di interdizione o di inabilitazione, che determina un'incapacità generale di agire del soggetto che ne è destinatario: incapacità che può essere totale (interdizione) o parziale (inabilitazione).

L'affermazione della generale capacità di agire in capo al beneficiario dell'amministrazione trova ulteriore conferma nell'art. 409, comma 2, c.c., il quale stabilisce che egli può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana.

È stata peraltro segnalata in dottrina la difficoltà di fornire una nozione oggettiva e precisa di "*atto necessario per la vita quotidiana*", tenuto conto di alcune variabili, quali l'età o la condizione economica del soggetto, che la rendono pertanto indeterminata.

In definitiva può dirsi che mentre al tutore è riconosciuta la rappresentanza esclusiva del tutelato e il potere di amministrarne i beni e il curatore ha il solo compito di assistere il soggetto nel compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, esprimendo il proprio assenso, ma senza mai poterlo sostituire, l'amministratore ha il potere di compiere, in rappresentanza esclusiva o in assistenza, solo quegli atti che siano indicati dal Giudice Tutelare nel decreto di nomina (singolarmente o per tipi), conservando il beneficiario la capacità di agire in relazione a tutti gli atti non espressamente indicati.

Il rispetto della volontà e della dignità della persona del beneficiario connota anche lo svolgimento dei compiti dell'amministratore che nell'esercizio del suo incarico deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del soggetto, informandolo tempestivamente degli atti da compiere e comunicando l'eventuale dissenso di lui al giudice tutelare (cfr. art. 410 c.c.).

Tuttavia la legge non prevede una sanzione a carico dell'amministratore che non adempia l'obbligo di informazione, anche se la reiterazione di tale violazione e gli eventuali effetti pregiudizievoli che essa determini, possono configurare una condotta negligente.

In caso di scelte o atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, costui o il pubblico ministero o gli altri soggetti legittimati alla nomina dell'amministratore di sostegno, possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con Decreto motivato gli opportuni provvedimenti.

A queste disposizioni che concernono alcune ipotesi di violazione dei doveri da parte dell'amministratore se ne aggiungono altre che prevedono che gli atti compiuti dall'amministratore stesso in violazione di disposizioni di legge o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal

giudice, possano essere annullati su istanza dello stesso amministratore o del pubblico ministero o dei suoi eredi o aventi causa così come possono essere annullati, su istanza degli stessi soggetti (ad esclusione del pubblico ministero) gli atti compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel Decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno (cfr. art. 412 c.c.).

Le azioni relative si prescrivono nel termine di cinque anni, che decorre dal momento in cui è cessato lo stato di sottoposizione all'amministrazione.

Il codice civile contempla anche la possibilità di revoca dell'amministratore di sostegno.

Quando il beneficiario, l'amministratore, il pubblico ministero o taluno degli altri soggetti legittimati alla proposizione del ricorso per l'istituzione dell'amministrazione, ritengano che siano venuti a mancare i presupposti per la cessazione della stessa, rivolgono istanza motivata al giudice tutelare, il quale provvede con Decreto motivato, acquisite le necessarie informazioni e disposti gli opportuni mezzi istruttori (cfr. art. 413 c.c.).

Vi è un'ulteriore ipotesi di revoca: il giudice tutelare provvede anche d'ufficio alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno quando questa si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario: in tale ipotesi se ritenga che si debba promuovere un giudizio di interdizione o di inabilitazione, il giudice ne informa il pubblico ministero, affinché vi provveda (cfr. art. 413, comma 4, c.c.).

Il sistema delle impugnazioni dei provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno è regolato dal c.p.c. (artt. 720 *bis* c.p.c. ss.).

Contro i Decreti del giudice tutelare è ammesso reclamo alla Corte d'Appello, nel termine perentorio di dieci giorni che decorre dalla notifica del

decreto a tutti i partecipanti al giudizio (cfr. art. 719 c.p.c.) e contro i decreti della Corte d'Appello, il Ricorso per Cassazione.

Il reclamo e il Ricorso per Cassazione possono essere proposti dagli stessi soggetti che avrebbero avuto diritto a proporre la domanda, anche se non hanno partecipato al giudizio.

Per quanto riguarda i termini del ricorso di cassazione, in mancanza di espressa previsione, deve farsi riferimento alle previsioni generali: il termine è pertanto di sessanta giorni, in caso di notifica ad istanza di parte e, in caso contrario, di un anno dal deposito del provvedimento.

La proposizione del reclamo non sospende l'efficacia del decreto, che è immediatamente esecutivo.

**Réforme des Tutelles : du majeur incapable à la personne
protégée – une approche comparative des systèmes de
protection des majeurs en droit international**

Convention Nationale des Avocats – Lille – 17 octobre 2008

Contribution pour la Suisse

par

Jean-Louis Collart

MENTHA & ASSOCIES

4, rue de l'Athénée

Case postale 330

CH-1211 Genève 12

Tél. +41 (0) 22 311 22 23

Fax + 41 (0) 22 781 12 12

E-mail jl.collart@mentha.ch

et

Tamara Morgado

Avocate

13, rue Céard

CH-1204 Genève

Tél: + 41 22 319 06 02

Fax: + 41 22 319 06 07

E-mail tamara@etudemorgado.com

La législation actuellement en vigueur en Suisse date de 1912.

Ces dernières années, les réformes des régimes de protection des adultes se sont multipliées dans les pays avoisinant. La tendance générale de ces réformes est, d'une part, de remplacer les mesures « classiques » par des mesures personnalisées, c'est-à-dire sur mesure, afin de mieux prendre en considération les besoins individuels de la personne à protéger et, d'autre part, de donner la possibilité aux personnes d'organiser de manière anticipée leur protection pour le cas où elles deviendraient incapables.

Un projet de loi est en passe d'être adopté par le parlement suisse. Ce projet s'inscrit dans la ligne des réformes législatives intervenues dans plusieurs pays européens.

I. Le droit actuel (articles 360ss Code Civil Suisse (CC))

1) Mesures prévues par le droit actuel :

Le droit actuel de la tutelle prévoit des mesures juridiques en faveur des personnes qui ne sont pas en mesure de sauvegarder elles-mêmes leurs intérêts.

- la tutelle proprement dite (368 à 372)

La tutelle est la mesure la plus rigoureuse et la plus globale. La personne perd sa capacité civile et le tuteur endosse la fonction de représentant légal. La personne interdite ne peut plus exercer ses droits civils. Elle a besoin de l'approbation du représentant légal pour pouvoir s'engager sur le plan juridique, conservant toutefois la capacité de décider seule dans le cadre de l'exercice de droits strictement personnels dans la mesure où elle est capable de discernement.

Les cas d'interdiction sont énumérés de façon exhaustive par la loi.

Il faut être atteint soit de maladie mentale soit de faiblesse d'esprit et être incapable de gérer ses affaires, avoir besoin de soins et de secours permanents ou être une menace pour la sécurité d'autrui.

Quatre autres causes alternatives d'interdiction sont prévues par la loi : la prodigalité, l'ivrognerie, l'inconduite et la mauvaise gestion. Il faut en outre être dans un rapport de causalité avec l'un au moins des effets alternatifs suivants : le risque de tomber dans le besoin, le besoin de soins et de secours permanents et la menace pour la sécurité d'autrui.

Les personnes contraintes de subir une peine privative de liberté d'une année ou plus peuvent également être interdites.

Enfin, il est possible de solliciter une interdiction volontaire.

Une interdiction volontaire suppose l'existence de l'une des trois causes suivantes : la faiblesse sénile (réduction des facultés corporelles ou mentales, étant précisé que cette réduction doit néanmoins laisser à la personne en cause une capacité de discernement

suffisante pour faire la requête d'interdiction), l'infirmité (corporelle, psychique ou caractérielle) ou l'inexpérience (la notion d'inexpérience doit être interprétée de façon restrictive ; il doit d'agir d'une inexpérience caractérisée, de l'ignorance totale de la gestion des affaires en relation avec le caractère (dépression, par exemple)).

L'état déficient d'une personne ne peut aboutir à une interdiction volontaire que s'il a pour conséquence d'empêcher cette personne de gérer convenablement ses affaires. La requête d'interdiction volontaire peut prendre la forme d'un consentement à une proposition d'interdiction faite. Elle doit être claire et non équivoque et doit procéder d'une décision prise librement, avec la capacité de discernement suffisante.

- le conseil légal (395)

S'il n'existe pas de cause suffisante pour interdire des personnes majeures et si néanmoins une privation partielle de l'exercice des droits civils est commandée par leur intérêt, elles sont pourvues d'un conseil légal dont le concours est nécessaire pour les affaires énoncés par la loi tel que pour plaider, acheter ou vendre des immeubles etc....

- la curatelle (392-394)

La curatelle a été prévue par le législateur pour répondre à des besoins bien déterminés et pour remédier à des situations exceptionnelles généralement limités dans le temps.

Contrairement à l'interdiction ou à la mise sous conseil légal, la curatelle n'entraîne aucune limitation de l'exercice des droits civils.

La loi a prévu la curatelle de représentation et la curatelle de gestions des biens.

Ainsi, le curateur est habilité à agir à la place de la personne concernée et de la représenter légalement à l'occasion d'un acte particulier. Le curateur peut également assumer la gestion des biens de la personne.

- la privation de liberté à des fins d'assistance (397a – 397f)

Une personne majeure ou interdite peut être placée ou retenue dans un établissement approprié lorsque, en raison de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'alcoolisme, de toxicomanie ou de grave état d'abandon, l'assistance personnelle nécessaire ne peut lui être fournie d'une autre manière.

2) L'initiative de la mise sous protection

La demande d'interdiction est formée par une requête qui contient l'exposé des faits et des moyens de droit ainsi que les conclusions. Elle indique s'il y a lieu, les noms des témoins à entendre et les pièces justificatives sont jointes.

Peuvent requérir l'interdiction, soit la personne à interdire, soit son conjoint ou l'un de ses parents jusqu'au quatrième degré inclusivement, soit encore, à Genève, le Procureur général.

Dans les cas de demande d'interdiction volontaire, le Tribunal tutélaire, après avoir entendu la personne à interdire, prononce l'interdiction sans autre probatoire s'il a constaté l'existence des faits qui la motivent.

Dans les autres cas, le Tribunal tutélaire établit d'office les faits. Il procède à toutes les mesures probatoires nécessaires à fonder sa conviction, en conformité des règles générales de la procédure. En principe, le Tribunal tutélaire demandera un rapport médical qui devra déterminer :

- si la personne peut être entendue par le Tribunal, soit en s'y déplaçant soit dans le cadre d'un transport sur place du Tribunal ;
- si la personne peut elle-même désigner un curateur ;
- si la personne peut contrôler l'activité du curateur.

Quant au choix du tuteur, la loi prévoit un droit de préférence savoir que l'autorité doit nommer tuteur, de préférence, l'un des proches parents ou alliés ou le conjoint du pupille. Ce privilège, conféré par l'article 380 CC, prévoit que si l'une des personnes susmentionnées est apte à remplir les fonctions de tuteur, l'autorité ne peut désigner un tiers que s'il existe de justes motifs.

Il existe également un droit de proposition prévu par l'article 381 CC qui veut que l'autorité tutélaire nomme la personne désignée par le père ou la mère ou par l'incapable. Cette proposition ne lie pas l'autorité tutélaire mais celle-ci ne peut s'en écarter que s'il existe de justes motifs. Le droit de proposition de l'article 381 CC l'emporte en général sur le droit de préférence de l'article 380 CC. Le bien du pupille requiert en principe que l'autorité nomme tuteur la personne souhaitée par l'incapable ou par ses parents, même s'il ne s'agit pas d'un proche au sens de l'article 380 CC.

II. Un besoin de réforme

- Encouragement de la personne à disposer d'elle-même

Actuellement, grâce au progrès de la médecine, des personnes souffrant de graves maladies voient leur vie prolongée; elles peuvent toutefois être frappées d'une incapacité de discernement d'une durée plus ou moins longue. Par ailleurs, le risque d'être atteint par la maladie d'Alzheimer ou par une démence sénile augmente avec l'âge. C'est pourquoi toute personne devrait, en prévision d'un tel cas, désigner une personne chargée de sauvegarder ses intérêts et, en particulier, une personne qui pourra, en son nom, consentir à un traitement médical ou le refuser. Elle éviterait ainsi de devoir dépendre, un jour, des autorités.

Certains cantons ont réglés dans leur loi sur la santé publique la question des directives anticipées du patient. Mais les procurations données dans des domaines autres que le strict domaine médical soulèvent d'importants problèmes juridiques. Afin de remédier à cette

situation insatisfaisante et d'instaurer une réglementation transparente applicable dans toute la Suisse, le projet de réforme prévoit deux nouvelles institutions juridiques, à savoir le mandat pour cause d'inaptitude et les directives anticipées du patient.

- Renforcement de la solidarité familiale et réduction de l'intervention de l'Etat

Le droit actuel de la tutelle ne connaît pas de mesures spécifiques pour les personnes qui deviennent incapables de discernement et perdent ainsi, de par la loi, l'exercice des droits civils. Il est dès lors impossible que la personne donne un consentement valable à des mesures d'assistance et son patrimoine n'est pas géré si aucune mesure n'a été prise avant que ne survienne l'incapacité de discernement. Ainsi, selon le droit actuel, l'autorité tutélaire doit nommer un tuteur ou un curateur.

Il est prévu dans le projet de réforme que lorsqu'une personne frappée d'une incapacité de discernement n'a pas constitué de mandat pour cause d'inaptitude et que sa représentation n'est pas assurée par une curatelle, son conjoint ou son partenaire enregistré dispose du pouvoir légal de représentation s'il fait ménage commun avec elle ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière.

Le pouvoir de représentation porte sur tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne incapable de discernement, sur l'administration ordinaire de ses revenus et de ses autres biens et si nécessaire, sur le droit de prendre connaissance de sa correspondance et la liquider.

S'agissant des mesures médicales, quelques cantons ont comblé en partie les lacunes existantes en prévoyant dans leur loi sur la santé publique qu'un proche ou un membre de la famille peut consentir à un traitement médical au nom d'une personne adulte incapable de discernement.

Il s'est toutefois révélé indispensable d'adopter une réglementation fédérale.

Le projet de réforme définit l'ordre dans lequel les proches d'une personne incapable de discernement sont habilités, en l'absence de directives anticipées suffisamment précises, à consentir ou non à des soins médicaux à donner à la personne incapable de discernement.

- Amélioration de la protection des personnes incapables de discernement vivant dans une institution

Afin d'améliorer de manière ponctuelle la protection des personnes vivant dans des institutions, le projet de réforme octroie le droit de conclure le contrat qui fixe les prestations à fournir par l'institution et leur coût (contrat d'assistance) à la personne qui est habilitée à représenter la personne incapable de discernement dans le domaine médical. La personne habilitée à conclure le contrat d'assistance n'a toutefois pas la compétence de placer dans une institution médico-sociale ou dans un home la personne qu'elle représente

si celle-ci s'y oppose. Dans ce cas ce sont les dispositions relatives au placement à des fins d'assistance qui s'appliquent. Le projet de réforme fixe également les conditions auxquelles des mesures limitant la liberté de mouvement peuvent être ordonnées.

- Une approche sur mesure

L'interdiction prévue par le droit actuel, qui entraîne la perte de la capacité d'exercer les droits civils, constitue souvent une mesure disproportionnée et stigmatisante pour la personne concernée. Les facultés qu'a une personne d'agir de manière autonome ne sont pas suffisamment exploitées.

Le conseil légal dans sa forme actuelle n'est pas non plus satisfaisant. Cette mesure ne permet d'intervenir que ponctuellement dans l'administration des biens et entraîne une privation partielle de l'exercice des droits civils. En outre, la loi ne prévoit pas la possibilité d'apporter une assistance personnelle à la personne concernée.

Les autorités de protection de l'adulte n'ordonneront désormais plus des mesures standards, mais conformément au principe de la proportionnalité des « mesures sur mesure ». L'assistance étatique sera ainsi limitée, dans chaque cas, au minimum réellement nécessaire.

L'interdiction et le conseil légal n'ayant plus lieu d'être, le projet propose de les remplacer par une seule institution juridique, la curatelle.

III. Les modifications projetées

1) Modifications par rapport aux mesures en place

- La tutelle, le conseil légal et la curatelle sont remplacés par une seule institution : la curatelle.
- La curatelle sera instituée si une personne n'est plus en mesure d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une déficience mentale, d'un trouble psychique ou d'un autre état de faiblesse et si l'appui fourni par des proches ou des services, privés ou publics, ne suffit pas.

4 sortes de curatelle sont prévues :

1. Curatelle d'accompagnement

Une curatelle d'accompagnement est instituée, avec le consentement de la personne ayant besoin d'aide, lorsque celle-ci doit être assisté pour accomplir certains actes. La curatelle d'accompagnement suppose le consentement de la personne ayant

besoin d'aide, qui n'est pas privée de l'exercice de ses droits civils. La personne sous curatelle d'accompagnement continue d'agir elle-même, le rôle du curateur étant seulement de l'aider.

2. Curatelle de représentation

Une curatelle de représentation est instituée lorsque la personne ayant besoin d'aide ne peut accomplir certains actes et doit de ce fait être représentée. Le curateur est le représentant légal de la personne ayant besoin d'aide. Il peut agir pour elle, c'est-à-dire en son nom et avec effet pour elle.

3. Curatelle de coopération

Cette curatelle est instituée lorsque pour sauvegarder les intérêts d'une personne ayant besoin d'aide, il est nécessaire de soumettre certains de ses actes au consentement du curateur.

4. Curatelle de portée générale

Elle remplace l'actuelle interdiction. Comme celle-ci, elle entraîne de plein droit la privation de l'exercice des droits civils. Cette mesure sera notamment instituée si la personne, en raison d'une incapacité durable de discernement, a un besoin d'aide particulièrement prononcé.

Les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées. Ces mesures flexibles permettent d'instituer une assistance juridique adaptée aux besoins.

- Le placement sous autorité d'enfants majeurs interdits n'existera plus.
- La protection juridique du placement à des fins d'assistance dans une institution est renforcée.

La décision médicale de placement doit impérativement être confirmée, après un délai qui ne peut être supérieur à six semaines, par une décision de l'autorité de protection de l'adulte même si la personne concernée n'a pas fait recours contre la décision de placement ni demandé sa libération. De plus, les cantons ne pourront désormais habiliter à ordonner un placement que des médecins disposant des connaissances adéquates. Le projet prévoit encore que l'autorité de protection de l'adulte est tenue d'examiner périodiquement si les conditions du maintien de la mesure sont toujours remplies.

- Autorité interdisciplinaire de protection de l'enfant et de l'adulte

Selon le droit actuel de la tutelle, l'autorité tutélaire est responsable de l'exécution des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte. Dans les cantons romands ou bilingues, à l'exception des cantons du Jura, de Berne et du Valais, l'autorité tutélaire est une autorité judiciaire, un tribunal (GE, NE) ou un juge de paix (VD, FR). Par contre dans beaucoup de cantons de Suisse alémanique, l'autorité tutélaire est l'exécutif communal. Le conseil communal est composé d'hommes et de femmes, qui ont été élus pour des raisons politiques et qui n'ont pas reçu de formation spécifique en matière du droit de la tutelle.

L'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte aura pour effet que toutes les décisions relevant de ce droit seront prises par une même autorité interdisciplinaire. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte sera soit une autorité administrative soit une autorité judiciaire dont l'organisation est laissée aux cantons, sous réserve de principes fondamentaux fixés par le droit fédéral.

2) Nouvelles institutions proposées

Mandat pour cause d'incapacité :

Le mandat pour cause d'incapacité permet à une personne capable de discernement de désigner une personne physique ou morale qu'elle charge de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement.

Au moment où il établit un mandat pour cause d'incapacité, le mandant doit avoir l'exercice des droits civils, c'est-à-dire être majeur et capable de discernement.

Le mandant doit désigner le mandataire nommément et décrire de manière aussi détaillée que possible les tâches qu'il lui confie.

La constitution du mandat se fait par la forme olographe ou authentique.

Il appartient au mandant de prendre les dispositions pour que, le moment venu, l'autorité de protection de l'adulte et le mandataire aient connaissance du mandat. Il pourra demander à l'office de l'état civil d'inscrire la constitution et le lieu de dépôt du mandat dans la banque de données centrale.

La personne désignée comme mandataire est libre d'accepter ou non le mandat.

Directives anticipées du patient :

Par des directives anticipées, toute personne capable de discernement peut fixer, de manière contraignante, les traitements médicaux qu'elle accepte ou qu'elle refuse au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut, en outre, désigner une

personne physique appelée à décider en son nom les soins médicaux à lui administrer si elle ne pouvait plus s'exprimer.

Ainsi, une personne capable de discernement pourra :

- Déterminer les traitements médicaux auxquels elle entend consentir ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement
- Désigner une personne physique qui aura la compétence de consentir en son nom à un traitement médical pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement.

Pour rédiger des directives anticipées, il suffit d'être capable de discernement. Les directives anticipées sont soumises à la forme écrite, c'est-à-dire que seule la signature doit être écrite à la main.

Elles ne s'appliquent qu'au domaine médical, ce qui suppose un contrôle de la part du personnel médical. Le médecin posera le diagnostic et déterminera le traitement médical, conseillera la personne représentant l'auteur des directives et, le cas échéant, en appellera à l'autorité de protection de l'adulte.

Il appartient à l'auteur de directives anticipées de s'assurer que les destinataires en aient connaissance le moment venu. Il peut, par exemple, les déposer chez son médecin traitant. Il peut faire inscrire la constitution et le lieu de dépôt des directives sur sa carte d'assuré.

3) Etat de la réforme

Après des travaux préliminaires débutés en 1993, puis un mandat confié à une commission d'experts interdisciplinaire en 1999, un avant-projet de loi sur la Réforme des Tutelles a pu être soumis à une large procédure de consultation en 2003. Le Conseil Fédéral a soumis un projet de révision du Code Civil Suisse au Parlement Fédéral en juin 2006. Les débats parlementaires ont eu lieu en 2007 et 2008. A la fin de la dernière session des chambres fédérales, tenue au début du mois d'octobre 2008, seules quelques divergences mineures subsistaient entre la Chambre du peuple et la Chambre des cantons. Ces divergences seront débattues et éliminées définitivement lors de la session d'hiver des chambres fédérales, qui se tiendra au mois de décembre 2008.

Ainsi, sous réserve d'un référendum qui semble peu probable, la Réforme des Tutelles en Suisse devrait pouvoir entrer en vigueur au cours de l'année 2009.

La réforme des tutelles :

La protection en *Common Law*

Illustrations « transfrontalières » France/Grande-Bretagne

Paul Hewitt

Associé

Withers LLP

La réforme des tutelles

La protection en *Common Law* - Illustrations « transfrontalières » France/Grande-Bretagne

1. Mouvement de population entre la Grande-Bretagne et la France

Il y a une population importante de Britanniques qui résident maintenant de ce côté de la Manche, et un nombre également important de ressortissants français qui ont choisi le Royaume-Uni pour y habiter.

Les statistiques de l'OCDE basées sur les recensements de 2000 indiquent qu'une proportion non négligeable de cette population est âgée de plus de 65 ans.¹

Nous ne disposons pas encore de statistiques officielles plus récentes, et les diverses estimations ne concordent pas. Il est toutefois évident que les chiffres ont augmenté. Il est estimé que 260 000 Britanniques habitent maintenant en France en permanence ou une partie du temps,² et qu'environ 500 000 Britanniques possèdent des résidences secondaires en France.³

Dans l'autre sens, il est estimé que, depuis 1999, approximativement 15 000 ressortissants français ont émigré au Royaume-Uni chaque année.⁴ Quelques 300 000 Français résident désormais au Royaume-Uni, dont 70 % habitent dans l'agglomération urbaine de Londres.⁵

Ressortissants britanniques âgés de plus de 15 ans résidant en France en 2000

	Nombre de Britanniques en France	Exprimé en % du total
15-24 ans	9 223	12 %
25-64 ans	56 330	74 %
Plus de 65 ans	10 870	14 %
Total	76 423	100 %

¹ Statistiques disponibles sur le site <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx?QueryName=254&QueryType=View>.

² <http://www.guardian.co.uk/world/2008/mar/07/france>.

³ <http://www.newstatesman.com/200408020014>.

⁴ <http://www.guardian.co.uk/world/2006/apr/08/france.ashleyseager>.

⁵ <http://www.telegraph.co.uk/core/Content/displayPrintable.jhtml;jsessionid=FYO0HF11E2YS3QFIQMFCFGGAVCBQYIV0?xml=/propery/2007/02/22/lpfrench122.xml&site=16&page=0> et <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/mar/23/immigration.france>.

Ressortissants français âgés de plus de 15 ans résidant en Grande-Bretagne en 2000

	Nombre de Français en Grande-Bretagne	Exprimé en % du total
15 à 24 ans	18 327	21 %
25 à 64 ans	58 831	69 %
Plus de 65 ans	8 181	10 %
Total	85 339	100 %

2. Statistiques relatives à la maladie d'Alzheimer et autres formes de démence

2.1 Alzheimer Europe

Alzheimer Europe est une initiative européenne visant à accroître la reconnaissance de la maladie d'Alzheimer et des autres formes de démence comme l'une des priorités dans le domaine de la santé publique en Europe. Cette initiative bénéficie de l'appui du gouvernement français. La « Déclaration de Paris » inclut la déclaration suivante, qui ne peut que faire réfléchir :

« Aujourd'hui [en 2006], près de 5,4 millions de citoyens européens souffrent de la maladie d'Alzheimer ou d'une autre forme de démence. En raison du vieillissement de la population dans tous les États Membres de l'Union Européenne, ces chiffres vont aller en augmentant et les chercheurs ont prédit une multiplication par deux de ces chiffres d'ici 2040 en Europe Occidentale et une multiplication par trois en Europe de l'Est. »⁶

⁶ 'Déclaration de Paris : priorités politiques du mouvement Alzheimer en Europe' disponible sur <http://www.dementia-in-europe.eu/upload/SLK56FS387ZG/downloads//ZRCNLVXRLDJS.pdf>.

2.2 Statistiques relatives aux personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer et d'autres formes de démence en Europe

Alzheimer Europe a recueilli des statistiques sur le nombre de personnes souffrant de démence en Europe en se basant sur deux grandes études, Eurodem et Ferri.⁷

Pays	Tranche d'âge	Nombre souffrant de démence (EURODEM)	% de la population	Nombre souffrant de démence (Ferri et al)	% de la population
France (chiffres datant de 2005)	30-99	847 808	1,36 %	760 715	1,22 %
R.-U. (chiffres datant de 2004)	30-89	660 573	1,11 %	621 717	1,04 %

Une nouvelle étude de grande ampleur sur l'impact de la démence au Royaume-Uni a été publiée en février 2007. Elle suggère que le nombre de personnes souffrant de démence au Royaume-Uni a augmenté et atteint maintenant 700 000. Elle estime que 1 000 000 de personnes au Royaume-Uni souffriront de démence en 2025.⁸

2.3 Pertinence pour les juristes en France et au Royaume-Uni⁹

Le vieillissement de la population en Europe et une augmentation correspondante du nombre des personnes ayant des problèmes de capacité ont entraîné des réformes

⁷ Statistiques sur la démence en Europe disponibles sur le site web [suivant : http://www.dementia-in-europe.eu/?lm2=OWQAUJKRXAEZ](http://www.dementia-in-europe.eu/?lm2=OWQAUJKRXAEZ).

⁸ « *The Rising Cost of Dementia in the UK* » (Le coût croissant de la démence au R.-U.). Un rapport sur la prévalence et le coût de la démence préparé par le département *Personal Social Services Research Unit* (PSSRU) de la *London School of Economics* et le *Institute of Psychiatry à King's College London*, pour le compte de la *Alzheimer's Society*, 2007, sur le site http://www.alzheimers.org.uk/site/scripts/documents_info.php?categoryID=200120&documentID=342.

⁹ Le Royaume-Uni comprend trois juridictions constitutives – (1) l'Angleterre et le Pays de Galles, (2) l'Écosse et (3) l'Irlande du Nord. Les Îles anglo-normandes sont des dépendances de la Couronne et ne font pas partie du Royaume-Uni (elles prêtent directement serment d'allégeance au monarque régnant – selon la tradition, elles le font parce qu'elles considèrent le monarque comme étant le Duc de Normandie). L'île de Man également est une dépendance de la Couronne. Ni les Îles anglo-normandes, ni l'île de Man ne font partie de l'Union européenne.

légales dans de nombreux pays membres de l'Union Européenne, y compris au Royaume-Uni.

Les niveaux élevés de migrations transfrontalières, qui incluent des nombres substantiels de retraités, signifient qu'il est de plus en plus probable que les juristes soient confrontés à des étrangers ayant des problèmes de capacité.

Exemple A

Un couple britannique âgé possède une « résidence secondaire » en France. Les époux ont tous les deux une très mauvaise mémoire. Ils décident de léguer leur résidence secondaire à leur femme de ménage du pays, qu'ils connaissent depuis trois ans.

Quel droit s'applique pour résoudre tous les doutes concernant leur capacité de comprendre les conséquences de leurs actes (le degré requis de capacité mentale) dans le cas d'un tel don de biens fonciers ?

La réponse serait-elle différente si le couple avait déménagé en France et y avait établi sa résidence habituelle ?

Exemple B

Le même couple britannique âgé a également un compte en banque en France. Il décide de faire don de 200 000 € à son jardinier en échange d'une promesse de sa part de s'occuper du jardin potager des époux tant que ces derniers seraient en vie.

Quel tribunal aurait compétence pour traiter des questions de capacité ? La réponse à cette question est-elle affectée selon s'ils sont habituellement résidents en France, ou seulement de façon temporaire ou saisonnière ?

Exemple C

Quelqu'un vous demande votre opinion sur les affaires d'une ressortissante française qui vient de perdre son mari. Elle a une fille qui habite à Paris et un fils qui habite à Londres. Elle décide d'aller vivre à Londres avec son fils plutôt qu'à Paris avec sa fille.

Elle vend son ancienne résidence conjugale (en France) et dépose le produit de cette vente sur son compte en banque. Elle déclare ensuite qu'elle a décidé d'en transférer le montant à son fils à titre de don.

Sans même parler des questions relatives à l'héritage, qui déciderait si elle a la capacité de faire un tel don ?

3. Quel est le tribunal compétent ?

Le nombre croissant de tels scénarios en France, au Royaume-Uni et dans d'autres pays a suscité un besoin de clarification quant à la détermination du tribunal compétent en fonction des circonstances.

3.1 La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (la « Convention ») et son application à l'Angleterre et au Pays de Galles

*« Le vieillissement de la population mondiale, allié à une plus grande mobilité internationale, a rendu nécessaire une meilleure protection internationale des adultes vulnérables tant par des lois appropriées qu'à travers davantage de coopération internationale. L'augmentation de la durée de la vie dans de nombreux pays s'accompagne d'une augmentation conséquente des maladies liées au grand âge. Comme les voyages internationaux deviennent plus faciles, beaucoup de personnes atteignant l'âge de la retraite font le choix de passer la dernière partie de leur vie à l'étranger. »*¹⁰

Le droit de nombreux pays permet aux adultes de décider à l'avance comment leurs affaires seront gérées au cas où ils perdraient la capacité de gérer ces affaires eux-mêmes, mais ceci soulève des questions inévitables au sujet de la détermination de la loi applicable, des personnes qui vont s'occuper de tels adultes âgés et des pouvoirs qu'auront ces personnes. La Convention « répond à bon nombre de ces questions en fournissant des règles sur la compétence, la loi applicable et la reconnaissance internationale ainsi que l'application des mesures de protection. »¹¹

Le Royaume-Uni, l'Allemagne et la France ont déjà ratifié la Convention. Par conséquent, elle entrera en vigueur dans ces pays le 1^{er} janvier 2009. Cependant, dans le cas du Royaume-Uni, la ratification est limitée exclusivement à l'Écosse.

En Angleterre et au Pays de Galles, la loi « **MCA** » (*Mental Capacity Act*) de 2005, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007, contient une réglementation complète en ce qui concerne le traitement des personnes qui perdent la capacité, et les conflits de lois liés à cela.¹²

¹⁰ « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes – Aperçu de la Convention », disponible sur le site http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=71.

¹¹ Ibid.

¹² Voir Dicey, Morris & Collins *The Conflict of Laws* (Thomson, Sweet & Maxwell), chapitre 21.

L'article 63 et la cédula 3 de la loi MCA incorporent la Convention au Droit anglais, et ils font référence à l'application du Droit international privé en Angleterre et au Pays de Galles. Ceci est entré en vigueur avec l'adoption de la loi MCA le 1^{er} octobre 2007, à l'exception de certains articles qui ne produiront leurs effets complets en Angleterre et au Pays de Galles qu'après l'entrée en vigueur de la Convention le 1^{er} janvier 2009.

Un facteur qui complique les choses est donc le fait que la Convention entrera en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles le 1er janvier 2009, mais que comme cela aura été la conséquence de la législation interne et non de la ratification du traité, l'entrée en vigueur de la Convention ne sera reconnue ni par l'Écosse, l'Allemagne ou la France.

Il s'avère que le Ministère de la Justice est en train de prendre les mesures nécessaires pour assurer sa ratification complète pour l'Angleterre et le Pays de Galles.

3.2 **Dispositions de la loi *Mental Capacity Act* de 2005 concernant les questions de compétence des tribunaux**

La loi MCA esquisse les circonstances dans lesquelles la *Court of Protection* (voir ci-dessous) aura compétence sur les adultes incapables en application des dispositions de la Convention.

La *Court of Protection* aura compétence dans les circonstances suivantes :

- pour un adulte incapable résidant habituellement en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- pour les biens d'un adulte incapable (ceci comprend l'ensemble des choses non possessoires et intérêts portant sur des biens meubles et immeubles) situés en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- pour un adulte incapable qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles, ou qui y possède des biens, si l'affaire est urgente ;
- pour un adulte incapable qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles et à l'égard duquel une mesure de protection temporaire a été prise en ce qui concerne exclusivement l'Angleterre et le Pays de Galles.¹³

En vertu de la cédula 3, paragraphe 7, de la loi MCA, la *Court of Protection* peut également avoir compétence sur un ressortissant britannique si l'Article 7 de la Convention a été respectée. Cela signifie que si les autorités anglaises estiment qu'elles

¹³ Loi MCA de 2005, cédula 3, alinéa 7.

sont mieux placées pour prendre des mesures qu'un autre État contractant ayant compétence en raison du lieu de résidence habituelle de la personne concernée, elles peuvent prendre de telles mesures à condition d'en informer l'État de résidence habituelle. Ceci ne s'applique pas si l'État de résidence habituelle déclare qu'il a pris ou prendra les mesures appropriées, ou s'il a décidé qu'aucune mesure de ce type n'est nécessaire.

En vertu de la cédule 3, paragraphe 8, de la loi MCA et de l'Article 8 de la Convention, les autorités d'un État contractant ayant compétence sur un adulte incapable peuvent solliciter un transfert de compétence dans un autre pays si elles estiment que c'est dans le meilleur intérêt de cette personne. Cet article de la loi MCA entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Sur cette base, si le Lord Chancelier d'Angleterre donne son accord, la *Court of Protection* pourrait se reconnaître compétente sur quelqu'un :

- qui est un ressortissant britannique ;
- dont la résidence habituelle antérieure était en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- qui possède des biens en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- qui a choisi l'Angleterre et le Pays de Galles comme étant l'autorité juridiquement compétente pour prendre des mesures pour son compte et a documenté ce choix dans un document écrit concernant sa protection ;
- pour qui un résident habituel de l'Angleterre ou du Pays de Galles s'est montré prêt à assurer la protection si besoin est ; ou
- qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles, mais seulement en ce qui concerne la protection de sa personne.

Dans l'état actuel des choses, il existe une anomalie en rapport avec l'Article 8 de la Convention : la France ne peut adresser une demande qu'à un autre État contractant, mais en Droit international l'Angleterre et le Pays de Galles ne sont pas des États contractants. Ceci pose un problème technique intéressant sur le plan juridique. Selon une opinion, en vertu de la loi MCA, la *Court of Protection* en Angleterre et au Pays de Galles est compétente pour recevoir une demande d'un État contractant. La France pourrait donc faire une demande, apparemment en dehors des termes de la Convention, et le Tribunal anglais pourrait quand même se déclarer compétent.

Examinons par exemple le cas d'un homme de nationalité britannique qui, ayant décidé d'aller vivre en Provence après son départ en retraite, est devenu résident habituel de la

France et est ensuite devenu mentalement incapable. Sa fille habite toujours à Londres, et elle se déclare prête à accepter la responsabilité de ses affaires financières et personnelles. En vertu des termes de l'Article 5 de la Convention, c'est principalement à la France qu'il incombe de prendre des mesures pour son compte, mais la France pourrait penser qu'il serait dans le meilleur intérêt de cet homme de transférer cette responsabilité à la *Court of Protection* anglaise, de façon que sa fille puisse s'occuper de lui. La France ne pourrait pas faire une telle requête en vertu de l'Article 8, parce que l'Angleterre et le Pays de Galles ne sont pas au nombre des États contractants. Cependant, si elle présentait sa demande à l'Angleterre, l'Angleterre pourrait toujours l'accepter en vertu de la loi MCA.

3.3 **Quel droit la *Court of Protection* appliquera-t-elle ?**

En règle générale, la *Court of Protection* appliquera le Droit anglais. Cependant, si elle estime que, dans une affaire particulière, il existe une « connexion substantielle » avec un autre pays, elle pourra appliquer le droit de ce pays. De même, elle reconnaît que si une mesure de protection a été prise dans un État et est mise en œuvre dans un autre État, le droit de cet autre État régira ladite mise en œuvre.¹⁴ Ces dispositions sont fondées sur les Articles 13 et 14 de la Convention.

Par exemple, si la *Court of Protection* décide que les biens d'une personne situés à l'étranger doivent être vendus à l'étranger, le droit de cet autre pays devrait régir les modalités de la vente.

4. **La loi *Mental Capacity Act* de 2005**

4.1 **Contexte et droits de l'homme**

La loi MCA est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007 après de nombreuses années de consultations et de projets de réforme.

Un facteur important qui a influencé la réforme était le désir de mieux protéger les droits humains des personnes qui sont mentalement incapables. La 'Law Commission', qui conseille le Gouvernement en matière de réforme de la législation en Angleterre et au Pays de Galles, a produit un rapport en 1995 sur l'« Incapacité mentale ».

Ce rapport fait référence à la « Déclaration des droits du déficient mental » des Nations Unies de 1971, selon laquelle « *Le déficient mental doit être protégé contre toute*

¹⁴ Loi MCA de 2005, cédula 3, alinéas 11 et 12.

exploitation, tout abus ou tout traitement dégradant. »¹⁵ La Commission des lois a identifié la Déclaration comme étant l'une des composantes d'un « *corpus considérable d'opinions internationales identifiant une discrimination inacceptable dans les façons dont les personnes souffrant d'handicaps mentaux (et en particulier des maladies mentales) ont été traitées dans le passé par les praticiens de la profession médicale, la loi et la société dans son ensemble.* »¹⁶

Le Royaume-Uni a finalement incorporé en son droit national certains articles de la Convention européenne des droits de l'homme par le biais de la loi *Human Rights Act* de 1998. Les notes explicatives qui accompagnent la loi MCA indiquent qu'elle « *satisfait à l'obligation positive de l'État en vertu de l'Article 8 ... pour assurer le respect de la vie privée.* »¹⁷

4.2 **Synopsis de la loi *Mental Capacity Act* de 2005**

Les principales modifications apportées par la loi MCA sont les suivantes :

- Pour la première fois, le niveau de capacité qu'une personne doit avoir pour pouvoir prendre une décision particulière est codifié, plutôt que basé en jurisprudence. Cinq principes légaux aident à décider comment les décisions doivent être prises et qui doit les prendre.
- Le type de procuration « *Enduring Power of Attorney* » est aboli et remplacé par un autre type de procuration appelé « *Lasting Power of Attorney* » (voir l'explication plus bas).
- La procuration *Lasting Power of Attorney* peut être utilisée pour prendre des décisions financières. Elle peut également servir à déléguer des décisions sur la santé et le bien-être (ce qui n'était pas autorisé auparavant).
- La *Court of Protection* est recréée bénéficiant d'un statut plus élevé.
- La *Court of Protection* peut traiter des questions de bien-être aussi bien que des affaires financières.

¹⁵ *Mental Capacity* (Law Com N° 231) p. 17, citant la *Déclaration des droits du déficient mental*, 1971 Assemblée générale de l'ONU, 26^{ème} session, Résolution 2856, paragraphe 6.

¹⁶ *Mental Capacity* (Law Com N° 231), p. 23.

¹⁷ Notes explicatives de la loi *Mental Capacity Act*, paragraphe 10, disponibles sur le site http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/en/ukpgaen_20050009_en.pdf.

- Un *Office of the Public Guardian* est constitué pour agir parallèlement à la *Court of Protection*.
- Un *Code of Practice* (le « **Code** ») accompagne la loi MCA. Le Code donne des conseils et des informations sur la façon dont la loi MCA est appliquée dans la pratique.¹⁸
- Un nouveau droit légal est créé – une autorité générale permettant d'agir dans des circonstances limitées pour le compte d'une personne rendue incapable.
- Les décisions de refus d'administration d'un traitement médical prises à l'avance faisant partie d'un testament de vie (« *Living Will* ») reçoivent une confirmation en droit.

5. **La Court of Protection**

La *Court of Protection* est le tribunal en Angleterre et au Pays de Galles qui est compétent pour juger les affaires des personnes mentalement incapables. La loi MCA a modifié son statut et ses procédures.

La *Court of Protection* peut désormais :

- décider si une personne a la capacité de prendre une décision particulière ;
- faire des déclarations, prendre des décisions ou prononcer des arrêtés portant sur les finances ou le bien-être de personnes n'ayant pas la capacité requise ;
- décider si une procuration de type *Lasting Power of Attorney* ou *Enduring Power of Attorney* est valide ;
- révoquer des représentants (Deputies) ou des mandataires (Attorneys), (les deux étant des personnes désignées pour servir de représentants légaux afin de prendre des décisions pour le compte des personnes n'ayant pas la capacité requise) qui ne s'acquittent pas de leurs responsabilités ; et
- désigner des représentants (Deputies).

6. **L'Office of the Public Guardian (« OPG »)**

L'*Office of the Public Guardian* a été créé en octobre 2007. Ce bureau a pour rôle de protéger les gens dont l'état mental est tel qu'ils ne sont pas en mesure de prendre des décisions.

¹⁸ Le *Code of Practice* est disponible sur le site <http://www.dca.gov.uk/legal-policy/mental-capacity/mca-cp.pdf>.

Il soutient et supervise les mandataires et représentants qui prennent des décisions pour le compte des personnes mentalement incapables et, si nécessaire, il coopère avec d'autres organisations pour faire des enquêtes en cas d'allégations d'abus par des mandataires ou représentants.

Il donne également des informations sur la capacité mentale au public ou aux professionnels qui peuvent en avoir besoin.

7. **Représentants (Deputies)**

Il est préférable de prendre des décisions individuelles pour chaque type particulier de transaction pour les personnes n'ayant pas la capacité nécessaire. Cependant, la *Court of Protection* a le pouvoir de désigner un représentant (appelé « Deputy ») afin de prendre des décisions pour le compte de quelqu'un qui n'en est pas capable et qui ne sera vraisemblablement pas capable d'en prendre à l'avenir non plus. Des représentants peuvent être nommés pour gérer les biens et les affaires d'une personne. La *Court of Protection* peut également nommer un représentant en matière de bien-être personnel dans des cas limités.

Un représentant doit avoir au moins 18 ans. Normalement, des individus recevant une rémunération pour s'occuper d'un incapable ne devraient pas occuper des fonctions de représentant en raison du risque de conflit d'intérêt.

La *Court of Protection* peut nommer deux représentants, ou plus, et préciser s'ils peuvent agir conjointement ou conjointement et solidairement, ou conjointement dans certains cas et conjointement et solidairement dans d'autres. Les pouvoirs et les devoirs d'un représentant seront définis par des décisions de la *Court of Protection*. L'OPG assurera la supervision de l'application des décisions judiciaires.

8. **Procurations durables *Enduring Powers of Attorney* et *Lasting Powers of Attorney***

La procuration *Enduring Power of Attorney* (« **EPA** ») et la procuration *Lasting Power of Attorney* (« **LPA** ») sont les documents permettant à un donateur de nommer un mandataire pour son compte au cas où le donateur perdrait sa capacité, mais ces deux types de procurations peuvent être utilisées comme des procurations ordinaires avant que le donateur ne devienne incapable.

8.1 **Compétence juridictionnelle pour les procurations *Enduring Power of Attorney* et *Lasting Power of Attorney***

En vertu de l'Article 15 de la Convention, les questions concernant les « *pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts* » sont régies par le droit du pays dans lequel le donateur réside habituellement au moment de la rédaction du document. Ceci peut être changé expressément par écrit stipulant

l'application du droit du pays dont la personne est un ressortissant, ou de celui du pays dans lequel il résidait habituellement auparavant, ou encore de celui du pays dans lequel les biens de cet adulte sont situés, pour ce qui est desdits biens. La façon dont ce pouvoir est exercé est régie par le droit de l'État dans lequel il est exercé.

Ainsi, si un ressortissant français résidait habituellement en Angleterre ou au Pays de Galles au moment où il a accordé une telle procuration, par défaut le droit qui lui serait applicable serait le Droit anglais. Cependant, il pourrait indiquer par écrit qu'il voudrait que le Droit français s'applique, sur la base de sa nationalité, ou sur celle de son ancienne résidence habituelle. Ceci pourrait sembler souhaitable, par exemple dans le cas d'un Français travaillant à Londres depuis de nombreuses années et y ayant établi sa résidence habituelle. Sauf indication contraire, le Droit anglais s'appliquera, mais s'il a l'intention de retourner vivre en France à l'avenir, il serait bénéfique d'appliquer le Droit français dès le début, pour le cas où il deviendrait incapable de façon imprévue.

Il est intéressant de noter que la Convention ne régit que les pouvoirs de représentation pouvant être utilisés quand un adulte devient incapable. Le Droit international ne précise pas clairement quelle est la situation pour les procurations EPA et LPA dans la mesure où elles sont utilisées lorsque le donateur est toujours capable. Selon certains, la procuration serait divisible, et cette Convention s'appliquerait seulement après que le donateur est devenu incapable, tandis que la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation s'appliquerait jusqu'à ce moment.¹⁹

8.2 **Procuration *Enduring Power of Attorney***

La procuration *Enduring Power of Attorney*, qui fut créée en 1985, était la première procuration en Droit anglais qui pouvait continuer à être utilisée après la perte de capacité par le donateur.

Depuis le 1^{er} octobre 2007, il n'est plus possible de créer de nouvelles procurations EPA, mais les procurations EPA existantes, celles qui sont enregistrées aussi bien que celles qui ne le sont pas, demeurent valides. Elles sont donc toujours utilisées aujourd'hui, et elles continueront à l'être pendant de nombreuses années.

Quand un mandataire estime que le donateur est mentalement incapable ou est en train de le devenir, ce mandataire doit enregistrer la procuration EPA auprès de l'OPG. Le mandataire pourra alors continuer à utiliser la procuration EPA. Quand la décision de

¹⁹ Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Rapport explicatif de Paul Lagarde, paragraphe 97.

notifier l'OPG de l'intention d'enregistrer la procuration est prise, le mandataire doit en informer le donateur et certains membres de sa famille stipulés.

Cependant, les EPA ne sont pas sans problèmes. Citons notamment l'insuffisance des mécanismes de protection contre les abus. En outre, ces procurations sont limitées aux biens et aux affaires financières. Elles ne permettent donc pas de les utiliser pour des décisions concernant le bien-être personnel.

8.3 **Procuration *Lasting Power of Attorney***

Depuis le 1^{er} octobre 2007, il n'est plus possible de créer de procurations du type *Enduring Power of Attorney*. Un nouveau type de procuration, appelé *Lasting Power of Attorney* (LPA), a été introduit à leur place.

Il existe deux catégories de procurations LPA :

- une procuration LPA pour les biens et autres affaires (qui porte sur les questions financières et remplace effectivement une procuration EPA) et
- une procuration LPA pour le bien-être personnel (qui porte sur les décisions concernant le bien-être personnel et les soins de santé).

Une procuration LPA doit être produite dans le format prescrit.²⁰ Elle doit être signée par le donateur, le(s) mandataire(s) et au moins un fournisseur de certificat (voir plus bas).

Il est possible de nommer plusieurs mandataires. Ils peuvent être désignés pour agir conjointement, conjointement et solidairement, ou un mélange des deux, en fonction des divers types de décisions à prendre.

Le donateur peut limiter les pouvoirs de son mandataire, et il peut aussi donner des conseils au mandataire sur la façon d'exercer ses pouvoirs, mais sans que ce dernier ne soit tenu de les suivre.

Comme c'est le cas avec une procuration EPA, les mandataires peuvent faire des dons dans certaines circonstances limitées.

Le donateur peut nommer (mais il n'est pas tenu de le faire) jusqu'à cinq personnes à notifier au moment de l'enregistrement de la procuration LPA. À la différence des EPA, les personnes ainsi nommées ne doivent pas obligatoirement faire partie de la famille du donateur.

²⁰ Le format prescrit est stipulé dans la réglementation de 2007 concernant les procurations *Lasting Power of Attorney* et *Enduring Power of Attorney* ainsi que les conseils judiciaires (*Public Guardians*) (SI 2007/1253).

Au moins un fournisseur de certificat est nécessaire pour que la procuration LPA soit valide. La stipulation relative à un fournisseur de certificat est l'un des principaux nouveaux mécanismes de protection du régime de la procuration LPA. Le fournisseur de certificat a un rôle de contrôle, afin de confirmer que le donateur comprend bien le document qu'il signe. Un fournisseur de certificat peut être soit quelqu'un qui connaît personnellement le donateur depuis au moins deux ans, soit une personne ayant les compétences professionnelles et l'expertise nécessaires, notamment des professionnels dans les domaines du droit et des soins de santé. Certaines personnes ne peuvent pas être des fournisseurs de certificat, par exemple le mandataire et les membres de la famille du donateur ou du mandataire.

Une procuration LPA n'est pas valide avant d'avoir été enregistrée auprès de l'OPG. La procédure d'enregistrement comprend la notification des personnes devant être notifiées ainsi que le donateur et ses mandataires, et elle prend environ six semaines. Une fois enregistrée, une procuration LPA est immédiatement reconnaissable car elle est estampée par l'OPG sur toutes ses pages.

8.4 **Procuration *Lasting Power of Attorney* – Biens et affaires**

Il s'agit effectivement de la procuration qui se substitue à une procuration EPA. Les mandataires agissant en vertu d'une procuration LPA Biens et affaires peuvent prendre des décisions sur les questions financières et sur celles qui concernent les biens.

L'article 7.36 du Code contient une liste des types de décisions qu'un mandataire est en mesure de prendre (bien que le donateur puisse exclure certaines de celles-ci). Citons notamment :

- l'achat ou la vente de biens ;
- l'ouverture, la clôture ou la gestion d'un compte en banque, d'épargne ou autre compte ;
- la divulgation d'informations financières du donateur ;
- la revendication, la réception et l'utilisation de prestations, pensions, indemnités et remises pour le compte du donateur ;
- l'encaissement de revenus, d'héritages ou d'autres versements de sommes d'argent pour le compte du donateur ;
- la gestion des affaires fiscales du donateur ;

- le paiement des frais d'hypothèque, de loyers et autres dépenses domestiques du donateur ;
- l'assurance, l'entretien et la réparation des biens du donateur ;
- le placement de l'épargne du donateur ;
- l'offre de dons limités de la part du donateur ;
- le paiement de soins médicaux et résidentiels privés ou de soins infirmiers, ou la revendication du droit aux soins du NHS (*National Health Service*) ;
- l'utilisation de fonds du donateur pour acheter un véhicule ou tout autre matériel dont ce dernier peut avoir besoin ;
- le remboursement des intérêts et du capital de tout prêt contracté par le donateur.

8.5 **Procuration *Lasting Power of Attorney* – Bien-être personnel**

Une procuration *Lasting Power of Attorney* – Bien-être personnel est un document tout nouveau qui n'avait pas d'équivalent jusqu'alors en Droit anglais.

En vertu de cette catégorie de procurations LPA, des mandataires peuvent prendre des décisions sur le bien-être personnel du donateur. Ceci inclut une gamme étendue de sujets. Bien que cette expression ne soit pas définie dans la loi MCA, elle comprend les domaines suivants :

- la détermination de l'endroit où une personne devrait habiter et avec qui elle devrait vivre ;
- la gestion de la vie quotidienne, notamment l'alimentation et l'habillement ;
- avec qui la personne peut avoir des contacts ;
- l'acceptation ou le refus d'examens ou de traitements médicaux pour le compte d'une personne ;
- les arrangements requis pour qu'une personne puisse recevoir un traitement médical, dentaire ou ophtalmologique ;
- la fourniture et l'évaluation de services de soins communautaires ;
- les activités sociales et de loisirs, d'éducation et de formation ;
- le droit d'accès aux informations personnelles ;

- les plaintes relatives aux soins et aux traitements.

8.6 **Quelles décisions relatives au bien-être personnel sont exclues ?**

Certaines décisions qui pourraient être caractérisées comme des décisions de bien-être personnel sont spécifiquement exclues. Il s'agit des décisions suivantes :

- Le traitement de tout trouble mental d'un patient détenu en vertu de la loi *Mental Health Act* de 1983
- Les relations familiales, y compris le consentement au mariage, à l'union civile, aux relations sexuelles, au divorce, à la dissolution du mariage ou de l'union civile et au placement d'un enfant en vue d'adoption
- Le droit de vote

La loi MCA ne s'applique pas non plus aux adultes qui sont vulnérables, mais qui conservent néanmoins leur capacité mentale.

9. **Méthode d'évaluation de la capacité actuellement en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles – une combinaison de *common law* et de droit écrit**

9.1 **Comment la loi définit-elle la capacité et l'incapacité ?**

(a) Capacité

« ...signifie l'aptitude de quelqu'un à faire quelque chose et, dans un contexte juridique, cela fait référence à l'aptitude d'une personne à exécuter un acte juridique particulier tel qu'un testament, un legs ou un contrat, ou, de façon générale, l'aptitude à gérer ses biens et ses affaires. »²¹

(b) Incapacité

« ... l'incapacité de conclure une transaction peut être imposée par la loi pour des raisons de politique ou résulte de l'existence d'une affection mentale. ... De nos jours, l'incapacité du fait de la loi s'applique essentiellement aux enfants, la justification d'un tel principe étant qu'ils ont besoin d'être protégés de leur propre inexpérience et imprudence, ainsi que de la rapacité de tiers. Des considérations

²¹ Lush *Elderly Clients: A Precedent Manual* Jordans 1996, p. 53.

similaires s'appliquent dans le cas des adultes ayant une affection mentale qui les handicape. »²²

9.2 **Détermination de la capacité dans le contexte juridique**

Habituellement, il incombe au médecin d'évaluer la capacité et au juriste de décider si cette capacité est établie ou non. Déterminer si une personne est mentalement capable ou non est une fonction judiciaire ; les médecins sont des témoins experts qui présentent au tribunal les éléments de preuves dont celui-ci a besoin pour prendre une décision.

9.3 **La capacité selon les termes de la loi *Mental Capacity Act* de 2005**

La loi MCA repose sur cinq principes statutaires qui sont exposés à l'article 1 de la loi MCA :

- (a) Une personne doit être présumée capable sauf s'il est établi qu'elle ne l'est pas.
- (b) Une personne ne doit pas être traitée comme étant incapable de prendre une décision, sauf si toutes les mesures possibles pour l'aider à prendre une telle décision ont été prises sans produire de succès.
- (c) Une personne ne doit pas être traitée comme étant incapable de prendre une décision simplement parce qu'elle prend une décision dépourvue de sagesse.
- (d) Une action effectuée ou une décision prise en vertu de la loi MCA directement ou indirectement pour le compte d'une personne incapable doit être effectuée ou prise dans ses meilleurs intérêts.
- (e) Avant que cette action ne soit effectuée ou cette décision ne soit prise, il faut déterminer si le but visé par une telle action ou une telle décision pourrait être atteint tout aussi efficacement en employant une manière qui restreint moins les droits et la liberté d'action de la personne concernée.

9.4 **Bref examen de la capacité en *common law***

Les critères de détermination de la capacité en *Common law* coexistent toujours avec la loi MCA, et ils sont toujours utiles, par exemple pour aider à déterminer les niveaux de capacité requis dans des cas particuliers.

²² Ibid.

(a) **La jurisprudence *Re Beaney deceased***

Le principal critère en *common law* pour ce qui est de l'évaluation de la capacité de faire un don entre vifs est énoncé dans un cas de jurisprudence connu sous le nom de *Re Beaney deceased* [1978].²³ L'affaire concernait un don entre vifs portant sur le principal bien de la personne, sa résidence, à sa fille aînée. Mme Beaney en était à un état avancé de démence, et, quelques jours après son admission dans un hôpital, elle avait signé un acte de donation entre vifs transférant le titre de propriété de sa maison à sa fille, qui s'était occupée d'elle pendant un certain nombre d'années. L'année suivante, elle mourut *ab intestat* en laissant peu de biens à diviser entre ses trois enfants. Ses deux enfants les plus jeunes réclamèrent une déclaration d'annulation du don entre vifs pour cause d'incapacité mentale de leur mère à faire ce don au moment pertinent.

Il a été jugé que le niveau de compréhension dépend du type de transaction. Pour un don entre vifs, s'il s'agit d'un petit cadeau de faible importance par rapport à l'ensemble du patrimoine de la personne concernée, il n'est exigé qu'un faible niveau de compréhension. Cependant, si le don représente le seul bien de valeur importante du patrimoine de cette personne, et s'il équivaut donc à l'exercice d'un droit de préemption sur la future succession, dans un tel cas la personne doit avoir un niveau de compréhension égal à celui qu'elle devrait avoir pour signer un testament.

Le degré de compréhension est donc :

- évalué de façon subjective ; et
- étroitement lié à la fonction en ce sens qu'il varie selon la transaction concernée.

Le juge a estimé que la démence de Mme Beaney était à un stade très avancé et qu'elle n'avait donc pas pu avoir un intervalle de lucidité. Elle n'était pas capable de comprendre qu'elle effectuait un don de bien absolu, et par conséquent, le juge a annulé le don.

²³ 1 WLR 770.

(b) **La jurisprudence *Masterman-Lister v Brutton & Co (1&2)*[2002]²⁴ et l'approche subjective**

Cette affaire concerne la détermination du statut de patient ou non d'une personne aux fins de conduite d'un procès (ce qui fait référence à quelqu'un qui peut être incapable de gérer ou d'administrer ses biens et ses affaires pour cause de trouble mental).

La Cour d'appel a jugé que, aux fins de la conduite d'une procédure judiciaire, le critère de capacité à appliquer est basé sur la détermination de la capacité de compréhension par une partie, avec l'assistance des explications d'experts juridiques et d'autres conseillers suivant les besoins de l'affaire, des questions pour lesquelles son consentement ou sa décision sera vraisemblablement nécessaire pendant le déroulement de la procédure.

10. Décisions prises pour le compte de personnes qui ne sont plus capables

10.1 Testaments statutaires et autres décisions prises par la *Court of Protection*

L'article 16 MCA 2005 confère à cette instance judiciaire des pouvoirs décisionnaires étendus en ce qui concerne une personne incapable. Une telle personne est définie comme « P » (précédemment elle était appelée « le patient » mais ceci n'est plus une terminologie acceptable maintenant parce qu'une telle personne, P, peut ne pas être considérée capable de réaliser une transaction, mais elle peut être considérée capable de réaliser d'autres types de transactions) :

« s.16(2) *La Cour peut –*

- a) par le biais d'un arrêt, prendre une décision ou des décisions pour le compte de P en rapport avec l'objet ou les objets de l'affaire, ou*
- b) nommer une personne (un « représentant ») habilitée à prendre des décisions pour le compte de P en rapport avec l'objet ou les objets de l'affaire. »*

Les pouvoirs de prise de décisions de la Cour en rapport avec les biens et les affaires de P couvrent expressément les autorisations suivantes :

- un don de biens appartenant à P ;
- la liquidation des biens de P ; et

²⁴ EWCA Civ 1889.

- la signature d'un testament pour le compte de P.

Si la *Court of Protection* autorise la signature d'un testament, ce document sera appelé un testament statutaire.

Le critère de capacité dépend du moment et de la fonction :

*« s.2(1) Aux fins de la présente loi, une personne est censée être incapable en liaison avec une action si, **au moment de la décision**, elle n'est pas en mesure de prendre cette décision elle-même **en relation avec ladite action** en raison de diminution des fonctions mentales ou de perturbations dans le fonctionnement de l'esprit ou du cerveau. »*

« s.3(1) Aux fins de l'article 2, une personne est censée être incapable de prendre une décision pour son propre compte si elle ne peut pas –

- a) comprendre les informations associées à la prise de décision,*
- b) se souvenir de ces informations,*
- c) utiliser ou analyser ces informations dans le cadre de son processus de prise de décision, ou*
- d) communiquer sa décision (soit en parlant, soit par une interprétation gestuelle, soit par tout autre moyen). »*

Cinq principes fondamentaux doivent être appliqués par la *Court of Protection* pour déterminer si un testament statutaire sera imposé :

- la supposition selon laquelle P a joui d'un bref intervalle de lucidité au moment de la rédaction du testament ;
- pendant cet intervalle de lucidité, il est supposé que P a une connaissance complète du passé et comprend qu'après la signature du testament, il aura une rechute qui le remettra dans son état mental réel, sur la base du diagnostic médical ;
- le cas particulier de P – et non celui d'une personne hypothétique – doit être pris en compte. Par conséquent, les antipathies ou les profondes affections particulières de P pour une certaine personne ou pour une certaine cause sont des facteurs à considérer ;
- on doit supposer que P agit de façon raisonnable, et qu'il bénéficie des conseils d'un juriste compétent ; et

- l'approche utilisée pour juger le cas de P doit être comparée à un examen général de l'ensemble de la situation plutôt qu'à un examen minutieux des composantes individuelles de sa situation.

10.2 Impact du critère des « meilleurs intérêts »

L'article 1(5) MCA 2005 stipule que toute action entreprise ou décision prise au nom ou pour le compte de la personne incapable doit être entreprise ou prise dans ses meilleurs intérêts.

L'article 4 MCA 2005 stipule que la détermination des meilleurs intérêts d'une personne ne doit pas être effectuée seulement sur la base de l'âge et de l'apparence physique de la personne, de son état ou d'un aspect de son comportement qui pourrait conduire à des conclusions injustifiées sur ce que pourraient être ses meilleurs intérêts. Au lieu de cela, il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et, en particulier, la personne effectuant la détermination doit tenir compte de ce qui suit :

- a) s'il semble vraisemblable que P, à un moment quelconque, aura un intervalle de lucidité en liaison avec l'affaire en question ; et*
- b) si cela semble vraisemblable, à quel moment cela se produira.*

Il existe une obligation de permettre et d'encourager P à participer autant que possible et dans les limites de ce qui est raisonnablement réaliste. Par conséquent, il peut être approprié à un moment quelconque pendant le processus d'évaluation de la demande que quelqu'un aille voir P.

Les souhaits et sentiments passés et présents de P (et, en particulier, toutes les déclarations écrites pertinentes qu'il a faites pendant qu'il était capable), les croyances et valeurs qui influenceraient probablement sa décision s'il était capable, et les autres facteurs dont il tiendrait probablement compte s'il en était capable doivent être pris en compte.

Le demandeur doit tenir compte, s'il est possible et approprié de consulter de telles personnes, des points de vue de :

- a) quiconque a été désigné par la personne comme quelqu'un qui doit être consulté sur le sujet en question ou des points similaires,*
- b) quiconque administre des soins à la personne ou a un intérêt dans son bien-être,*
- c) toute personne ayant reçu une procuration Lasting Power of Attorney de la personne, et*

d) tout représentant désigné par la Cour pour la personne (s.4(7) MCA 2005).

Paul Hewitt

Tel : +44 (0)20 7597 6197

Fax : +44 (0)20 7597 6543

Email : paul.hewitt@withersworldwide.com

www.withersworldwide.com

Reform of Guardianship Law
Protection in Common Law
A cross-border comparison between
France and Great Britain

Paul Hewitt
Associé
Withers LLP

Reform of Guardianship Law

Protection in Common Law - A cross-border comparison between France and Great Britain

1. Population movement between Great Britain and France

There is a significant population of Britons who now live on this side of the Channel, and similarly of French citizens who have chosen the United Kingdom as their home.

OECD statistics based on censuses from 2000 indicate that a sizeable proportion are aged over 65.¹

More recent official statistics are not yet available and there are conflicting estimates. However, it is evident that the numbers have increased. It is estimated that 260,000 Britons now live in France on a full-time or part-time basis,² and there are an estimated 500,000 second homes owned in France by Britons.³

Moving in the other direction, it is estimated that, since 1999, approximately 15,000 French citizens have moved to the United Kingdom annually.⁴ There are now some 300,000 French living in the United Kingdom, 70% of whom live in Greater London.⁵

British citizens aged over 15 living in France in 2000

	No of British in France	Expressed as % of total
15-24 years	9,223	12%
25-64 years	56,330	74%
65+ years	10,870	14%
Total	76,423	100%

¹ Statistics available on <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx?QueryName=254&QueryType=View>.

² <http://www.guardian.co.uk/world/2008/mar/07/france>.

³ <http://www.newstatesman.com/200408020014>.

⁴ <http://www.guardian.co.uk/world/2006/apr/08/france.ashleyseager>.

⁵ <http://www.telegraph.co.uk/core/Content/displayPrintable.jhtml;jsessionid=FYO0HF11E2YS3QFIQMFCFGGAVCBQYIV0?xml=/propery/2007/02/22/lpfrench122.xml&site=16&page=0> and <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/mar/23/immigration.france>.

French citizens aged over 15 living in Britain in 2000

	No of French in Britain	Expressed as % of total
15-24 years	18,327	21%
25-64 years	58,831	69%
65+ years	8,181	10%
Total	85,339	100%

2. Statistics relating to dementia

2.1 Alzheimer Europe

Alzheimer Europe is a European initiative pushing for greater recognition of Alzheimer's disease and dementia as a European public health priority. It is supported by the French government. The 'Paris Declaration' includes the following sobering statement:

*'In 2006, close to 5.4 million citizens in the European Union are living with Alzheimer's disease or another form of dementia. With the ageing of the populations in all the Member States of the European Union, these numbers are set to increase and researchers have predicted a doubling of these figures by 2040 in Western Europe and a trebling of these figures in Eastern Europe.'*⁶

2.2 Statistics of people with dementia in Europe

Alzheimer Europe have collated statistics on the numbers of people suffering from dementia in Europe from two major studies, Eurodem and Ferri.⁷

⁶ 'Paris Declaration on the political priorities of the European Alzheimer movement' available on <http://www.dementia-in-europe.eu/upload/SLK56FS387ZG/downloads/ZRCNLVXRLDJS.pdf>.

⁷ Statistics available on the Dementia in Europe website at <http://www.dementia-in-europe.eu/?lm2=OWQAUJKRXAEZ>.

Country	Age Group	Number with dementia (EURODEM)	% of population	Number with dementia (Ferri et al)	% of population
France (2005 figs)	30-99	847,808	1.36%	760,715	1.22%
UK (2004 figs)	30-89	660,573	1.11%	621,717	1.04%

A major new study on the impact of dementia in the United Kingdom was published in February 2007. It suggests that the number of people with dementia in the United Kingdom has increased to 700,000. It estimates that 1,000,000 people in the United Kingdom will suffer from dementia by 2025.⁸

2.3 Relevance to legal practitioners in France and the United Kingdom⁹

The ageing population in Europe and a corresponding rise in the numbers of people with capacity issues has led to legal reform in many member states of the European Union, including the United Kingdom.

The levels of cross border migration, including significant numbers of retired citizens, mean there is an increasing chance that lawyers will have to deal with foreign nationals with issues of capacity.

Example A

An elderly British couple have a 'maison secondaire' in France. They are noticeably forgetful. They decide to gift the maison secondaire to their local cleaning lady who they have known for three years.

Whose law applies to resolve any doubt as to whether they have a proper understanding (the requisite degree of mental capacity) to make such a gift of real property?

⁸ *The Rising Cost of Dementia in the UK* A report into the prevalence and cost of dementia prepared by the Personal Social Services Research Unit (PSSRU) at the London School of Economics and the Institute of Psychiatry at King's College London, for the Alzheimer's Society, 2007, at http://www.alzheimers.org.uk/site/scripts/documents_info.php?categoryID=200120&documentID=342.

⁹ The United Kingdom has three constituent jurisdictions – (1) England & Wales, (2) Scotland, and (3) Northern Ireland. The Channel Islands are Crown dependencies and are not part of the United Kingdom (they owe allegiance to the reigning monarch direct – tradition has it that they do so in the monarch's capacity as Duke of Normandy). The Isle of Man is likewise a Crown dependency. Neither the Channel Islands nor the Isle of Man are part of the European Union.

Would the answer be different if the couple had moved to France and become habitually resident?

Example B

The same elderly British couple also have a bank account in France. They decide to give €200,000 to their gardener in return for a promise that he will look after their vegetable plot for the rest of their lives.

Which court would deal with the issues of capacity? Does the answer differ according to whether they are temporarily or habitually resident in France?

Example C

You are asked for advice in relation to the affairs of a recently widowed French lady. She has a daughter living in Paris and a son who lives in London. She chooses to move to London to live with her son rather than with her daughter in Paris.

She sells the former matrimonial home (in France) and deposits the proceeds in her bank account. Subsequently she says that she has decided to transfer the sale proceeds to her son as a gift.

Leaving aside any issues relating to inheritance, who would decide whether she has capacity to make this gift?

3. Which court has jurisdiction?

An increase in such scenarios, in France, the United Kingdom and elsewhere, has given rise to the need for clarification as to which court has jurisdiction and in what circumstances.

3.1 The Hague Convention for the International Protection of Adults 2000 (the 'Convention') and its application to England & Wales

*'The aging of the world's population, combined with greater international mobility, has created the need for improved international protection for vulnerable adults by means of legal regulation and international co-operation. The increased lifespan in many countries is accompanied by a corresponding increase in the incidence of illnesses linked to old age. As international travel becomes easier, many people reaching the age of retirement decide to spend the last part of their lives abroad.'*¹⁰

¹⁰ 'The Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults – Outline of the Convention, available at <http://www.hcch.net/upload/outline35e.pdf>.

Many legal systems allow adults to arrange in advance how their affairs will be managed in the event that they become no longer capable of managing their affairs themselves, but this raises inevitable questions about which law will apply, who will look after those adults, and with what powers. The Convention 'addresses many of these issues by providing rules on jurisdiction, applicable law and international recognition and enforcement of protective measures.'¹¹

The United Kingdom, Germany, and France have now ratified the Convention. It will therefore come into force in those countries on 1 January 2009. However, in the United Kingdom, the ratification has been limited to Scotland only.

In England & Wales, the Mental Capacity Act 2005 ('**MCA**'), which came into force on 1 October 2007, provides a complete set of rules concerning people who lack capacity and the conflict of laws.¹²

Section 63 and Schedule 3 of the MCA give effect to the Convention, and make related provision for the private international law of England & Wales. This came into force with the MCA in 1 October 2007, save that certain sections come fully into force in England & Wales once the Convention comes into force, on 1 January 2009.

A complicating factor is therefore that by 1 January 2009 the Convention will have full effect in England & Wales, but because this was achieved by virtue of domestic legislation rather than by ratifying the treaty, this will not be recognised by Scotland, Germany and France.

It is understood that the Ministry of Justice is working on full ratification for England & Wales.

3.2 **Provisions of the Mental Capacity Act 2005 relating to jurisdiction**

The MCA outlines the circumstances in which the Court of Protection (see below) will have jurisdiction over adults lacking capacity, based on the provisions of the Convention.

The Court of Protection will have jurisdiction in the following circumstances:

- for an adult lacking capacity habitually resident in England & Wales;
- for the property in England & Wales of an adult lacking capacity (this includes any chose in action or any interest in real or personal property);

¹¹ Ibid.

¹² See Dicey, Morris & Collins *The Conflict of Laws* (Thomson, Sweet & Maxwell), chapter 21.

- for an adult lacking capacity who is present in England & Wales, or who has property there, if the matter is urgent
- for an adult lacking capacity who is present in England & Wales who has a temporary protective measure proposed in relation to him, which only relates to England & Wales.¹³

Under MCA schedule 3, paragraph 7, the Court of Protection can also have jurisdiction over a British citizen if Article 7 of the Convention has been complied with. This means that if the English authorities feel that they are better placed to take measures than a Contracting State which has jurisdiction by reason of habitual residence, they can take action if they inform the State of habitual residence. This does not take effect if the State of habitual residence states that they have or will take the relevant measures, or has ruled that none are needed.

Under MCA schedule 3, paragraph 8 and Article 8 of the Convention, the authorities of a Contracting State who have jurisdiction over an adult lacking capacity can make a request to have jurisdiction transferred elsewhere, if they consider it to be in his interests. This section of the MCA will come into force on 1 January 2009. On this basis, if the Lord Chancellor agrees, the Court of Protection could accept jurisdiction over someone:

- who is British;
- whose previous habitual residence was England & Wales;
- who has property in England & Wales;
- who chose England & Wales as the authority able to take measures on his behalf in a written document related to his protection;
- who has someone prepared to undertake his or her protection who is habitually resident in England & Wales; or
- who is present in England & Wales, but in relation to the protection of his person only.

As things stand, the anomaly is that under Article 8 of the Convention, France may only make a request to another Contracting State, and in international law, England & Wales are not Contracting States. This raises an interesting technical legal problem. One view is that it seems that, under the MCA, the Court of Protection in England & Wales has the

¹³ MCA 2005 schedule 3 para 7.

jurisdiction to receive a request from a Contracting State. France could therefore make a request, seemingly outside the terms of the Convention, and the English Court could still accept jurisdiction.

Consider, for example, a British man who moved to Provence for his retirement, became habitually resident in France and then lost capacity. His daughter still lives in London, and would be prepared to take responsibility for his financial and personal affairs. Under the terms of Article 5 of the Convention, France has primary responsibility to take measures on his behalf, but France might think it was in his best interests to transfer this responsibility to the English Court of Protection, so that his daughter could care for him. France could not make the request under Article 8, because England and Wales is not a Contracting State. However, if they made a request to England, England could still accept the request under the MCA.

3.3 Which law will the Court of Protection apply?

As a general rule, the Court of Protection will apply English law. However, if it thinks that a matter has a 'substantial connection' with another country, it may apply that country's law. Similarly, it recognises that if a protective measure was taken in one state and implemented in a second state, the law of that second state governs its implementation.¹⁴ These provisions are based on Articles 13 and 14 of the Convention.

For example, if the Court decides that a person's property abroad needs to be sold abroad, the law of the second country should apply to the sale.

4. Mental Capacity Act 2005

4.1 Background and Human Rights

The MCA came into force on 1 October 2007. It followed many years of proposals for reform.

An important factor that influenced reform was a desire to better protect the human rights of those who are mentally incapacitated. The Law Commission, which advises the government on law reform in England & Wales, produced a report in 1995 on 'Mental Incapacity'.

It cited the United Nations' 1971 'Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons', which stated that '*the mentally retarded person has a right to protection from*

¹⁴ MCA 2005 schedule 3 paragraphs 11 and 12.

*exploitation, abuse and degrading treatment.*¹⁵ The Law Commission identified the Declaration as part of a '*considerable body of international opinion which identifies unacceptable discrimination in the ways in which those who have mental disabilities (and especially mental illness) have been dealt with in the past by medical practitioners, the law and society as a whole.*'¹⁶

The United Kingdom finally gave effect in domestic law to sections of the European Convention on Human Rights by the Human Rights Act 1998. The explanatory notes which accompany the MCA note that it '*meets the state's positive obligation under Article 8 ... to ensure respect for private life.*'¹⁷

4.2 Overview of the Mental Capacity Act 2005

The main changes effected by the MCA are:

- For the first time, the level of capacity that a person must have to make a specific decision is given a statutory footing. Five statutory principles assist in deciding how decisions are made and who makes them.
- Enduring Powers of Attorney were abolished and replaced by Lasting Powers of Attorney (see below for explanation).
- Lasting Powers of Attorney can be used for financial decisions. They can also be used for delegating decisions about health and welfare (not previously permitted).
- A new Court of Protection was established with a higher status.
- The Court of Protection can decide welfare matters as well as financial matters.
- The Office of the Public Guardian was set up to act alongside the Court of Protection.
- A Code of Practice (the '**Code**') accompanied the MCA. The Code gives guidance and information about how the MCA works in practice.¹⁸

¹⁵ *Mental Capacity* (Law Com No.231) p. 17, citing the *Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons*, 1971 UN General Assembly, 26th Session, Resolution 2856, para 6.

¹⁶ *Mental Capacity* (Law Com No.231), p. 23.

¹⁷ Mental Capacity Act Explanatory Notes, para 10, available at http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/en/ukpgaen_20050009_en.pdf.

¹⁸ The Code of Practice is available online at <http://www.dca.gov.uk/legal-policy/mental-capacity/mca-cp.pdf>.

- A new legal right was created – a general authority to act in limited circumstances for an incapacitated person.
- Advance decisions to refuse medical treatment (*Living Wills*) were given statutory confirmation.

5. **The Court of Protection**

The Court of Protection is the court in England & Wales which deals with the affairs of those who lack mental capacity. The MCA changed its status and procedures.

The Court can now:

- decide whether a person has capacity to make a particular decision;
- make declarations, decisions or orders involving the finances or welfare of people without capacity;
- decide whether a Lasting Power of Attorney or an Enduring Power of Attorney is valid;
- remove Deputies or Attorneys (who are the people appointed to act as representatives to make decisions for those who lack capacity) who fail to carry out their duties; and
- appoint Deputies.

6. **The Office of the Public Guardian ('OPG')**

The Office of the Public Guardian was established in October 2007. Its role is to protect people whose mental incapacity means that they are unable to make decisions.

It supports and supervises Attorneys and Deputies who make decisions on behalf of those who lack mental capacity, and if necessary acts with other organisations to investigate allegations of abuse by Attorneys and Deputies.

It also provides information on mental capacity to the public or professionals who may need it.

7. **Deputies**

The preference is to make individual orders in relation to specific types of transaction for those who lack capacity. However, the Court of Protection has the power to appoint a Deputy to make decisions for someone whose lack of capacity to make such decisions is likely to continue in the future. Deputies can be appointed to manage a person's property and affairs. It is also possible for the Court to appoint a personal welfare Deputy in limited cases.

A Deputy must be at least 18 years of age. Paid care workers should not normally act as a Deputy, because of the potential for there to be a conflict of interest.

The Court can appoint two or more Deputies and state whether they could act jointly or jointly and severally or jointly in respect of some matters and jointly and severally in respect of others. The powers and duties of a Deputy will be set out in orders made by the Court. They will be supervised by the OPG.

8. **Enduring Powers of Attorney and Lasting Powers of Attorney**

The Enduring Power of Attorney ('EPA') and Lasting Power of Attorney ('LPA') are the documents by which a donor appoints an Attorney to make decisions for him in the event of him losing capacity, but both can be used as normal powers of attorney before the donor loses capacity.

8.1 **Jurisdiction relating to Enduring Powers of Attorney and Lasting Powers of Attorney**

Under Article 15 of the Convention, matters relating to '*powers of representation granted by an adult, either under an agreement or by a unilateral act, to be exercised when such an adult is not in a position to protect his or her interests*' are governed by the law of the country where the donor is habitually resident at the time of writing the document. This can be changed, if specified in writing, to the law of the state of which that person is a national, or in which he was formerly habitually resident, or in which that adult's property is located, with respect to that property. The manner in which the power is exercised is governed by the law of the state in which it is exercised.

Thus if a French national was habitually resident in England & Wales at the time of granting a power, by default the law applicable to it would be English law. However, he could specify in writing that he would like French law to be applied, on the basis of his nationality, or former habitual residence. This might be seen as desirable, for instance in the case of a Frenchman working in London for many years who has become habitually resident. Unless otherwise specified, English law will apply, but if his intention is ultimately to return to France, it would be beneficial to apply French law from the outset, in case he unexpectedly loses capacity.

Interestingly, the Convention only relates to powers of representation to be used when an adult loses capacity. It is not clear in international law what the position is for EPAs and LPAs in so far as they are used when the donor still has capacity. One view is that the power would be divisible, so that the Convention would apply after the donor has lost

capacity, and the *Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency* would apply beforehand.¹⁹

8.2 **Enduring Powers of Attorney**

Enduring Powers of Attorney, introduced in 1985, were the first English power of attorney which could continue to be used once the donor had lost capacity.

Since 1 October 2007, it has no longer been possible to create new EPAs, but existing EPAs, both registered and unregistered, remain valid. They are therefore still in use, and will be for many years to come.

When an Attorney believes that the donor is or is becoming mentally incapable, the Attorney is under a duty to register the EPA with the OPG. On that basis the Attorney is entitled to continue to use the EPA. When a decision is made to inform the OPG of an intention to register the power, the Attorney must notify the donor and specified relatives.

However, there are problems with EPAs. Notably, there are limited safeguards against abuse. They are restricted to property and financial affairs and so there is no possibility of using them for personal welfare decisions.

8.3 **Lasting Powers of Attorney**

Since 1 October 2007, it has no longer been possible to create an Enduring Power of Attorney. Instead a new power of attorney, the Lasting Power of Attorney, was introduced.

An LPA can be in one of two forms:

- a property and affairs LPA (which deals with financial matters and effectively replaces an EPA), and
- a personal welfare LPA (which covers decisions concerning personal welfare and healthcare).

An LPA must be produced in the prescribed form.²⁰ It must be signed by the donor, the Attorney(s) and at least one certificate provider (see below).

¹⁹ Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults, Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraph 97

²⁰ The prescribed form is set out in the Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations 2007 (SI 2007/1253).

More than one Attorney may be appointed. They may be appointed jointly, jointly and severally, or a mixture of jointly and jointly and severally for different types of decision.

The donor can restrict an Attorney's powers, and can also give an Attorney non-binding guidance as to how to use those powers.

As with an EPA, Attorneys can make gifts in certain limited circumstances.

The donor may (but does not have to) name up to 5 people whom they wish to be notified when the LPA is registered. Unlike EPAs, the named persons do not have to be related to the donor.

At least one certificate provider is required for a valid LPA. A certificate provider is one of the key new safeguards of the LPA regime. The certificate provider's role is one of scrutiny to confirm that the donor fully understands the document he is signing. A certificate provider can either be someone who has known the donor personally for at least two years or a person with relevant professional skills and expertise including healthcare professionals and legal professionals. Some people cannot be certificate providers, importantly the Attorney and relatives of the donor or the Attorney.

An LPA is not valid until it has been registered with the OPG. This process involves notifying the notifiable persons and the donor and Attorneys and takes around six weeks. A registered LPA is immediately recognisable as it is stamped by the OPG on all pages.

8.4 Lasting Power of Attorney – Property and Affairs

This is effectively a replacement for an EPA. Attorneys acting under a property and affairs LPA can make decisions about financial and property matters.

Paragraph 7.36 of the Code gives a list of the kinds of decisions which an Attorney would be able to make (although the donor may exclude some of these). These might include:

- buying or selling property;
- opening, closing or operating any bank, building society or other account;
- giving access to the donor's financial information;
- claiming, receiving and using benefits, pensions, allowances and rebates on the donor's behalf;
- receiving any income, inheritance or other entitlement on behalf of the donor;
- dealing with the donor's tax affairs;

- paying the donor's mortgage, rent and household expenses;
- insuring, maintaining and repairing the donor's property;
- investing the donor's savings;
- making limited gifts on the donor's behalf;
- paying for private medical care and residential care or nursing fees or applying for entitlement to NHS care;
- using the donor's money to buy a vehicle or any other equipment for other help they need;
- repaying interest and capital on any loan taken out by the donor.

8.5 **Lasting Power of Attorney – Personal Welfare**

A Lasting Power of Attorney Personal Welfare is a new document which had no previous equivalent in English law.

Under this kind of LPA, Attorneys can make decisions about the donor's personal welfare. This includes a wide range of matters. Although there is no definition of the term in the MCA it would include:

- determining where a person should live and with whom they should live;
- day to day care including diet and dress;
- who the person may have contact with;
- consenting to or refusing medical examination or treatment on a person's behalf;
- arrangements needed for a person to be given medical, dental or optical treatment;
- assessment for, and the provision of, community care services;
- social, leisure activities, education and training;
- rights of access to personal information;
- complaints about care and treatment.

8.6 What personal welfare decisions are excluded?

Some decisions which might be characterised as personal welfare decisions are specifically excluded. These are:

- The treatment of the mental disorder of a patient detained under the Mental Health Act 1983
- Family relationships, including consenting to marriage, civil partnership, sexual relations, divorce, dissolution of marriage or civil partnership, and placing a child for adoption
- Voting rights

The MCA also does not apply to adults who are vulnerable, but who nonetheless still have capacity.

9. How capacity is now assessed in England & Wales – a blend of common law and statute

9.1 How does the law define capacity and incapacity?

(a) Capacity

*'...means someone's ability to do something and, in a legal context, it refers to a person's ability to perform a specific juristic act, such as making a will, a gift, a contract..., or generally being able to manage his or her property and affairs.'*²¹

(b) Incapacity

*'... the inability to enter into a transaction, is either imposed by the law for policy reasons or arises by reason of mental disorder. ... Nowadays, incapacity by operation of the law applies principally to children, the underlying policy being that they need to be protected from their own inexperience and imprudence and from the rapacity of others. Similar considerations apply in the case of mentally disabled adults.'*²²

²¹Lush *Elderly Clients: A Precedent Manual* Jordans 1996, p53.

²² Ibid.

9.2 **Determining capacity in the legal context**

Usually it is the doctor's function to assess capacity and the lawyer's to decide if it is established or not. The determination of whether a person is mentally capable or not is a judicial function; doctors are expert witnesses who provide the court with the evidence it needs to decide.

9.3 **Capacity under the Mental Capacity Act 2005**

The MCA is based on five statutory principles, which are set out in section 1 MCA:

- (a) A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks it.
- (b) A person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success.
- (c) A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision.
- (d) An act done or decision made under the MCA for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.
- (e) Before the act is done or decision made, regard must be had to whether the purpose for which it is needed can be as effectively achieved in a way that is less restrictive of the person's rights and freedom of action.

9.4 **Some considerations of capacity in common law**

Common law tests of capacity still exist alongside the MCA, and provide further guidance, for instance as to levels of capacity required in particular circumstances.

(a) ***Re Beaney deceased***

The principal common law test in relation to assessing capacity to make a lifetime gift is set out in a case known as *Re Beaney deceased* [1978].²³ The case concerned a lifetime gift of the individual's principal asset, her home, to her eldest daughter. Mrs Beaney suffered from advanced dementia and a few days after being admitted to hospital she signed a deed of gift transferring her home to her daughter who had cared for her for a number of years. The following year she died intestate leaving few assets to be divided between her three children.

²³ 1 WLR 770.

Her younger children applied for a declaration to have the gift set aside on the basis of her mental incapability to make the gift at the relevant time.

It was held that the level of understanding required depends on the type of transaction. For a lifetime gift, if it is a small gift which is trivial in relation to the person's other assets, a low level of understanding is needed. However, if the gift disposes of the person's only valuable asset, and therefore pre-empts the succession of the estate, then the person needs as much understanding as if they were signing a will.

The degree of understanding is therefore:

- Subjectively assessed, and
- Function-specific in that it will vary according to the transaction concerned.

The Judge held that Mrs Beaney's dementia was very advanced and it was therefore impossible for her to have a lucid interval. She was not capable of understanding that she was making an absolute gift of property and accordingly the deed of gift was set aside.

(b) ***Masterman-Lister v Brutton & Co (1&2)[2002]*²⁴ and the subjective approach**

The case addresses whether a person was a patient for the purposes of conducting litigation (meaning someone unable to manage or administer his property and affairs by reason of mental disorder).

The Court of Appeal held that, for the purposes of conducting legal proceedings, the test of capacity to be applied is whether a party is capable of understanding, with the assistance of such explanation from legal experts and others as the matter might require, the issues on which his consent or decision is likely to be necessary in the course of the proceedings.

10. Decisions made on behalf of those who have lost capacity

10.1 Statutory Wills and other decisions taken by the Court of Protection

Section 16 MCA 2005 gives the court wide powers to make an order concerning a person who lacks capacity. That person is defined as 'P' (previously one referred to 'the patient')

²⁴ EWCA Civ 1889.

but that is no longer acceptable terminology because someone, P, may lack capacity in relation to one transaction but not in relation to other types of transaction):

“s.16(2) The court may –

- a) by making an order, make the decision or decisions on P’s behalf in relation to the matter or matters, or*
- b) appoint a person (a “deputy”) to make decisions on P’s behalf in relation to the matter or matters.”*

The court’s power to make decisions in relation to P’s property and affairs extends expressly to authorising:

- a gift of P’s property;
- the settlement of P’s property ; and
- the execution for P of a Will.

If the Court of Protection authorises the execution of a Will that document is known as a statutory will.

The test for capacity is time and function specific:

*“s.2(1) For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if **at the material time** he is unable to make a decision for himself **in relation to the matter** because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain.”*

“s.3(1) For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable –

- a) to understand the information relevant to the decision,*
- b) to retain the information,*
- c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or*
- d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means).”*

There are 5 core principles to be applied by the Court of Protection in determining whether a statutory will may be made:

- the assumption that P is having a brief lucid interval at the time when the will was made;
- during that lucid interval it is to be assumed that P has full knowledge of the past and will realise that as soon as the will is executed he will relapse back into his actual mental state with his actual prognosis;
- P and not a hypothetical person has to be considered. Therefore, P's particular antipathies or deep affections for a particular person or cause must be considered;
- P must be assumed to be acting reasonably and must be assumed to be being advised by a competent solicitor; and
- the approach of P is "broad brush" rather than an "accountant's pen".

10.2 Impact of 'best interests' test

Section 1(5) MCA 2005 states that any act done, or decision made, for or on behalf of the person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.

Section 4 MCA 2005 stipulates that determining a person's best interests is done not merely on the basis of the person's age or appearance or condition or aspect of behaviour which might lead to unjustified assumptions about what might be in his best interests. Instead, all relevant circumstances must be considered and, in particular, the person making the determination must consider:

- a) whether it is likely that P will at some time have capacity in relation to the matter in question; and*
- b) if it appears likely that he will, when that is likely to.*

There is an obligation to permit and encourage P to participate as fully as possible as far as is reasonably practicable. Therefore, it may be appropriate at some point during an application for someone to visit P.

P's past and present wishes and feelings (and, in particular, any relevant written statement made by him when he had capacity), the beliefs and values that would be likely to influence his decision if he had capacity, and the other factors that he would be likely to consider if he were able to do so must be considered.

The applicant must take into account, if it is practicable and appropriate to consult them, the views of:

- a) *anyone named by the person as someone to be consulted on the matter in question or on matters of that kind,*
- b) *anyone engaged in care of the person or interested in his welfare,*
- c) *any donee of a Lasting Power of Attorney granted by the person, and*
- d) *any deputy appointed for the person by the Court (s.4(7) MCA 2005).*

Paul Hewitt

Tel : +44 (0)20 7597 6197

Fax : +44 (0)20 7597 6543

Email : paul.hewitt@withersworldwide.com

www.withersworldwide.com

CONVENTION NATIONALE des AVOCATS – LILLE
Vendredi 17 octobre 2008 9 H00 – 12 H 45

LA REFORME DES TUTELLES –

Une approche comparative des systèmes de protection majeurs en droit international

Comment est née la

**LOI n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant
réforme de la protection juridique des majeurs (1)?**

Comme nous l'avons pu entendre au cours des différentes interventions depuis ce matin, la loi nationale a été largement inspirée par des législations européennes et il m'a été confié la mission d'évoquer avec vous la mesure de protection des majeurs en Allemagne.

Le législateur allemand a été amené à élaborer dès la fin des années 80 une protection plus adaptée aux personnes vulnérables et a légiféré, résultat de la loi du 12 septembre 1990, rentrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992 (qui a été modifiée en fonction des besoins).

Auparavant, existaient une loi de tutelle des majeurs (Vormundschaft) ainsi qu'une loi de protection en cas de défaillance physique (Gebrechlichkeitspflegschaft).

Le nouveau texte a mis fin à ces deux mesures qui se sont révélées inadaptées et inefficaces et surtout ancrées sur des critères qui ne permettaient pas de prendre en considération la personne même à protéger!

Certes, sous une influence économique, les anciens textes se préoccupaient plus particulièrement de sécuriser le patrimoine de la personne à protéger qu'elle-même.

Sous influence des philosophes, sociologues, politiciens et juristes le gouvernement allemand a souhaité une législation plus appropriée et modulable en fonction de la gravité du caractère du trouble / maladie dont la « personne concernée » (Betroffene) est touchée.

La loi sur la protection légale (rechtliche Betreuung) a été incorporée dans le BGB équivalent de notre Code Civil à partir des § 1896 du BGB.

Selon cet article,

» *Un majeur qui en raison d'une maladie physiologique, psychologique ou mentale ne peut plus gérer même partiellement ses affaires, le tribunal chargé de protection (Vormundschaftsgericht) à sa demande ou sur demande administrative peut nommer un protecteur (Betreuer).*

Cette demande peut aussi être faite par une personne ne disposant pas de la capacité juridique. Si le majeur n'est pas en mesure de gérer ses affaires personnelles en raison d'une incapacité

physique, le protecteur ne peut être nommé qu'à sa demande à moins qu'il n'est plus en mesure de faire connaître sa volonté ».

Il faut mémoriser qu'en 1999, 850 000 personnes étaient concernées par cette mesure sur tout le territoire national (la réunification des deux Allemagnes a eu lieu en 1989/ 1990 enclenchée sur un plan international par l'effondrement du mur de Berlin).

Tous les politiques ont été alertés par le phénomène de l'allongement de l'espérance de vie et le vieillissement corrélatif de la population.

En France, Madame Rose BOUTARIC dans son rapport présenté en vue de l'élaboration de la réforme sur la loi des tutelles au Conseil économique et social a évoqué que plus de 1 % de la population française se trouve actuellement sous un régime de protection juridique (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice), et que le taux de croissance de ces mesures est d'environ 8 % par an. Ses prévisions sont au plus juste étant donné que le nombre des personnes protégées se situe aujourd'hui à 800 000 et pourraient même avoisiner un million de personnes.

Les critiques de l'ancien système en Allemagne étaient multiples car il plaçait la personne à protéger non seulement dans un état de dépendance par rapport à son tuteur mais ne laissait en outre aucune place pour que la volonté et les souhaits de la personne concernée puissent s'exprimer et influencer sur son mode de vie. N'évoquons pas non plus la surcharge des personnes désignées « tuteurs » pour assurer le bon déroulement de la mesure (aspect financier, formation, disponibilité,...).

Aujourd'hui nous parlons d'une **PROTECTION - Betreuung (littéralement "régime des soins")**

La personne à protéger n'est plus déclarée incapable au sens du terme juridique.

La personne majeure qui ne peut plus en raison de sa maladie pourvoir à ses affaires se verra désignée un « protecteur ».

Toutes les dispositions pour enclencher cette protection sont établies dans le **§ 1896 al.1 du BGB**.

Une des conditions principales pour justifier cette mesure est la nécessité d'une aide / intervention.

Celle-ci peut être fondée en l'état

- a) d'une maladie psychologique
- b) d'une maladie mentale
- c) d'un état dépressif
- d) d'un état d'incapacité physique (paralysie)
- e) d'un état de dépendance et de nécessité de prise en charge

à l'aide de toutes mesures d'investigations (témoignages, expertises médicales, ...).

Il est expressément rappelé que le texte vise que la mesure de protection doit s'avérer nécessaire voire indispensable pour la personne à protéger.

L'intervention du protecteur est particulièrement détaillée par la désignation et il est souligné que le législateur a conçu la protection comme une aide à la personne à protéger et chaque intervention dans la sphère et dans l'intimité doit être limitée par le principe du droit fondamental constitutionnel de la « **nécessité** ».

C'est dans ce contexte qu'il faut d'abord chercher dans l'entourage familial / amical de la personne à protéger pour désigner un tuteur "protecteur".

Le § 1898 BGB permet au tribunal de désigner plusieurs tuteurs "protecteurs" ou une personne morale (organisme professionnel ou encore une association légalement habilitée (§1900 BGB).

Il s'agit en effet d'apprécier en fonction des besoins spécifiques de la personne la mise en place d'une mesure de protection (aide à domicile, simple accompagnement pas de nécessité).

Le tuteur "protecteur" doit se soucier de l'état de santé de l'incapable, éviter l'aggravation de cet état ou encore permettre son amélioration (§ 1901 BGB).

Si la personne a mandaté un professionnel aux fins de s'occuper de la gestion de ses affaires patrimoniales avant l'apparition des signes de faiblesse le tribunal devra en tenir compte, également si la personne est toujours capable de missionner quelqu'un (un comptable, conseiller) pour gérer son patrimoine.

Exception, lorsque le mandataire désigné doit être contrôlé, et que la personne à protéger n'est plus en mesure d'effectuer ce contrôle, c'est alors § 1896 al. 3 qui prévoit la nomination d'un contrôleur du protecteur.

Autrement, le mandat trouve sa pleine application.

A tout moment, la personne protégée et son protecteur peuvent informer le tribunal qu'il n'y a plus besoin de maintenir de cette mesure.

La durée de la mesure de protection est limitée à 5 ans. Il appartient au juge de lever la mesure de protection si les circonstances ayant justifiées sa mise en place ont disparu (§ 1908 d BGB).

La loi distingue entre mesure de protection et déclaration d'incapacité, qui est précisée dans le § 104 Nr. 2 BGB et qui dispose « *Est incapable qui n'est pas libre de manifester sa volonté en raison de son état de perturbation malade psychique et s'il ne s'agit pas d'un état passager* ».

Une règle particulière :

Si, effectivement le tribunal s'est réservé un droit d'autorisation pour que les affaires menées par la personne à protéger accompagnée de son protecteur soient valables, il faut préalablement en

référer à la juridiction, surtout, si la personne mettrait en danger ses propres intérêts ou s'il risque d'être impliqué dans des affaires quelque peu délicates et en prévention du risque de ne pas pouvoir ultérieurement justifier de son état d'incapable.

La personne à protéger peut se marier, faire son testament (sous réserve de comprendre sa déclaration et d'en mesurer les conséquences), et un droit d'autorisation n'existe pas dans ces domaines car l'intervention du protecteur n'est pas requise et le droit vote est conservé par le protégé.

Exception, si une mesure de protection élargie est mise en place !



THE ONLY GLOBAL ASSOCIATION OF YOUNG LAWYERS

Convention Nationale des Avocats – Lille Vendredi 17 octobre 2008 9h00 – 12h45

L'AIJA (Association Internationale des Jeunes Avocats) et ses Commissions
Devoirs et droits de l'homme et de la défense d'une part, ainsi que *Clientèle Privée* d'autre part,
vous invitent à participer à sa session de travail:

Réforme des Tutelles : du majeur incapable à la personne protégée - Une approche comparative des systèmes de protection des majeurs en droit international

Au cours de cette session de travail seront d'abord évoquées les grandes lignes de la loi du 5 mars 2007 sur la protection juridique des majeurs qui entrera en vigueur en France le 1^{er} janvier 2009. De fait, les préoccupations à l'origine de cette réforme, qui touchent notamment à la dignité et au respect de la personne protégée, sont partagées par nos voisins internationaux. Il est par ailleurs constant que les pays occidentaux sont confrontés au vieillissement de leur population. C'est ainsi par exemple que les différents Etats de l'Union européenne ont réformé - ou sont en cours de réformer- leur système de protection des majeurs. L'émergence de telles préoccupations similaires appelle, dans ce domaine comme dans d'autres, la mise en place de solutions cohérentes et harmonisées, en phase avec la mondialisation contemporaine des relations juridiques.

Programme

9:00 h Allocution de Bienvenue et Introduction: les Présidents des Commissions organisatrices,
Me Jean-Louis COLLART (Droits de l'Homme), Cabinet MENTHA & Associés, Genève, Suisse
Me Christian MONTANA (Clientèle Privée), Studio Legale GARDENAL & Associati, Milan, Italie

9:15h Présentation:
La réforme du système français – les grandes lignes de la loi du 5 mars 2007
Me Marie-Dominique FLOUZAT-AUBA- Cabinet FLOUZAT-AUBA – Paris
Me Elisabeth GRANIER-ZARRABI – Cabinet GRANIER-ZARRABI - Grasse
Me Emmanuel VOISIN-MONCHO – SCP MONCHO- VOISIN-MONCHO - Cannes

9:45h Présentation:
Les acteurs de la protection :
Intervention de **Madame Anne-Marie DAVID pour la FNAT**
(Fédération Nationale des Associations Tutélaires) - Paris

10:05h Présentation:
La protection en Common Law
Illustrations « transfrontalières » France/Grande Bretagne
Intervention de **Me Paul HEWITT, WITHERS LLP**, Londres

10:30 Pause-café

11:00 Panel:
L'approche comparative : des solutions semblables pour des préoccupations communes ?

Allemagne : Me Winni SCHREIBER-BALDET, Cabinet SCHREIBER-BALDET, Cannes

Angleterre : Me Paul HEWITT, WITHERS LLP, Londres

Belgique : Me Nathalie LABEEUW, Cabinet TIBERGHIEU, Bruxelles

Espagne : Contribution de Me Mercedes CARAL, Cabinet JAUSAS, Barcelone

Finlande : Contribution de Me Ville SALONEN, Vice-Président de la Commission Clientèle Privée de l'AIJA, TALENTOR FINLAND, Helsinki

France : Me Emmanuel VOISIN-MONCHO, SCP MONCHO-VOISIN-MONCHO, Cannes

Italie : Me Elisabetta DEL MONACO, Studio Legale DELGIUDICE, Treviso

Suisse : Me Jean-Louis COLLART, Président de la Commission des Devoirs et Droits de l'Homme et de la Défense de l'AIJA, Cabinet MENTHA & Associés, Genève

12:30 Synthèse et Conclusion:
Me Agnès PROTON, Secrétaire Générale de l'AIJA, Cabinet PROTON, Cannes.

I. Introduction

Toute personne est en principe aptes à être titulaire de droits : droits de la personnalité, droits patrimoniaux ou droits extrapatrimoniaux. L'incapacité est l'exception : n'est en effet incapable que la personne qui est déclarée telle par la loi ou par une décision judiciaire se fondant sur une règle légale.

Il n'existe pas, en droit belge, un régime unique de l'incapacité juridique. Les incapacités frappant une personne majeure, sont de l'ordre de six :

- la mise sous administration provisoire ;
- la minorité prolongée ;
- l'interdiction;
- la mise sous conseil judiciaire ;
- l'interdiction légale.

I. La mise sous administration provisoire¹

Depuis le 31 décembre 2003², le majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état de gérer ses biens, fût-ce temporairement, peut être pourvu d'un administrateur provisoire, en vue de la protection de son patrimoine. La personne sous administrateur provisoire reste capable de passer des actes de caractère personnel. Dans la pratique, l'administration provisoire trouve un terrain d'application important chez les personnes démentes ou de grand âge. Aussi l'alcoolisme et la toxicomanie affectant la volonté et la gestion du patrimoine, peuvent être des raisons de mettre quelqu'un sous administration provisoire.

1. Procédure en désignation

Il s'agit d'une procédure contradictoire.

Qui peut postuler l'administrateur provisoire ?

La personne inapte peut postuler elle-même la désignation d'un administrateur provisoire, ainsi que toute personne intéressée. Celle-ci peut être un conjoint, un cohabitant légal ou un partenaire de fait, un membre de la famille, un ami, un voisin, un avocat, un médecin,...³ Aussi le procureur du Roi est expressément habilité à demander la désignation d'un administrateur provisoire. Enfin, le juge de paix peut désigner d'office un administrateur provisoire lorsqu'il est saisi d'une requête de mise en observation ou de maintien dans un établissement psychiatrique, ou d'une demande de traitement ou de maintien en milieu familial.

Est seul compétent pour connaître des demandes de désignation, le juge de paix de la résidence, ou à défaut, du domicile de la personne à protéger. La requête introductive doit être écrite, contenir des diverses mentions obligatoires, être signée par le requérant ou son avocat et être, sauf cas d'urgence, accompagnée d'un certificat médical circonstancié, ne datant pas de

¹ Articles 488bis a) à k) C.civ.

² Loi du 3 mai 2003

³ P. MARCHAL, 'L'administration provisoire des biens', dans le *Répertoire notariale*, T 1 – Les personnes, livre VIII, Larcier, 2007, 236.

plus de 15 jours, et décrivant l'état de santé de la personne à protéger. Le juge convoque pour les entendre, le cas échéant en présence de leur avocat, la personne à protéger, les personnes vivant avec elle, le requérant et toute autre personne susceptible d'apporter des renseignements au juge. Le juge peut également désigner un expert médical.

2. Déclaration de préférence

En 2003, une possibilité est introduite dans la loi par laquelle chacun peut faire une déclaration devant le juge de paix de sa résidence ou de son domicile ou encore devant un notaire, dans laquelle il indique sa préférence en ce qui concerne l'administrateur provisoire à désigner s'il n'était plus en état de gérer ses biens. Ces déclarations sont enregistrées par le greffier ou par le notaire dans un registre central, tenu par la Fédération Royale du Notariat belge. Avant que le juge de paix prenne connaissance de la requête, le greffier doit vérifier si une déclaration a été enregistrée dans le registre précité. Le juge ne peut déroger à ce choix que pour des motifs graves. Cette déclaration peut à tout moment être révoquée par la personne concernée.

3. Personne de confiance

Aussi longtemps que dure l'administration provisoire, l'intéressé a le droit de se faire assister par une personne de confiance. Cette possibilité est introduite dans la loi pour humaniser la protection et renforcer le contrôle de l'administrateur provisoire. Elle sera issue de l'entourage proche de la personne à protéger et apte à améliorer la communication avec les organes de gestion. La personne de confiance exerce un contrôle sur la gestion et peut demander une révision de la mission de l'administrateur. Elle peut enfin fournir une assistance à l'administrateur.

4. Désignation de l'administrateur provisoire

L'administrateur provisoire est désigné par ordonnance motivée. Le juge de paix désigne la personne la plus apte à gérer le patrimoine du protégé, compte tenu de la nature et de la composition des biens, de l'état de santé de la personne ainsi que la situation familiale, mais suivant l'ordre de préférence indicatif de la loi : le père et/ou la mère de la personne à protéger, son partenaire cohabitant, un membre de la proche famille ou, le cas échéant, la personne de confiance de l'intéressé.

L'ordonnance désignant l'administrateur provisoire est publiée dans le Moniteur Belge. La décision est notifiée au bourgmestre du lieu du domicile de la personne protégée pour être consignée dans le registre de la population.

Au plus tard un mois après l'acceptation de sa désignation, l'administrateur provisoire est tenu d'établir un rapport concernant la situation patrimoniale et les sources de revenus de la personne protégée, et de le transmettre au juge de paix et à la personne protégée. Il leur rend en outre compte de sa gestion chaque année et à la fin de son mandat. Ce rapport sera conservé dans un dossier au greffe de la justice de paix.

Le juge de paix peut allouer à l'administrateur provisoire, une rémunération dont le montant ne peut dépasser 3% des revenus de la personne à protéger.

L'administration provisoire prend fin si la mesure ne se justifie plus ou si la capacité de la personne est modifiée par un autre statut civil de protection.

5. Pouvoir de l'administrateur provisoire

L'administrateur provisoire a pour mission de gérer les biens de la personne protégée en bon père de famille ou l'assister dans cette gestion. C'est le juge de paix qui décidera de l'étendue des pouvoirs de l'administrateur provisoire. Le juge peut moduler les pouvoirs⁴.

A défaut d'indications, l'administrateur provisoire représentera la personne protégée dans les actes juridiques et les procédures tant comme demandeur que comme défendeur. Toutefois, il ne pourra agir qu'avec l'autorisation du juge de paix pour divers actes : aliéner les biens meubles et immeubles, emprunter et consentir hypothèque, acquiescer à une demande relative à des droits immobiliers, renoncer à une succession sous bénéfice d'inventaire, accepter une donation ou recueillir un legs, conclure un bail à ferme ou un bail commercial, transiger, agir comme demandeur dans diverses procédures, ...

La personne protégée ne peut disposer valablement par donations entre vifs ou par testament qu'après autorisation par le juge de paix. Aussi pour conclure un contrat de mariage, l'autorisation du juge est nécessaire.

Il règle les frais d'entretien et de traitement à charge de la personne protégée et met à la disposition de celle-ci les sommes qu'il juge nécessaires à l'amélioration de son sort.

6. Sort des actes accomplis par la personne protégée

Tous actes accomplis par la personne protégée après le dépôt de la requête en désignation d'un administrateur provisoire, alors que le pouvoir de les accomplir aurait été donné à l'administrateur provisoire, sont nuls de droit. La nullité est relative et ne peut être demandée que par la personne protégée ou son administrateur provisoire.

II. La minorité prolongée⁵

La minorité prolongée a été créée pour protéger les arriérés mentaux. Peut être placée sous statut de minorité prolongée la personne « dont il est établi qu'en raison de son aliénation mentale grave, elle paraît devoir rester incapable de gouverner sa personne et d'administrer ses biens... ». Par arriération mentale, la loi entend un état de déficience mentale congénitale ou ayant débuté au cours de la petite enfance, par accident ou maladie, caractérisé par un manque de développement de l'ensemble des facultés intellectuelles, affectives et volitives. La loi permet la mainlevée du statut de minorité prolongée.

La demande de mise sous statut de minorité prolongée est faite devant le tribunal de première instance du domicile ou de la résidence de l'arriéré mental, par requête introduite par le père et/ou la mère (si la personne est encore mineure) ou par tout parent (si la personne est majeure), par son tuteur ou par le Procureur du Roi.

Le demandeur joint à la requête un certificat médical ne datant pas plus que 15 jours décrivant la déficience mentale. Le requérant et la personne à protéger sont convoqués et entendus par le juge. Une enquête d'expertise peut être ordonnée. La décision instaurant le statut de la minorité

⁴ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 700.

⁵ Articles 487bis – 487octies du Code civil belge.

prolongée est portée à la connaissance du Ministre de la justice et mentionnée dans le registre de la population, ainsi que sur la carte d'identité de l'intéressé.

La personne sous statut de minorité prolongée sera assimilée quant à sa personne et ses biens à un mineur de moins de 15 ans. Dès lors, pour accomplir des actes juridiques, la personne sous statut de minorité prolongée devra être représentée par ses parents ou son tuteur. Les actes irréguliers sont rescindables en cas de lésion ; ils sont nuls de droit s'il s'agit d'actes soumis à des formes habilitantes.

III. L'interdiction judiciaire⁶

Les causes de l'interdiction sont l'imbécillité ou la démence, lorsqu'elles sont un état habituel. Ce statut veut assurer la protection de toute personne qui, étant frappée de maladie mentale, se trouve de ce fait dans l'impossibilité de se gouverner et d'administrer ses biens.

L'interdiction judiciaire doit être prononcée par le tribunal de première instance du lieu du domicile du futur interdit. Elle est introduite par requête unilatérale motivée et appartient qu'au conjoint, à tout parent ou au Procureur du Roi. Un examen neuro-psychiatrique sera ordonné et la personne à protéger sera interrogée par le juge. Le jugement ou l'arrêt d'interdiction est publié par extrait au Moniteur Belge et le bourgmestre du lieu de la résidence de l'interdit est avisé.

Les effets de l'interdiction sont radicaux : l'interdit est assimilé au mineur non émancipé pour sa personne et pour ses biens. Il est frappé d'une incapacité d'exercice totale. Tous les actes accomplis par l'interdit postérieurement au jour du jugement d'interdiction sont nuls de plein droit.

Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent. Le juge de paix désigne un tuteur et un subrogé tuteur et surveille le fonctionnement de la tutelle.⁷

La procédure d'interdiction étant longue et fort lourde, depuis plus de 25 ans, de moins en moins d'interdictions sont prononcées et la tendance est à leur disparition.⁸

IV. La mise sous conseil judiciaire

La mesure d'adjonction d'un conseil judiciaire vise des personnes inaptes à gérer correctement leurs biens, mais pas affaiblies mentalement au point d'appeler une protection plus rapprochée. La loi prévoit deux causes de nomination d'un conseil judiciaire : la prodigalité⁹ et la faiblesse d'esprit¹⁰. La faiblesse d'esprit est une infirmité mentale qui rend la personne incapable d'administrer convenablement sa personne et ses biens, p.ex. débilité ou sénilité. Est prodigue celui qui, par dérèglement d'esprit de mœurs, dissipe son capital en folles dépenses et de façon habituelle.

⁶ Article 489 C.Civ., art. 502-504 C.Civ., 508-512 C.Civ., 515 C.Civ.; 1238-1253 C.jud.

⁷ P. MARCHAL, 'L'interdiction judiciaire', dans le *Répertoire notariale*, T 1 – Les personnes, livre VIII, Larcier, 2007, 112.

⁸ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 693.

⁹ Art. 513 C.Civ.

¹⁰ Art. 1247 C. jud.

La procédure de mise sous conseil judiciaire est identique à celle de l'interdiction, sauf l'expertise neuro-psychiatrique obligatoire. Le juge choisit le conseil judiciaire des intérêts de la personne, il désigne généralement un juriste.

Cette mesure de protection recourt à l'assistance et non à la représentation. La protection est limitée au patrimoine de la personne protégée. La personne protégée sera assistée dans certains actes précisés par la loi (p.ex. l'emprunt, l'aliénation...). Les actes qui peuvent être valablement accomplis par l'incapable seul ne peuvent pas être annulés. Par contre, les actes requérant assistance et accomplis sans cette dernière après le jugement nommant le conseil judiciaire sont nuls de plein droit.

Les procédures de mise sous conseil judiciaire sont rares et en voie de disparition, au profit de l'administration provisoire¹¹.

V. l'interdiction légale

L'interdiction légale est prévue et réglée par les articles 21 à 24, 87 et 90 du Code Pénal belge et par l'article 7 de la loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle dans le système pénal.

L'interdiction légale enlève aux condamnés à des peines criminelles le droit d'administrer leurs biens et d'en disposer pendant la durée de la peine, sauf par testament et par contrat de mariage.

Le statut de l'interdiction légale n'a pas comme but la protection, mais plutôt l'incapacité de défiance. Elle résulte de la loi et n'est pas prononcée par un juge et tant que telle. Les biens de l'interdit légal sont gérés par un curateur. Les pouvoirs du curateur sont ceux d'un tuteur, à l'exception de ce qui concerne la personne. La famille de l'interdit légal continue à jouir des revenus de celui-ci et le curateur doit lui remettre les sommes nécessaires aux besoins essentiels de la vie et au maintien du niveau de vie qui était le sien avant la condamnation.¹²

¹¹ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 695.

¹² A.-C. VAN GYSEL, *o.c.*, 703.

Brève présentation du système espagnol relatif à la tutelle des majeurs :

En premier lieu nous souhaiterions indiquer que nos réponses ne visent que les dispositions du Code Civil d'application général sur tout le territoire espagnol, en effet, nous ne faisons pas référence aux dispositions spéciales dont la portée n'aura d'importance que dans une régions ou provinces déterminée.

Etablie cette première considération, voici les points commentés :

1. Qui est compétent pour connaître de la procédure de déclaration de tutelle ?

En Espagne, en conformité avec notre loi de procédure civile, est compétent pour connaître d'une demande d'incapacité le Juge de Première Instance du lieu de résidence de la personne affectée par la demande en question.

Cette demande peut être réalisée à la demande du propre incapable, du conjoint ou de la personne se trouvant dans une situation similaire, les descendants, ascendants ou frères du présumés incapables.

Le Procureur de la République peut promouvoir l'incapacité dans l'hypothèse où les personnes indiquées ci avant n'existent pas ou si elles n'en font pas la demande.

2. Quelles sont les causes d'incapacité ?

Selon notre Code Civil, personne ne peut être déclaré incapable sauf si cela se réalise par le biais d'une décision de Justice et selon les causes établies par la Loi.

En effet, sont causes d'incapacité, les maladies ou déficiences persistantes de nature physique ou psychologique empêchant une personne de pouvoir s'autogérer par elle-même.

3. Comment protège t-on un incapable ?

La garde et protection d'une personne ou d'un bien, ou seulement de la personne ou des biens des mineurs ou incapables, se réalisera dans les suivantes hypothèse par le biais de :

- (i) La tutelle.
- (ii) La curatelle.
- (iii) Le défenseur judiciaire.

Les fonctions tutélaires constituent un devoir et devront s'exercer au bénéfice de l'incapable et seront soumises à la protection de l'autorité judiciaire.

Ces mesures pourront être accordées par le Juge, soit d'office soit à la demande de toute personne intéressée pour ce faire.

Par ailleurs, il est possible aux parents de l'incapable de désigner, la biais de testament ou par le biais d'acte authentique les personnes devant assumer la tutelle ou ordonner toute disposition relative à la personne ou aux biens de ses enfants mineurs ou incapables.

Par ailleurs il est également possible pour toute personne ayant une capacité pour agir suffisante, et dans la prévision de sa désignation judiciaire d'incapable, de faire état dans un acte authentique de toute disposition relative à sa personne ou biens lui appartenant, y compris la désignation de tuteur.

Il est important de savoir que les dispositions ci-avant citées devront obliger le Juge au moment de la constitution de la tutelle, sauf si l'intérêt du mineur ou incapable exige toute autre mesure, alors il sera nécessaire que le Juge puisse motiver sa décision.

4. Quand doit-on faire la demande de tutelle ?

Si le Procureur de la République (*ministerior fiscal* en Espagne) ou bien le Juge compétent ont connaissance de l'existence, sur le territoire de leur juridiction, d'une personne devant être soumise à tutelle, le premier en fera la demande et le second devra exécuter, la constitution de la tutelle.

Cette obligation est également à la charge des proches parents et de la personne ayant la garde du présumé incapable dès lors qu'ils ont connaissance de cette circonstance. S'ils ne le font pas, ils seront responsables solidaires quant à l'indemnisation pour dommages et préjudices causés.

Par ailleurs, toute personne peut porter à la connaissance du Procureur de la République ou de l'autorité judiciaire correspondante le fait déclencheur de la tutelle.

C'est alors que le Juge pourra constituer la tutelle, il devra pour ce faire et au préalable écouter les proches parents de la personne dont la tutelle est envisagée, et également du présumé incapable, dans l'hypothèse où celui-ci aurait suffisamment de jugement et s'il a plus de 12 ans.

5. Qui peuvent être les tuteurs ou le tuteur ?

Pour la désignation de tuteurs, auront un droit prioritaire les suivantes personnes :

- (i) La personne désignée par le propre tuteur.
- (ii) Le conjoint survivant au tuteur.
- (iii) Les parents.
- (iv) La personne ou personnes désignées par ceux-ci dans leurs actes de dernières volontés.
- (v) Le descendant, ascendant ou frère qui serait désigné par le Juge.

De façon exceptionnelle, il est possible pour le Juge de modifier cet ordre de priorité, ou faire abstraction de l'une d'elles, si cela s'avère nécessaire dans l'intérêt du mineur ou de l'incapable.

Par ailleurs, il est également possible pour le Juge de désigner en tant que tuteur à une personne qui par ses relations avec le tuteur serait la plus à même d'exercer la tutelle de celui-ci.

Il est important de savoir que, la tutelle peut s'exercer par un seul tuteur, sauf dans les hypothèses suivantes :

- (i) Lorsqu'en raison de circonstances spéciales liées au tuteur ou à son patrimoine, il convient de séparer le tuteur de la personne et le tuteur des biens, chacun d'eux devra agir indépendamment dans le cadre de ses compétences, même si les décisions qui les concernent tout deux devront être prises conjointement.
- (ii) Lorsque la tutelle correspond au père ou à la mère, elle devra être exercée conjointement.
- (iii) Si une personne est désignée tuteur des enfants de son frère, et qu'il est considéré que le conjoint du tuteur exerce également la tutelle.
- (iv) Lorsque le Juge désigne en tant que tuteurs les personnes que les parents du tuteur ont désigné dans leur testament ou dans un acte authentique pour exercer la tutelle de façon conjointe.

Enfin, il est bon de savoir que toute personne peut être déclarée tuteur, dès lors que cette personne peut pleinement faire usage de ses droits civils et dès qu'aucune incompatibilité n'est avérée.

En effet, ne peuvent être désignés tuteurs d'une personnes :

- (i) Ceux qui auraient été privés de leurs droits de garde ou d'éducation par voie judiciaire.
- (ii) Ceux qui auraient été suspendu d'une tutelle précédente.
- (iii) Ceux qui auraient été condamnés à une peine privative de liberté dès lors qu'ils sont entrain de l'assumer.
- (iv) Les personnes condamnées sur la base d'un délit et dont il est possible d'imaginer qu'ils n'exerceront pas correctement la tutelle en question.
- (v) Les personnes ayant une impossibilité de fait leur empêchant d'exercer la tutelle.
- (vi) Ceux qui auraient une quelconque inimitié avec le mineur ou l'incapable.
- (vii) Les personnes dont les agissements sont reprochables ou dont on ignore leur façon de vivre.
- (viii) Ceux qui auraient d'importants conflits d'intérêts avec le mineur ou l'incapable.
- (ix) Les personnes en faillites ou en liquidation judiciaires sauf si la tutelle ne vise que la personne de l'incapable, et non son patrimoine.

Le Juge peut d'office ou à la demande du Procureur de la République, du tuteur ou de toute autre personne intéressée, décréter la destitution du tuteur, après avoir entendu celui-ci, dès lors qu'il serait comparu devant le Juge. Le tuteur pourra être entendu s'il peut se prononcer à ce sujet.

CONGRES DE LILLE DU 17 OCTOBRE 2008

L'INITIATIVE DE LA MISE SOUS PROTECTION DES MAJEURS

Loi du 5 mars 2007

Marie Dominique FLOUZAT-AUBA

Avocat au Barreau de Paris

286 Bd Saint Germain

75007 Paris

Tel + 33(0)1 44 18 95 32

Fax + 33 (0) 1 44 18 95 31

flouzat-aba@club-internet.fr

INTRODUCTION

A 18 ans toute personne capable peut prendre des décisions qui l'engagent.

Pour faire un acte valable il faut être sain d'esprit.

La loi du 5 mars 2007 qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009 réforme la protection juridique des majeurs.

L'article 425 du Code civil définit maintenant la personne majeure susceptible de faire l'objet d'une mesure de protection par celle qui se trouve :

« 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 ».

Le rapport du Conseil Economique et social « Réformer les tutelles » de 2006 fait état de **700 000 personnes** qui font l'objet d'une mesure de protection, soit **un adulte sur 80**.

Les trois mesures de protection restent inchangées il s'agit toujours de :

- la sauvegarde de justice, mesure la plus « souple »
- la curatelle, qui peut être simple ou aggravée
- la tutelle qui est la mesure la plus restrictive.

1) QUI PEUT DEMANDER LA MESURE DE PROTECTION ET POURQUOI

1-1 Les personnes pouvant solliciter une mesure de protection

(art 430 du Code civil)

- la personne qu'il y a lieu de protéger ;
- son conjoint ;
- le partenaire PACSE ;
- son concubin ;
- une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables ;
- une personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique.

La loi du 5 mars 2007 élargit le cercle « familial » des personnes habilitées à former une requête puisque le partenaire pacsé et le concubin sont autorisés par la loi à déposer une requête.

Mais la loi sort du cercle familial puisqu'elle permet à toute personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables de déposer une requête.

La demande peut être également présentée par le Procureur de la République soit d'office soit à la demande d'un tiers.

La procédure d'office par le juge des tutelles disparaît, c'est le Procureur de la République qui a le monopole de la saisine du juge des tutelles lorsqu'il n'est pas saisi par les personnes sus énoncées.

Ainsi le juge des tutelles ne peut plus à la fois se saisir d'office et être juge de l'affaire.

En pratique environ la moitié des dossiers ouverts par le juge des tutelles l'étaient à la demande des services sociaux (communes, OPHLM, départements) ou hospitaliers.

Les médecins, les banques, les notaires avaient également l'habitude d'envoyer des signalements.

Cela était utile lorsque la personne n'avait pas d'entourage familial ce qui n'était pas toujours le cas.

Les juges des tutelles ont eu à faire face à un accroissement des demandes de mise sous protection pour des motifs de surendettement voire de faibles ressources.

Les majeurs concernés se sont trouvés déresponsabilisés, certains ont contesté vivement la mesure de protection pour ces motifs.

La loi du 5 mars 2007 ayant à la fois supprimé comme motif de protection les causes liées à la prodigalité, l'oisiveté, l'intempérance figurant dans la loi du 3 janvier 1968, et modifié les personnes pouvant solliciter une mesure de protection, ce type de problème devrait être appelé à disparaître.

1-2 Les motifs

Il doit être repris les dispositions du Code civil (article 425) à savoir lorsque la personne majeur est : *« 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 »*.

Les causes liées à la prodigalité, l'oisiveté ou l'intempérance (ancien article 488 du Code civil) ont été supprimées.

2) SOUS QUELLE FORME CETTE MESURE DOIT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE

2-1 La présentation de la requête

La demande d'ouverture doit être faite sous forme de requête présentée devant le tribunal d'instance du lieu du domicile du majeur à protéger.

En cas d'hospitalisation du majeur en long séjour ou de troubles mentaux elle sera présentée auprès du tribunal d'Instance dans le ressort duquel la personne est hospitalisée.

Dans tous les cas la demande doit être accompagnée à peine d'irrecevabilité d'un **certificat circonstancié** rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le Procureur de la République.

Il n'est plus exigé que ce médecin soit un spécialiste qualifié qui résultait de l'inscription sur la liste établie par le Procureur de la République après avis du préfet.

Dans la demande de mise sous protection doivent être exposées les raisons qui conduisent la personne requérante à demander une protection juridique du majeur.

Doivent être notamment joints des documents d'état civil sur la personne à protéger, son domicile, des renseignements sur les proches parents du majeur et le nom et l'adresse du médecin traitant.

2-2 Limites

L'article 428 du Code civil encadre strictement la possibilité d'ordonner une mesure de protection.

Elle ne peut l'être qu'en cas de **nécessité** et :

- *lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation;*

- **par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future.**

2-3 Le rôle de l'avocat

L'avocat peut intervenir dans le cadre des procédures de placement juridique soit à la demande du majeur concerné soit à la demande de la personne prenant l'initiative de la mesure de protection.

La loi du 5 mars 2007 stipule que le majeur protégé peut être accompagné d'un avocat ou, avec l'accord du Juge par toute autre personne de son choix.

CONCLUSION

- La réforme du 5 mars 2007 consacre le principe général de la protection de la personne.
- Le mot « **incapable** » disparaît pour être remplacé par « **protection juridique du majeur** ».
- Le placement sous protection juridique sera réservé au seul cas où l'atération des facultés personnelles de l'intéressé est médicalement avérée et si aucune mesure d'encadrement du majeur telle que mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) ou mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) ne peut s'appliquer.

Enfin il est à noter la ratification par la France le 28 juillet 2008 de la convention de la HAYE sur la protection des adultes démontrant ainsi la conscience accrue de la France de la nécessité de développer la protection des adultes vulnérables.

BIBLIOGRAPHIE

Nicolas DELECOURT Sophie MICHON « TUTELLE-CURATELLE Sauvegarde de justice – mandat de protection future Editions du PUIITS FLEURI.

Jacqueline JEAN et Agnès JEAN « Mieux comprendre la tutelle et la curatelle » Guid'Utile Vuibert.

Droit de la Famille Dalloz Action.

Travaux du Sénat

LA REFORME DE LA PROTECTION DES MAJEURS :

Le déroulement de la protection

I/ LES TYPES DE PROTECTION

La loi du 5 mars 2007 maintient les trois mesures de protection judiciaire susceptibles d'être ordonnées à l'égard d'un majeur vulnérable.

A/ La sauvegarde de justice

Il s'agit d'une mesure de protection légère et temporaire, qui ne peut excéder un an et est renouvelable une fois.

Elle est prévue soit pour une personne qui a un problème ponctuel, soit en préalable à l'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle.

La personne placée sous sauvegarde de justice conserve en principe l'exercice de ses droits, reste capable et peut accomplir toute opération patrimoniale ou extrapatrimoniale sans assistance, ni représentation.

Les actes passés et les engagements contractés par le majeur sous sauvegarde de justice pendant la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès.

B/ La curatelle

Le majeur placé en curatelle, sans être hors d'état d'agir lui-même a besoin d'être assisté ou contrôlé de manière continue dans les actes importants de la vie civile.

Contrairement à la tutelle, la curatelle ne constitue donc pas une mesure de protection générale.

Il convient de préciser que la curatelle est modulable, puisque le Juge peut moduler l'incapacité du majeur en curatelle, en l'augmentant ou en la diminuant.

Il énumère ainsi les actes que le curatelaire a la capacité de faire seul, ou, à l'inverse, peut ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée.

Cet aménagement peut être opéré lors de l'ouverture de la mesure ou ultérieurement.

C/ La tutelle

La tutelle est destinée au majeur qui, en raison de son incapacité d'agir lui-même, a besoin d'être représenté de manière continue dans les actes de la vie civile.

Le Juge peut, selon certaines modalités, alléger les effets de la tutelle.

A ce titre, il peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que le majeur protégé aura la capacité d'accomplir seul ou avec l'assistance du tuteur.

II/ LES MODALITES GENERALES DE LA MESURE

Il convient de préciser que les mesures de tutelle et de curatelle ne peuvent excéder 5 ans (article 441 du Code Civil), et le Juge des tutelles est dans l'obligation, tous les cinq ans, à peine de mainlevée automatique de la mesure, de revoir le dossier.

Il faut aussi préciser, ce qui était déjà le cas précédemment, que la mesure de tutelle ou de curatelle fait l'objet d'une publicité, qui rend celle-ci opposable aux tiers dans un délai de deux ans.

Ces mesures sont prises par des intervenants, appelés aujourd'hui « Mandataires Judiciaires à la Protection des Majeurs » et contrôlés par le Parquet.

Ce terme de « Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs » est uniquement utilisé pour les professionnels, et non pour les membres de la famille qui exercent la sauvegarde de justice, la curatelle ou la tutelle à titre bénévole.

Le principe posé par la loi du 5 mars 2007, de façon encore plus claire que par le passé, est de privilégier la nomination de membres de la famille, plutôt que de professionnels.

III/ LES ACTES JURIDIQUES DU MAJEUR PROTEGE

Il faut maintenant envisager la typologie des actes que peut faire le majeur protégé, seul, assisté ou représenté.

Il convient préalablement de rappeler que les actes antérieurs à l'ouverture de la mesure sont susceptibles d'être attaqués pour nullité.

Cette nullité ne peut concerner que des actes antérieurs de deux ans à la publicité de la mesure.

Le délai pour agir en nullité est de cinq ans.

En ce qui concerne les actes postérieurs à l'ouverture de la mesure, si la personne protégée accomplit seule un acte pour lequel il aurait dû être assisté, l'acte peut être annulé s'il est établi que le majeur a subi un préjudice.

Si, en revanche, il s'agit d'un acte pour lequel le majeur devait être représenté, cet acte est nul de plein droit.

Si le curateur ou le tuteur accomplit seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée seule, ou qui aurait dû être fait par lui, mais avec l'autorisation du Juge, l'acte est là-aussi nul de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice.

A/ La protection du logement, des meubles meublants et des effets personnels du majeur

La loi du 5 mars 2007 a prévu, que le majeur soit en curatelle ou en tutelle, que la personne chargée de la seule protection ne peut, *a priori*, procéder seul à un acte qui remettrait en cause la jouissance par un majeur protégé de son logement et de ses meubles meublants.

S'il le fait, il faut qu'il justifie d'un intérêt spécifique et qu'il ait une autorisation spéciale du Juge des tutelles.

Si le but de cet acte de disposition sur le logement vise à faire entrer le majeur dans un établissement spécialisé, il faut aussi l'avis d'un médecin inscrit sur la liste des Experts judiciaires établie par le Procureur de la République, et non plus du médecin traitant, comme par le passé.

Théoriquement, on ne peut en aucun cas disposer des effets personnels, des objets ou des souvenirs de nature familiale appartenant au majeur protégé.

B/ La vie du majeur protégé

Il faut envisager le mariage et le divorce, mais aussi le PACS.

De plus, le majeur peut être concerné par une donation ou un testament.

1°) Le mariage :

Le majeur sous curatelle a besoin d'une autorisation du curateur, ou à défaut du Juge des tutelles, pour se marier (article 460 al. 1^{er} du Code Civil).

S'il est sous tutelle, il faut une autorisation du Juge des tutelles (ou du Conseil de famille), rendu après audition des futurs conjoints, et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

A la différence du passé, l'avis du médecin traitant n'est plus requis.

Le majeur en curatelle ou en tutelle ne peut passer de convention matrimoniale sans être assisté par son curateur ou son tuteur.

En présence d'un époux chargé d'une mesure de protection, un changement de régime matrimonial nécessite, préalablement à la signature de l'acte notarié, une autorisation du Juge des tutelles.

2°) Le divorce :

En cas de divorce, la règle selon laquelle aucun divorce par consentement mutuel ou sur acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut concerner un majeur protégé est confirmée.

Si l'époux est demandeur, le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance du curateur.

S'il est défendeur, il se défend avec l'assistance du curateur.

En cas de tutelle, la demande en divorce au nom du majeur est présentée par le tuteur, avec autorisation du Juge des tutelles ou du Conseil de famille.

S'il est défendeur, l'action est exercée contre le tuteur, sans qu'il y ait besoin d'autorisation spécifique.

Quid des demandes reconventionnelles ?

3°) Le PACS :

Le droit français a institué le PACS (Pacte Civil de Solidarité).

Il faut aussi envisager cette possibilité pour le majeur protégé.

La personne en curatelle signe la convention avec l'assistance de son curateur.

En cas de tutelle, il faut l'autorisation préalable du Juge des tutelles ou du Conseil de famille, s'il est constitué, après audition des futurs partenaires, et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

Le tuteur doit apporter son assistance à la signature de la convention.

En revanche, ce qui est surprenant, aucune assistance du curateur ou du tuteur, ni aucune représentation par le tuteur n'est prévue pour la déclaration conjointe au Greffe du Tribunal d'Instance.

L'enregistrement du PACS revêt donc un caractère strictement personnel.

Concernant la rupture du PACS, le majeur en curatelle peut seul rompre le PACS et remettre ou adresser la déclaration conjointe au Greffe du Tribunal d'Instance.

En cas de rupture unilatérale, le majeur en curatelle peut rompre seul le PACS, mais l'assistance du curateur pour signifier la rupture unilatérale à son partenaire et adresser ou remettre copie au Greffe est obligatoire.

En cas de tutelle, le majeur en tutelle peut rompre seul le PACS ; aucune assistance ni représentation ne sont requises pour l'accomplissement des formalités relatives à la rupture lorsque celle-ci est conjointe.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une rupture unilatérale, la signification de la décision de rompre le PACS est opérée à la diligence du tuteur.

De même, la décision de rupture de l'autre partenaire est signifiée au tuteur.

Enfin, le tuteur, autorisé par le Juge des tutelles ou le Conseil de famille, s'il est constitué, peut rompre lui-même le pacte après audition de l'intéressé et après recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

En ce qui concerne la liquidation du PACS, le majeur en curatelle doit être assisté pour les opérations de liquidation et d'évaluation des créances entre les partenaires.

Le majeur en tutelle est représenté par le tuteur pour ces mêmes opérations.

4°) La donation :

La personne en curatelle ne peut faire de donation qu'avec l'assistance de son curateur.

Le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsqu'il est bénéficiaire de la donation.

Il doit donc être désigné un curateur *ad hoc*.

La personne en tutelle peut, avec l'autorisation du Juge et du Conseil de famille, s'il a été constitué, être assisté ou au besoin représenté par le tuteur pour faire une donation.

5°) Le testament :

La personne en curatelle peut librement tester sous réserve des dispositions de l'article 901 du Code Civil, c'est-à-dire de la nullité pour insanité constatée dans les cinq ans du décès.

Concernant le majeur sous tutelle, si le testament a été établi avant l'ouverture de la mesure, il reste valable, sauf s'il est établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu.

Si le testament est établi après l'ouverture de la tutelle, la personne en tutelle ne peut, à peine de nullité, tester qu'avec l'autorisation du Juge ou du Conseil de famille, s'il est constitué.

Le majeur peut aussi révoquer seul un testament fait avant ou après l'ouverture de la mesure de protection.

C/ La gestion du patrimoine du majeur protégé

1°) La vente – l'apport en société :

Désormais, l'autorisation de vendre ou d'apporter en société un immeuble, un fonds de commerce ou des instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé n'est soumis qu'à la réalisation d'une mesure d'instruction exercée par un technicien, ou par le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés (article 505 al. 3 du Code Civil).

En cas d'urgence, le Juge peut déroger à l'accord préalable du Conseil de famille.

Il a la faculté, par décision spécialement motivée prise à la requête du tuteur, d'autoriser en lieu et place du Conseil de famille, la vente d'instruments financiers.

Toutefois, le tuteur doit en rendre en compte sans délai au Conseil de famille, qui décide du emploi (article 505 al. 4 du Code Civil).

2°) Les baux :

Les baux consentis par le tuteur ne confèrent au preneur, à l'encontre de la personne protégée devenue capable, aucun droit au renouvellement et aucun droit de se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail, quand bien même il existerait des dispositions légales contraires.

Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux baux consentis avant l'ouverture de la tutelle et renouvelés par le tuteur (article 504 al. 3 du Code Civil).

C/ Les contrats de gestion de valeurs mobilières et d'instruments financiers :

Le Conseil de famille, ou à défaut, le Juge, peut autoriser le tuteur à conclure un contrat pour la gestion de valeurs mobilières et instruments financiers de la personne protégée.

Le tuteur choisit le tiers cocontractant en considération de son expérience professionnelle et de sa solvabilité.

Il peut à tout moment, et nonobstant toute stipulation contraire, résilier le contrat au nom du tuteur (article 500 al. 3 du Code Civil).

D/ Les successions dont bénéficie le majeur protégé :

Le tuteur ne peut en principe accepter une succession échue à son protégé qu'à concurrence de l'actif net (article 507-1 al 1^{er} du Code Civil).

Le tuteur peut être autorisé par le Conseil de famille, ou à défaut, par le Juge, à accepter purement et simplement une succession si l'actif dépasse manifestement le passif (article 507-1 al. 1^{er} Code Civil).

Le tuteur ne peut renoncer à une succession échue à la personne protégée sans l'autorisation du Conseil de famille, ou à défaut du Juge (article 507-1 al 2 du Code Civil).

En ce qui concerne le partage, le partage à l'égard d'une personne protégée ne peut être fait à l'amiable que sur autorisation du Conseil de famille ou du Juge, qui désigne s'il y a lieu un Notaire pour y procéder.

Le partage peut n'être que partiel (article 507 al. 1^{er} du Code Civil).

L'état liquidatif est soumis à l'approbation du Conseil de famille, ou à défaut, du Juge.

Cette formalité remplace l'homologation qui existait précédemment.

E/ L'assurance-vie :

Le nouvel article L.132-3-1 al. 1^{er} du Code des Assurances soumet à l'autorisation du Juge des tutelles, ou à celle du Conseil de famille s'il est constitué :

- la souscription, le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie,
- la désignation, la substitution du bénéficiaire.

Lorsque le bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie est le curateur ou le tuteur, il est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée, ce qui impose la désignation d'un curateur ou d'un tuteur *ad hoc*, en l'absence de curateur ou tuteur subrogé.

L'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance sur la vie, conclu moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la curatelle ou de la tutelle du stipulant, peut être annulée

sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés (article L.132-3-1 al. 3 du Code des Assurances).

F/ Compromis & transactions :

Le tuteur ne peut transiger ou compromettre au nom de la personne protégée qu'après avoir fait approuver par le Conseil de famille, ou à défaut, par le Juge, les clauses de la transaction ou du compromis, et le cas échéant la clause compromissoire (article 506 du Code Civil).

G/ Achat & prise à bail ou à ferme d'un bien de la personne protégée par son tuteur :

Le tuteur peut, sur autorisation du Conseil de famille, ou à défaut, du Juge, acheter les biens de la personne protégée ou les prendre à bail ou à ferme (article 508 du Code Civil).

Deux conditions doivent être réunies :

1°) Le tuteur ne doit pas être mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

2°) L'opération ne doit être décidée qu'à titre exceptionnel et dans l'intérêt de la personne protégée.

L'acte ne peut être conclu qu'avec un tuteur subrogé ou un tuteur *ad hoc*.

Me Elisabeth GRANIER-ZARRABI
Avocat au Barreau de Grasse

Le Mandat de protection future

L'article 477 du code civil définit ce mandat par son but : la représentation d'une personne qui ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts - en premier lieu ses intérêts patrimoniaux mais le mandat peut s'étendre à la protection de la personne (article 479).

Innovation issue de la loi du 5/03/2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

ENTREE EN VIGUEUR

Le 1^o janvier 2009

Innovation attendue depuis longtemps et surtout création d'un régime parallèle à celui de la tutelle et de la curatelle ouvert pour les mêmes raisons mais fonctionnant différemment sans l'intervention du juge des tutelles sauf cas précis et ponctuels et concernant d'abord les intérêts patrimoniaux.

Le mandat de protection future peut être confiée à une personne physique dès la publication de la loi toutefois le mandat ne pourra prendre effet qu'à compter du 1^o JANVIER 2009 et en application du principe de subsidiarité édicté par l'article 428 du code civil ce mandat s'impose au juge s'il assure une protection suffisante du majeur.

Ce dispositif permet à toute personne de désigner - pour le jour où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts un ou plusieurs mandataires chargé de la représenter : il s'agit du mandat de protection pour soi même- il peut être établi sous seing privé et la loi a créé également le mandat de protection future pour autrui qui doit permettre aux parents d'un enfant handicapé de désigner une ou plusieurs personnes de confiance pour assumer la protection de cet handicapé le jour où ils ne sont plus aptes à le faire eux mêmes. Il doit être établi devant notaire.

LES DISPOSITIONS COMMUNES AUX DEUX FORMES DE MANDAT: procuration générale? A/ Les acteurs

1/ Le mandant

- pour le mandat de protection future pour soi même article 477 al 1 et 2 du code civil
 - toute personne majeure ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle
 - toute personne en curatelle avec l'aide du curateur
- pour le mandat pour autrui article 477 al 3 du code civil
 - les parents ou le dernier vivant des père et mère ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou de curatelle exerçant l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assumant la charge MATERIELLE et AFFECTIVE de leur enfant majeur.

2/ le mandataire

Le mandant peut charger une ou plusieurs personnes par un même mandat (article 477 al 1 et 3 du code civil)

le mandataire est soit une personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L 471-2 du Code de l'action sociale et des familles (article 477 du code civil et 480 al 1)

et doit jouir de la capacité civile pendant toute l'exécution de son mandat (article 480 al 2 du code civil)

3/ le bénéficiaire du mandat

pour le mandat de protection pour soi même c'est le mandant qui ne peut plus pourvoir à ses intérêts (article 425 du code civil)

pour le mandat de protection future pour autrui c'est l'enfant qui ne peut plus pourvoir " seul " à ses intérêts pour les causes prévues à l'article 425 du code civil.

B//l'objet du mandat et sa mise en oeuvre

le mandat est destiné à la protection de la personne et de ses intérêts: il peut être limité expressément à l'une de ces deux buts seulement (article 425 al 2 du code civil)
Si le mandat est complet les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2 du code civil et toute stipulation contraire est réputée non écrite.

1/ouverture de la mesure

l' établissement d'un certificat médical :il faut un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionné à l'article 431 déclarant que le mandant se trouve dans une des situations visées à l'article 425 le mettant dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts.

Le mandataire produit alors au greffe du Tribunal d'Instance ce certificat médical et son mandat (article 481 al 1 et 2 du code civil) , le greffier vise le mandat , date sa prise d'effet et le restitue au mandataire (article 481 al 2 du code civil)

la mise en oeuvre

pour le mandat de protection pour soi même c'est l'article 481 al 1 du code civil qui s'applique : dès qu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts
pour le mandat pour autrui au jour où le mandant décède ou ne peut plus s'occuper de l'enfant selon l'article 477 al 3 du code civil

l'inventaire est le premier acte que doit accomplir le mandataire.

2/exécution du mandat

Le mandataire établit les comptes , gère le patrimoine - il peut se faire aider à titre spécial pour cette gestion ou y substituer un tiers (article 480 al 3 du code civil et il ne peut se faire décharger de sa mission que par le juge des tutelles , il est responsable dans les conditions prévues à l'article 1992 du code civil et il exerce son mandat à titre gratuit sauf stipulations contraires (article 419 du code civil)enfin le juge des tutelles peut décider d'ouvrir une mesure de protection complémentaire si nécessaire

sanctions :rescision ou annulation des actes du mandataire

tout acte passé par le mandataire peut être rescindé pour simple lésion ou réduit en cas d'excès alors même qu'il pourrait être annulé (article 414-1 du code civil) seule l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi seront pris en considération par les tribunaux: l'action n'appartient qu'à la personne protégée et après sa mort à ses héritiers et s'éteint par un délai de 5 ans prévu à l'article 1304 du code civil

2//la fin du mandat

soit par un certificat médical constatant le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé soit par le décès de la personne protégée ou sa mise sous tutelle soit par sa révocation décidée par le juge des tutelles.

Il existe deux formes de mandats : le mandat pour soi même et le mandat pour autrui

LE MANDAT NOTARIE

Il s'agit obligatoirement du mandat de protection future pour autrui (article 477 al 4 du code civil)
la forme : il s'agit d'un acte authentique reçu par un notaire choisi par le mandant.

L'acceptation du mandataire est également faite devant notaire et tant que le mandat n'a pas pris effet il peut être modifié ou révoqué dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa décision au mandant et au notaire (article 489)

Les pouvoirs du mandataire- par dérogation à l'article 1988 du code civil - sont très importants : toutefois il ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

Le mandataire doit rendre des comptes annuellement au notaire (exit le juge des tutelles) qui a établi le mandat.

LE MANDAT SOUS SEING PRIVE

ou plus simplement le mandat pour soi même

Il doit être daté et signé de la main du mandant et être contresigné par un avocat ou bien il faut utiliser le modèle défini par décret

Le mandataire accepte le mandat en le signant

Tant qu'il n'est pas entré en vigueur le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en le notifiant (article 492) au mandant.

Les pouvoirs du mandataire sont identiques en ce qui concerne la gestion du patrimoine aux actes qu'un tuteur peut accomplir sans autorisation et si nécessaire le mandataire s'adresse au juge des tutelles (article 493)

Les obligations comptables sont simples : le mandataire doit conserver l'inventaire des biens et ses actualisations , les 5 derniers comptes de gestion , les pièces justificatives et doit les présenter au juge des tutelles suivant l'article 494 du code civil.

Le respect de la dignité de la personne protégée ,le caractère confidentiel de la mesure, la simplification de la protection et l'allègement de la tâche de l'appareil judiciaire sont à l'origine de cette loi et on ne peut que s'en réjouir..

Le code civil prévoit deux régimes de protection en faveur des majeurs se trouvant en des conditions habituelles d'infirmité mentale ou autre cause, les rendant incapables de veiller à leurs propres intérêts : l'interdiction et l'incapacité.

L'art. 414 du code civil indique quelles sont les personnes qui peuvent être incapables c'est-à-dire : *« le majeur et le mineur émancipé lesquels se trouvent dans des conditions habituelles d'infirmité mentale les rendant incapables de veiller à leurs propres intérêts.... pour assurer leur protection adéquate »*.

Tandis que l'art. 415 du code civil définit quelles sont les personnes pouvant être incapables : *« le majeur en condition d'infirmité mentale et dont l'altération n'est pas assez grave pour donner lieu à une interdiction, peut être incapable. L'incapacité peut être prononcée en cas de prodigalité ou pour abus habituel d'alcool et de stupéfiants, si la personne intéressée s'expose, de ce fait, ou sa famille, à des graves préjudices économiques. Enfin, les personnes souffrant de cécité ou surdi-mutité, de naissance ou d'enfance, peuvent être incapables si une éducation appropriée n'a pas été donnée pour compenser ces limitations d'ordre physique, sauf l'application de l'art. 414 en cas d'incapacité totale de pourvoir à leurs propres intérêts. »*

La Cour de Cassation s'est maintes fois prononcée sur la notion d'« infirmité mentale » au fin de la déclaration d'interdiction et d'incapacité, mettant en évidence que la condition nécessaire pour déclarer l'incapacité et l'interdiction d'un infirme mental ne consiste pas dans l'existence d'une forme pathologique cliniquement définie mais dans la simple présence d'une altération des facultés mentales pouvant engendrer une incapacité partielle ou totale à veiller à ses propres intérêts.

Concrètement, la constatation de l'existence et de la mesure de cette altération est réservée au juge saisi de la procédure.

La requête pour interdiction ou incapacité est proposée au moyen d'un recours direct auprès du tribunal du lieu où la personne concernée a sa résidence ou son domicile effectif (cf. art. 712 du code de procédure civile).

Le recours peut être présenté par le conjoint, les parents jusqu'au quatrième degré, les alliés jusqu'au second degré, le tuteur, le curateur, le Ministère public (cf. art. 417 du code civil).

Le Tribunal ne peut prononcer l'interdiction ou l'interdiction sans avoir effectué un examen personnel de la personne concernée par l'interdiction ou l'interdiction (cf. art. 419 du code civil).

Le recours devra contenir l'exposé des faits sur lesquels la requête est fondée et il devra indiquer prénom, nom et résidence du conjoint, des parents jusqu'au quatrième degré, des alliés jusqu'au deuxième degré.

La nomination par voie définitive du tuteur sera effectuée par le Juge des Tutelles seulement après le prononcé du jugement qui conclut la procédure.

La personne interdite perd complètement toute capacité d'agir, avec la conséquence que tout acte accompli par elle, tant d'administration ordinaire que extraordinaire, est considéré nul. Elle est substituée par un tuteur - à l'exception des actes de caractère strictement personnel- lequel agit sous le contrôle du Juge des Tutelles auquel il devra régulièrement rendre compte de sa propre activité et auquel il devra s'adresser pour être autorisé à exécuter, au nom et pour le compte de l'infirmes, tout acte hors de l'administration ordinaire. En 2004 est entrée en vigueur la réglementation qui a introduit l'institut de l'administration de soutien. Cet institut a pour finalité celle de protéger, avec la moindre limitation possible de la capacité d'agir, les personnes ne pouvant, en tout ou en partie, accomplir les fonctions de la vie quotidienne, moyennant des interventions de soutien temporaire ou permanent et qui va s'ajouter aux instituts de l'interdiction et de l'interdiction.

Il est alors possible de nommer un administrateur de soutien dans tous les cas de figure non seulement d'infirmité mais aussi de manque physique ou psychique, soit pour toute altération de l'état de santé de la personne, abstraction faite d'une pathologie bien définie, pourvu qu'elle puisse déterminer l'impossibilité, même partielle ou temporaire, à l'administration de ses propres intérêts de nature patrimoniale ou personnelle.

L'impossibilité de pourvoir à ses propres intérêts, laquelle constitue la condition de la nomination de l'administrateur de soutien, peut être, tel qu'il est décrit auparavant, même partielle : en d'autres mots, un administrateur de soutien peut être nommé lorsque l'intéressé ne possède pas les facultés d'accomplir des actes d'une certaine difficulté ou bien lorsque la réduction de ses facultés présente une évolution périodique ou intermittente : comme par exemple dans le cas de l'épilepsie.

L'administration de soutien peut ainsi concerner les personnes âgées, handicapées, alcoolisés, toxicomanes, détenus, malades terminaux, non voyants et tant d'autres personnes pour lesquelles il n'est pas opportun de procéder à une requête d'interdiction ou d'inhabilitation.

Ces catégories de personnes pourront ainsi obtenir (même en considération de la propre incapacité future) que le Juge des Tutelles nomme un administrateur ayant soin d'elles et de leur patrimoine.

L'intéressé peut présenter directement la requête – même si mineur, interdit ou inhabilité – par acte public ou écriture privée authentifiée, au Juge des Tutelles de sa propre zone de résidence ou domicile.

La légitimation à la proposition du Recours revient aussi à l'une des personnes indiquées dans l'art. 417 du code civil : conjoint, personne vivant sous le même toit en permanence, parents jusqu'au quatrième degré, alliés jusqu'au deuxième degré, tuteur, curateur, ministère public.

Pour ce qui est de la « *personne vivant sous le même toit en permanence* », il s'agit évidemment du conjoint *more uxorio* – mais on discute en doctrine s'il doit s'agir nécessairement et uniquement de cela à cause du caractère général de l'expression – étant bien entendu que le simple cohabitant, comme tout autre sujet non légitimé, peut signaler au ministère public – pour qu'il promeuve les procédures relatives – les cas qui semblent nécessiter des mesures de protection.

Les responsables des services sanitaires et sociaux directement engagés dans le soin et l'assistance de la personne, venant à connaissance de faits pouvant rendre opportune l'ouverture d'une procédure d'administration de soutien, sont

tenus à proposer le Recours ou en informer néanmoins le ministère public (cf. art. 406, alinéa 3, code civil).

Pour ce qui concerne la procédure je précise que le recours doit indiquer, outre les généralités du bénéficiaire et de sa demeure habituelle, les raisons pour lesquelles est demandée la nomination de l'administrateur de soutien et encore le nom et le domicile, si connus par le requérant, du conjoint, des descendants, ascendants, frères et personnes vivant sous le même toit du bénéficiaire (cf. art. 407, alinéa 1^{er}, code civil).

Le Juge des Tutelles doit écouter personnellement la personne intéressée dans la procédure – où doit intervenir obligatoirement le ministère public (art. 407, alinéa 5, code civil) – en se rendant si nécessaire au lieu où l'intéressé se trouve et doit tenir compte, en accord avec les intérêts et les exigences de protection de l'intéressé, des besoins et des requêtes de ce dernier.

Après avoir obtenu les informations nécessaires et ordonner même d'office les vérifications médicales et tous les autres moyens d'instruction utiles au fin de la décision et après avoir entendu les individus légitimés à la proposition du recours, le Juge des Tutelles – en cas de non comparution de ces derniers – se charge néanmoins, dans les soixante jours à compter de la date de présentation de la requête, de nommer l'administrateur par décret motivé immédiatement exécutif, décret qui peut toujours être intégré ou modifié par ce même Juge (cf. art. 407, code civil).

Le Juge des Tutelles peut prendre, même d'office, des mesures provisoires et urgentes pour la protection de l'intéressé et pour la conservation et l'administration de son patrimoine et peut procéder à la nomination d'un administrateur de soutien provisoire, en indiquant dans le décret relatif, les actes qu'il est autorisé à accomplir (cf. art. 405, alinéa 4, code civil).

Le décret de nomination de l'administrateur de soutien doit contenir l'indication des généralités du bénéficiaire et de l'administrateur et la durée de la charge (cf. art. 405, alinéa 5, code civil).

Cette même charge est ajournable par un décret motivé du Juge des Tutelles, même d'office, avant l'échéance du délai (cf. art. 405, alinéa 6, code civil).

Par ailleurs, elle peut être conférée également pour un temps indéterminé, hormis la faculté de l'administrateur d'interrompre la charge après dix ans, à l'exception du cas où cette charge est revêtue par le conjoint, par la personne vivant sous le même toit en permanence, par les ascendants ou les descendants du bénéficiaire.

Il en ressort de ce fait la différence existant entre l'institut de l'administrateur de soutien et l'interdiction et inhabilitation : il est en effet adaptable aux exigences personnelles du bénéficiaire dont la capacité d'agir est limitée seulement aux termes du Décret, devant la situation d'incapacité générale établie par les autres instituts.

L'interdiction peut être évitée, dans tous les cas de figure où l'intéressé voit sa propre protection assurée, de façon satisfaisante, à travers le recours à une mesure différente.

En effet, l'un des principes auquel s'inspire la nouvelle loi est celui selon lequel le bénéficiaire conserve la capacité d'agir pour tous les actes qui ne requièrent pas la représentation exclusive ou l'assistance nécessaire de l'administrateur et, par conséquent, même pour les actes de caractère strictement personnel (capacité de contracter mariage, de faire testament, de faire une donation, de reconnaître un enfant naturel) : des actes qui, s'ils sont accomplis en état d'incapacité d'entendre et de vouloir, seront assujettis aux solutions juridiques prévues par voie générale.

Enfin, la limitation de la capacité d'agir du bénéficiaire en présence de la nomination de l'administrateur de soutien, peut aussi ne pas subsister puisqu'une légitimation concurrente des deux individus, tel qu'il est confirmé par quelques Décrets du Juge des Tutelles de Parme remontant à l'année 2004, est possible pour l'accomplissement de certains actes : une situation qui pourrait concerner les cas de figure de manque physique.

En considérant les observations ci-dessus, la nomination de l'administrateur de soutien n'influence pas en soi le *status* du bénéficiaire, à la différence de ce qui se produit dans le cas du prononcé d'interdiction ou d'inhabilitation qui

détermine une incapacité générale d'agir de l'individu qui en est destinataire : incapacité qui peut être totale (interdiction) ou partielle (inhabilitation).

La déclaration de la capacité générale d'agir à l'égard du bénéficiaire de l'administration est ultérieurement confirmée dans l'art. 409 - alinéa 2 du code civil, lequel établit qu'il peut en tous les cas accomplir les actes nécessaires à satisfaire les exigences de sa propre vie quotidienne.

En outre, la doctrine souligne la difficulté de fournir une notion objective et précise de « acte nécessaire pour la vie quotidienne » en tenant compte de quelques variables, telles que l'âge ou la condition économique de l'individu, qui la rendent de ce fait indéterminée.

En définitive, on peut dire que si l'on reconnaît au tuteur la représentation exclusive de l'intéressé et le pouvoir d'en administrer les biens et le curateur possède seulement la charge d'assister l'individu dans l'accomplissement des actes hors de l'administration ordinaire, en exprimant son propre accord mais sans jamais pouvoir se substituer à lui, l'administrateur a le pouvoir d'accomplir, en représentation exclusive ou en assistance, seulement les actes indiqués par le Juge des Tutelles dans le décret de nomination (individuellement ou par types), le bénéficiaire conservant la capacité d'agir en relation à tous les actes non expressément indiqués.

Le respect de la volonté et de la dignité de la personne du bénéficiaire connote également l'exécution des tâches de l'administrateur lequel, dans l'exercice de sa charge, doit tenir compte des besoins et des aspirations de l'intéressé, en l'informant en temps utile sur les actes à accomplir et en communiquant son éventuel dissentiment au Juge des Tutelles (cf. art. 410 du code civil).

Cependant, la loi ne prévoit pas une sanction à la charge de l'administrateur qui ne remplit pas l'obligation d'information, même si la réitération de cette violation et les éventuels effets préjudiciables qui en dérivent peuvent configurer une conduite négligente.

En cas de choix ou actes nuisibles c'est-à-dire de négligence dans la poursuite de l'intérêt ou dans la satisfaction des besoins ou des requêtes du bénéficiaire, ce dernier ou le ministère public ou bien les autres personnes légitimées à la

nomination de l'administrateur de soutien, peuvent recourir au Juge des Tutelles lequel, au moyen d'un Décret motivé, prend les mesures opportunes.

A ces dispositions qui concernent quelques hypothèses de violation des devoirs de la part de l'administrateur s'en ajoutent d'autres qui prévoient que les actes accomplis par l'administrateur lui-même, en violation des dispositions de loi ou excessifs par rapport à l'objet de la charge ou aux pouvoirs qui lui sont conférés par le juge, puissent être annulés sur instance de ce même administrateur ou du ministère public ou de ses héritiers ou les ayant cause tels que peuvent être pareillement annulés, sur instance de ces mêmes personnes (à l'exclusion du ministère public) les actes accomplis personnellement par le bénéficiaire en violation des dispositions de loi ou de celles contenues dans le Décret institué par l'administrateur de soutien (cf. art. 412 du code civil).

Les actions relatives tombent en prescription après un délai de cinq ans à partir du moment où cesse l'état de soumission à l'administrateur.

Le code civil contemple aussi la possibilité de révocation de l'administrateur de soutien.

Lorsque le bénéficiaire, l'administrateur, le ministère public ou certaines des autres personnes légitimées à la proposition du recours pour l'institution de l'administration considèrent qu'il ne subsiste plus les conditions pour la cessation de cette même administration, ils adressent une instance motivée au juge des tutelles lequel, après l'acquisition des informations nécessaires et la disposition des moyens d'instruction opportuns, agit en conséquence au moyen d'un Décret motivé (cf. art. 413 du code civil).

Il existe un autre cas de figure de révocation : le juge des tutelles dispose aussi d'office à la déclaration de cessation de l'administration de soutien lorsque celle-ci s'est révélée non adaptée à réaliser la complète assistance du bénéficiaire : dans cette hypothèse, on considère qu'il est nécessaire de promouvoir un jugement d'interdiction ou d'incapacité, le juge en informe le ministère public pour qu'il s'en charge (cf. art. 413, alinéa 4 du code civil).

Le système des recours des dispositions en matière d'administration de soutien est réglementé par le code de procédure civile (art. 720 bis c.p.c. et succ.).

Une plainte à l'encontre des Décrets du juge des tutelles est admise et peut être déposée auprès de la Cour d'Appel dans un délai péremptoire de dix jours à compter de la notification du décret à tous les participants au jugement (cf. art. 719 du c.p.c.) et un Recours en Cassation contre les décrets de la Cour d'Appel.

La plainte et le Recours en Cassation peuvent être proposés par les mêmes personnes qui auraient eu droit à proposer la requête même si elles n'ont pas participé au jugement.

Pour ce qui est des délais du recours en cassation, sans prévision expresse, on devra se baser sur les prévisions générales : le délai est de ce fait de soixante jours, en cas de notification d'instance de l'une des parties et, dans le cas contraire, d'un an à compter du dépôt de la disposition.

La proposition de la plainte ne suspend pas l'efficacité du décret qui est immédiatement exécutif.

Il c.c. prevede due forme di tutela in favore di chi sia incapace, per infermità di mente o altra causa, di provvedere ai propri interessi: esse sono l'interdizione e l'inabilitazione.

L'art. 414 c.c. elenca quali sono le persone che possono essere interdette, ossia: *“il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizione di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi... per assicurare la loro adeguata protezione”*.

Mentre l'art. 415 c.c. disciplina quali sono le persone che possono essere inabilite: *“il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, può essere inabilitato. Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inabilitati il sordomuto e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'art. 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi”*.

La Corte di Cassazione si è ripetutamente pronunciata sulla nozione di *“infermità di mente”* ai fini della dichiarazione di interdizione e di inabilitazione, evidenziando che presupposto necessario per l'inabilitazione e l'interdizione di un infermo di mente non è l'esistenza di una forma patologica clinicamente definita, bensì la semplice presenza di un'alterazione delle facoltà mentali tale da dar luogo a un'incapacità parziale o totale di provvedere ai propri interessi.

L'accertamento in concreto dell'esistenza e della misura della suddetta alterazione è riservato al giudice del merito.

La domanda per interdizione o inabilitazione si propone con ricorso diretto al

tribunale del luogo dove la persona nei confronti della quale è proposta ha residenza o domicilio (cfr. art. 712 c.p.c.).

Il ricorso può essere presentato dal coniuge, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore, dal curatore, dal Pubblico Ministero (cfr. art. 417 c.c.).

Il Tribunale non può pronunciarsi l'interdizione o l'inabilitazione senza aver proceduto all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando (cfr. art. 419 c.c.).

Nel ricorso devono essere esposti i fatti sui quali la domanda è fondata e devono essere indicati il nome e il cognome e la residenza del coniuge, dei parenti entro il quarto grado, degli affini entro il secondo.

La nomina in via definitiva del tutore verrà effettuata, solo dopo la pronuncia della sentenza che conclude il procedimento, dal Giudice Tutelare.

L'interdetto perde completamente ogni capacità d'agire, con la conseguenza che ogni atto da lui compiuto, tanto di ordinaria che di straordinaria amministrazione, è considerato nullo.

Allo stesso si sostituisce un tutore, tranne che per gli atti personalissimi, il quale agisce sotto il controllo del Giudice Tutelare al quale dovrà periodicamente riferire della propria attività e al quale dovrà rivolgersi per essere autorizzato a svolgere in nome e per conto dell'interdetto ogni atto eccedente l'ordinaria amministrazione.

Nel 2004 è entrata in vigore la normativa che ha introdotto l'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Tale istituto ha come finalità quella di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte della capacità di compiere le funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente e va ad aggiungersi agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione.

Vi è ora dunque la possibilità di nominare un amministratore di sostegno in tutte le ipotesi non solo di infermità, ma anche di menomazione fisica o psichica, ovvero per ogni alterazione dello stato di salute della persona, a prescindere da una ben definita patologia, purché tale da determinare l'impossibilità, anche parziale o temporanea, alla cura dei propri interessi di natura patrimoniale o personale.

L'impossibilità di provvedere ai propri interessi, che costituisce il presupposto della nomina dell'amministratore di sostegno può essere, come sopra evidenziato, anche parziale: in altre parole può essere nominato un amministratore di sostegno quando l'interessato sia impossibilitato a compiere atti di una certa difficoltà oppure quando la menomazione dello stesso presenti un andamento periodico o intermittente: come ad esempio nel caso dell'epilessia.

L'amministrazione di sostegno può così riguardare anziani, disabili, alcolisti, tossicodipendenti, carcerati, malati terminali, non vedenti e tanti altri soggetti per i quali non sia opportuno procedere ad una richiesta di interdizione o di inabilitazione.

Queste categorie di persone potranno pertanto ottenere (anche in considerazione della propria futura incapacità) che il Giudice Tutelare nomini un amministratore, che abbia cura di loro e del loro patrimonio.

La persona interessata può presentare direttamente - anche se minore, interdetto o inabilitato - mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, la richiesta al Giudice Tutelare della propria zona di residenza o anche domicilio.

La legittimazione alla proposizione del Ricorso spetta anche ad uno dei soggetti indicati all'art. 417 c.c.: coniuge, persona stabilmente convivente,

parenti entro il quarto grado, affini entro il secondo grado, tutore, curatore, pubblico ministero.

Per quanto concerne la “*persona stabilmente convivente*”, si tratta evidentemente del convivente *more uxorio* - ma si discute in dottrina se debba trattarsi necessariamente solo di questo a causa della genericità dell’espressione - fermo restando che il mero coabitante, come ogni altro non legittimato, può segnalare al pubblico ministero - affinché promuova i relativi procedimenti - i casi che paiano necessitare delle misure di protezione.

I responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza alla persona, che vengano a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l’apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre il Ricorso o a fornire comunque notizia al pubblico ministero (cfr. art. 406, comma 3, c.c.).

Per quanto concerne il procedimento preciso che il ricorso deve indicare, oltre alle generalità del beneficiario e alla sua dimora abituale, le ragioni per le quali si richiede la nomina dell’amministratore di sostegno e ancora il nominativo e il domicilio, se conosciuti dal ricorrente, del coniuge, dei discendenti, ascendenti, fratelli e conviventi del beneficiario (cfr. art. 407, comma 1, c.c.).

Il Giudice Tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento - nel quale necessariamente deve intervenire il pubblico ministero (art. 407, comma 5, c.c.) - si riferisce, recandosi ove occorra nel luogo in cui questa si trova e deve tenere conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste della stessa.

Il Giudice Tutelare dopo avere assunto le necessarie informazioni e disposti anche d’ufficio gli accertamenti medici e tutti gli altri mezzi istruttori utili ai fini della decisione e dopo aver sentito i soggetti legittimati alla proposizione

del Ricorso - in caso di mancata comparizione di questi ultimi provvede comunque - entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta, provvede alla nomina dell'amministratore con decreto motivato immediatamente esecutivo, che può sempre essere dallo stesso Giudice integrato o modificato (cfr. art. 407 c.c.).

Il Giudice Tutelare può adottare, anche d'ufficio, i provvedimenti provvisori e urgenti per la cura dell'interessato e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio e può procedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio, indicando nel relativo decreto gli atti che questi è autorizzato a compiere (cfr. art. 405, comma 4, c.c.).

Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione delle generalità del beneficiario e dell'amministratore e della durata dell'incarico (cfr. art. 405, comma, 5 c.c.).

Questo è prorogabile con decreto motivato del Giudice Tutelare, anche d'ufficio prima della scadenza del termine (cfr. art. 405, comma 6, c.c.).

Esso può peraltro essere conferito anche a tempo indeterminato, salva la facoltà dell'amministratore di cessare l'incarico dopo 10 anni, ad eccezione dell'ipotesi in cui esso sia rivestito dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dagli ascendenti o dai discendenti del beneficiario.

Emerge anche da quanto sopra la differenza tra l'istituto dell'amministratore di sostegno e quelli dell'interdizione e dell'inabilitazione: esso è infatti adattabile alle esigenze personali del beneficiario, la cui capacità di agire è limitata solo con riferimento a quanto previsto nel Decreto, a fronte della situazione di generale incapacità determinata dagli altri istituti.

L'interdizione può essere evitata in tutte le ipotesi in cui il soggetto veda assicurata la propria protezione, in modo soddisfacente, attraverso il ricorso ad una diversa misura.

Uno dei principi cui si ispira infatti la nuova legge è quello secondo il quale il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore e, quindi, anche per gli atti personalissimi (capacità di contrarre matrimonio, di fare testamento, di donare, di riconoscere un figlio naturale): atti che ove risultino compiuti in stato di incapacità di intendere o di volere, saranno assoggettati ai rimedi giuridici previsti in via generale.

Infine, la limitazione della capacità di agire del beneficiario in presenza della nomina dell'amministratore di sostegno può anche non sussistere essendo possibile, come confermato da alcuni Decreti del Giudice Tutelare di Parma del 2004, una legittimazione concorrente dei due soggetti per il compimento di alcuni atti: una situazione che potrebbe riguardare le ipotesi di menomazioni solo fisiche.

Per quanto fin qui osservato, la nomina dell'amministratore di sostegno non incide di per sé sullo *status* del beneficiario, a differenza di quanto si verifica nel caso della pronuncia di interdizione o di inabilitazione, che determina un'incapacità generale di agire del soggetto che ne è destinatario: incapacità che può essere totale (interdizione) o parziale (inabilitazione).

L'affermazione della generale capacità di agire in capo al beneficiario dell'amministrazione trova ulteriore conferma nell'art. 409, comma 2, c.c., il quale stabilisce che egli può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana.

È stata peraltro segnalata in dottrina la difficoltà di fornire una nozione oggettiva e precisa di "*atto necessario per la vita quotidiana*", tenuto conto di alcune variabili, quali l'età o la condizione economica del soggetto, che la rendono pertanto indeterminata.

In definitiva può dirsi che mentre al tutore è riconosciuta la rappresentanza esclusiva del tutelato e il potere di amministrarne i beni e il curatore ha il solo compito di assistere il soggetto nel compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, esprimendo il proprio assenso, ma senza mai poterlo sostituire, l'amministratore ha il potere di compiere, in rappresentanza esclusiva o in assistenza, solo quegli atti che siano indicati dal Giudice Tutelare nel decreto di nomina (singolarmente o per tipi), conservando il beneficiario la capacità di agire in relazione a tutti gli atti non espressamente indicati.

Il rispetto della volontà e della dignità della persona del beneficiario connota anche lo svolgimento dei compiti dell'amministratore che nell'esercizio del suo incarico deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del soggetto, informandolo tempestivamente degli atti da compiere e comunicando l'eventuale dissenso di lui al giudice tutelare (cfr. art. 410 c.c.).

Tuttavia la legge non prevede una sanzione a carico dell'amministratore che non adempia l'obbligo di informazione, anche se la reiterazione di tale violazione e gli eventuali effetti pregiudizievoli che essa determini, possono configurare una condotta negligente.

In caso di scelte o atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, costui o il pubblico ministero o gli altri soggetti legittimati alla nomina dell'amministratore di sostegno, possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con Decreto motivato gli opportuni provvedimenti.

A queste disposizioni che concernono alcune ipotesi di violazione dei doveri da parte dell'amministratore se ne aggiungono altre che prevedono che gli atti compiuti dall'amministratore stesso in violazione di disposizioni di legge o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal

giudice, possano essere annullati su istanza dello stesso amministratore o del pubblico ministero o dei suoi eredi o aventi causa così come possono essere annullati, su istanza degli stessi soggetti (ad esclusione del pubblico ministero) gli atti compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel Decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno (cfr. art. 412 c.c.).

Le azioni relative si prescrivono nel termine di cinque anni, che decorre dal momento in cui è cessato lo stato di sottoposizione all'amministrazione.

Il codice civile contempla anche la possibilità di revoca dell'amministratore di sostegno.

Quando il beneficiario, l'amministratore, il pubblico ministero o taluno degli altri soggetti legittimati alla proposizione del ricorso per l'istituzione dell'amministrazione, ritengano che siano venuti a mancare i presupposti per la cessazione della stessa, rivolgono istanza motivata al giudice tutelare, il quale provvede con Decreto motivato, acquisite le necessarie informazioni e disposti gli opportuni mezzi istruttori (cfr. art. 413 c.c.).

Vi è un'ulteriore ipotesi di revoca: il giudice tutelare provvede anche d'ufficio alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno quando questa si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario: in tale ipotesi se ritenga che si debba promuovere un giudizio di interdizione o di inabilitazione, il giudice ne informa il pubblico ministero, affinché vi provveda (cfr. art. 413, comma 4, c.c.).

Il sistema delle impugnazioni dei provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno è regolato dal c.p.c. (artt. 720 *bis* c.p.c. ss.).

Contro i Decreti del giudice tutelare è ammesso reclamo alla Corte d'Appello, nel termine perentorio di dieci giorni che decorre dalla notifica del

decreto a tutti i partecipanti al giudizio (cfr. art. 719 c.p.c.) e contro i decreti della Corte d'Appello, il Ricorso per Cassazione.

Il reclamo e il Ricorso per Cassazione possono essere proposti dagli stessi soggetti che avrebbero avuto diritto a proporre la domanda, anche se non hanno partecipato al giudizio.

Per quanto riguarda i termini del ricorso di cassazione, in mancanza di espressa previsione, deve farsi riferimento alle previsioni generali: il termine è pertanto di sessanta giorni, in caso di notifica ad istanza di parte e, in caso contrario, di un anno dal deposito del provvedimento.

La proposizione del reclamo non sospende l'efficacia del decreto, che è immediatamente esecutivo.

**Réforme des Tutelles : du majeur incapable à la personne
protégée – une approche comparative des systèmes de
protection des majeurs en droit international**

Convention Nationale des Avocats – Lille – 17 octobre 2008

Contribution pour la Suisse

par

Jean-Louis Collart

MENTHA & ASSOCIES

4, rue de l'Athénée

Case postale 330

CH-1211 Genève 12

Tél. +41 (0) 22 311 22 23

Fax + 41 (0) 22 781 12 12

E-mail jl.collart@mentha.ch

et

Tamara Morgado

Avocate

13, rue Céard

CH-1204 Genève

Tél: + 41 22 319 06 02

Fax: + 41 22 319 06 07

E-mail tamara@etudemorgado.com

La législation actuellement en vigueur en Suisse date de 1912.

Ces dernières années, les réformes des régimes de protection des adultes se sont multipliées dans les pays avoisinant. La tendance générale de ces réformes est, d'une part, de remplacer les mesures « classiques » par des mesures personnalisées, c'est-à-dire sur mesure, afin de mieux prendre en considération les besoins individuels de la personne à protéger et, d'autre part, de donner la possibilité aux personnes d'organiser de manière anticipée leur protection pour le cas où elles deviendraient incapables.

Un projet de loi est en passe d'être adopté par le parlement suisse. Ce projet s'inscrit dans la ligne des réformes législatives intervenues dans plusieurs pays européens.

I. Le droit actuel (articles 360ss Code Civil Suisse (CC))

1) Mesures prévues par le droit actuel :

Le droit actuel de la tutelle prévoit des mesures juridiques en faveur des personnes qui ne sont pas en mesure de sauvegarder elles-mêmes leurs intérêts.

- la tutelle proprement dite (368 à 372)

La tutelle est la mesure la plus rigoureuse et la plus globale. La personne perd sa capacité civile et le tuteur endosse la fonction de représentant légal. La personne interdite ne peut plus exercer ses droits civils. Elle a besoin de l'approbation du représentant légal pour pouvoir s'engager sur le plan juridique, conservant toutefois la capacité de décider seule dans le cadre de l'exercice de droits strictement personnels dans la mesure où elle est capable de discernement.

Les cas d'interdiction sont énumérés de façon exhaustive par la loi.

Il faut être atteint soit de maladie mentale soit de faiblesse d'esprit et être incapable de gérer ses affaires, avoir besoin de soins et de secours permanents ou être une menace pour la sécurité d'autrui.

Quatre autres causes alternatives d'interdiction sont prévues par la loi : la prodigalité, l'ivrognerie, l'inconduite et la mauvaise gestion. Il faut en outre être dans un rapport de causalité avec l'un au moins des effets alternatifs suivants : le risque de tomber dans le besoin, le besoin de soins et de secours permanents et la menace pour la sécurité d'autrui.

Les personnes contraintes de subir une peine privative de liberté d'une année ou plus peuvent également être interdites.

Enfin, il est possible de solliciter une interdiction volontaire.

Une interdiction volontaire suppose l'existence de l'une des trois causes suivantes : la faiblesse sénile (réduction des facultés corporelles ou mentales, étant précisé que cette réduction doit néanmoins laisser à la personne en cause une capacité de discernement

suffisante pour faire la requête d'interdiction), l'infirmité (corporelle, psychique ou caractérielle) ou l'inexpérience (la notion d'inexpérience doit être interprétée de façon restrictive ; il doit d'agir d'une inexpérience caractérisée, de l'ignorance totale de la gestion des affaires en relation avec le caractère (dépression, par exemple)).

L'état déficient d'une personne ne peut aboutir à une interdiction volontaire que s'il a pour conséquence d'empêcher cette personne de gérer convenablement ses affaires. La requête d'interdiction volontaire peut prendre la forme d'un consentement à une proposition d'interdiction faite. Elle doit être claire et non équivoque et doit procéder d'une décision prise librement, avec la capacité de discernement suffisante.

- le conseil légal (395)

S'il n'existe pas de cause suffisante pour interdire des personnes majeures et si néanmoins une privation partielle de l'exercice des droits civils est commandée par leur intérêt, elles sont pourvues d'un conseil légal dont le concours est nécessaire pour les affaires énoncés par la loi tel que pour plaider, acheter ou vendre des immeubles etc....

- la curatelle (392-394)

La curatelle a été prévue par le législateur pour répondre à des besoins bien déterminés et pour remédier à des situations exceptionnelles généralement limités dans le temps.

Contrairement à l'interdiction ou à la mise sous conseil légal, la curatelle n'entraîne aucune limitation de l'exercice des droits civils.

La loi a prévu la curatelle de représentation et la curatelle de gestions des biens.

Ainsi, le curateur est habilité à agir à la place de la personne concernée et de la représenter légalement à l'occasion d'un acte particulier. Le curateur peut également assumer la gestion des biens de la personne.

- la privation de liberté à des fins d'assistance (397a – 397f)

Une personne majeure ou interdite peut être placée ou retenue dans un établissement approprié lorsque, en raison de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'alcoolisme, de toxicomanie ou de grave état d'abandon, l'assistance personnelle nécessaire ne peut lui être fournie d'une autre manière.

2) L'initiative de la mise sous protection

La demande d'interdiction est formée par une requête qui contient l'exposé des faits et des moyens de droit ainsi que les conclusions. Elle indique s'il y a lieu, les noms des témoins à entendre et les pièces justificatives sont jointes.

Peuvent requérir l'interdiction, soit la personne à interdire, soit son conjoint ou l'un de ses parents jusqu'au quatrième degré inclusivement, soit encore, à Genève, le Procureur général.

Dans les cas de demande d'interdiction volontaire, le Tribunal tutélaire, après avoir entendu la personne à interdire, prononce l'interdiction sans autre probatoire s'il a constaté l'existence des faits qui la motivent.

Dans les autres cas, le Tribunal tutélaire établit d'office les faits. Il procède à toutes les mesures probatoires nécessaires à fonder sa conviction, en conformité des règles générales de la procédure. En principe, le Tribunal tutélaire demandera un rapport médical qui devra déterminer :

- si la personne peut être entendue par le Tribunal, soit en s'y déplaçant soit dans le cadre d'un transport sur place du Tribunal ;
- si la personne peut elle-même désigner un curateur ;
- si la personne peut contrôler l'activité du curateur.

Quant au choix du tuteur, la loi prévoit un droit de préférence savoir que l'autorité doit nommer tuteur, de préférence, l'un des proches parents ou alliés ou le conjoint du pupille. Ce privilège, conféré par l'article 380 CC, prévoit que si l'une des personnes susmentionnées est apte à remplir les fonctions de tuteur, l'autorité ne peut désigner un tiers que s'il existe de justes motifs.

Il existe également un droit de proposition prévu par l'article 381 CC qui veut que l'autorité tutélaire nomme la personne désignée par le père ou la mère ou par l'incapable. Cette proposition ne lie pas l'autorité tutélaire mais celle-ci ne peut s'en écarter que s'il existe de justes motifs. Le droit de proposition de l'article 381 CC l'emporte en général sur le droit de préférence de l'article 380 CC. Le bien du pupille requiert en principe que l'autorité nomme tuteur la personne souhaitée par l'incapable ou par ses parents, même s'il ne s'agit pas d'un proche au sens de l'article 380 CC.

II. Un besoin de réforme

- Encouragement de la personne à disposer d'elle-même

Actuellement, grâce au progrès de la médecine, des personnes souffrant de graves maladies voient leur vie prolongée; elles peuvent toutefois être frappées d'une incapacité de discernement d'une durée plus ou moins longue. Par ailleurs, le risque d'être atteint par la maladie d'Alzheimer ou par une démence sénile augmente avec l'âge. C'est pourquoi toute personne devrait, en prévision d'un tel cas, désigner une personne chargée de sauvegarder ses intérêts et, en particulier, une personne qui pourra, en son nom, consentir à un traitement médical ou le refuser. Elle éviterait ainsi de devoir dépendre, un jour, des autorités.

Certains cantons ont réglés dans leur loi sur la santé publique la question des directives anticipées du patient. Mais les procurations données dans des domaines autres que le strict domaine médical soulèvent d'importants problèmes juridiques. Afin de remédier à cette

situation insatisfaisante et d'instaurer une réglementation transparente applicable dans toute la Suisse, le projet de réforme prévoit deux nouvelles institutions juridiques, à savoir le mandat pour cause d'inaptitude et les directives anticipées du patient.

- Renforcement de la solidarité familiale et réduction de l'intervention de l'Etat

Le droit actuel de la tutelle ne connaît pas de mesures spécifiques pour les personnes qui deviennent incapables de discernement et perdent ainsi, de par la loi, l'exercice des droits civils. Il est dès lors impossible que la personne donne un consentement valable à des mesures d'assistance et son patrimoine n'est pas géré si aucune mesure n'a été prise avant que ne survienne l'incapacité de discernement. Ainsi, selon le droit actuel, l'autorité tutélaire doit nommer un tuteur ou un curateur.

Il est prévu dans le projet de réforme que lorsqu'une personne frappée d'une incapacité de discernement n'a pas constitué de mandat pour cause d'inaptitude et que sa représentation n'est pas assurée par une curatelle, son conjoint ou son partenaire enregistré dispose du pouvoir légal de représentation s'il fait ménage commun avec elle ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière.

Le pouvoir de représentation porte sur tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne incapable de discernement, sur l'administration ordinaire de ses revenus et de ses autres biens et si nécessaire, sur le droit de prendre connaissance de sa correspondance et la liquider.

S'agissant des mesures médicales, quelques cantons ont comblé en partie les lacunes existantes en prévoyant dans leur loi sur la santé publique qu'un proche ou un membre de la famille peut consentir à un traitement médical au nom d'une personne adulte incapable de discernement.

Il s'est toutefois révélé indispensable d'adopter une réglementation fédérale.

Le projet de réforme définit l'ordre dans lequel les proches d'une personne incapable de discernement sont habilités, en l'absence de directives anticipées suffisamment précises, à consentir ou non à des soins médicaux à donner à la personne incapable de discernement.

- Amélioration de la protection des personnes incapables de discernement vivant dans une institution

Afin d'améliorer de manière ponctuelle la protection des personnes vivant dans des institutions, le projet de réforme octroie le droit de conclure le contrat qui fixe les prestations à fournir par l'institution et leur coût (contrat d'assistance) à la personne qui est habilitée à représenter la personne incapable de discernement dans le domaine médical. La personne habilitée à conclure le contrat d'assistance n'a toutefois pas la compétence de placer dans une institution médico-sociale ou dans un home la personne qu'elle représente

si celle-ci s'y oppose. Dans ce cas ce sont les dispositions relatives au placement à des fins d'assistance qui s'appliquent. Le projet de réforme fixe également les conditions auxquelles des mesures limitant la liberté de mouvement peuvent être ordonnées.

- Une approche sur mesure

L'interdiction prévue par le droit actuel, qui entraîne la perte de la capacité d'exercer les droits civils, constitue souvent une mesure disproportionnée et stigmatisante pour la personne concernée. Les facultés qu'a une personne d'agir de manière autonome ne sont pas suffisamment exploitées.

Le conseil légal dans sa forme actuelle n'est pas non plus satisfaisant. Cette mesure ne permet d'intervenir que ponctuellement dans l'administration des biens et entraîne une privation partielle de l'exercice des droits civils. En outre, la loi ne prévoit pas la possibilité d'apporter une assistance personnelle à la personne concernée.

Les autorités de protection de l'adulte n'ordonneront désormais plus des mesures standards, mais conformément au principe de la proportionnalité des « mesures sur mesure ». L'assistance étatique sera ainsi limitée, dans chaque cas, au minimum réellement nécessaire.

L'interdiction et le conseil légal n'ayant plus lieu d'être, le projet propose de les remplacer par une seule institution juridique, la curatelle.

III. Les modifications projetées

1) Modifications par rapport aux mesures en place

- La tutelle, le conseil légal et la curatelle sont remplacés par une seule institution : la curatelle.
- La curatelle sera instituée si une personne n'est plus en mesure d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une déficience mentale, d'un trouble psychique ou d'un autre état de faiblesse et si l'appui fourni par des proches ou des services, privés ou publics, ne suffit pas.

4 sortes de curatelle sont prévues :

1. Curatelle d'accompagnement

Une curatelle d'accompagnement est instituée, avec le consentement de la personne ayant besoin d'aide, lorsque celle-ci doit être assisté pour accomplir certains actes. La curatelle d'accompagnement suppose le consentement de la personne ayant

besoin d'aide, qui n'est pas privée de l'exercice de ses droits civils. La personne sous curatelle d'accompagnement continue d'agir elle-même, le rôle du curateur étant seulement de l'aider.

2. Curatelle de représentation

Une curatelle de représentation est instituée lorsque la personne ayant besoin d'aide ne peut accomplir certains actes et doit de ce fait être représentée. Le curateur est le représentant légal de la personne ayant besoin d'aide. Il peut agir pour elle, c'est-à-dire en son nom et avec effet pour elle.

3. Curatelle de coopération

Cette curatelle est instituée lorsque pour sauvegarder les intérêts d'une personne ayant besoin d'aide, il est nécessaire de soumettre certains de ses actes au consentement du curateur.

4. Curatelle de portée générale

Elle remplace l'actuelle interdiction. Comme celle-ci, elle entraîne de plein droit la privation de l'exercice des droits civils. Cette mesure sera notamment instituée si la personne, en raison d'une incapacité durable de discernement, a un besoin d'aide particulièrement prononcé.

Les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées. Ces mesures flexibles permettent d'instituer une assistance juridique adaptée aux besoins.

- Le placement sous autorité d'enfants majeurs interdits n'existera plus.
- La protection juridique du placement à des fins d'assistance dans une institution est renforcée.

La décision médicale de placement doit impérativement être confirmée, après un délai qui ne peut être supérieur à six semaines, par une décision de l'autorité de protection de l'adulte même si la personne concernée n'a pas fait recours contre la décision de placement ni demandé sa libération. De plus, les cantons ne pourront désormais habiliter à ordonner un placement que des médecins disposant des connaissances adéquates. Le projet prévoit encore que l'autorité de protection de l'adulte est tenue d'examiner périodiquement si les conditions du maintien de la mesure sont toujours remplies.

- Autorité interdisciplinaire de protection de l'enfant et de l'adulte

Selon le droit actuel de la tutelle, l'autorité tutélaire est responsable de l'exécution des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte. Dans les cantons romands ou bilingues, à l'exception des cantons du Jura, de Berne et du Valais, l'autorité tutélaire est une autorité judiciaire, un tribunal (GE, NE) ou un juge de paix (VD, FR). Par contre dans beaucoup de cantons de Suisse alémanique, l'autorité tutélaire est l'exécutif communal. Le conseil communal est composé d'hommes et de femmes, qui ont été élus pour des raisons politiques et qui n'ont pas reçu de formation spécifique en matière du droit de la tutelle.

L'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte aura pour effet que toutes les décisions relevant de ce droit seront prises par une même autorité interdisciplinaire. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte sera soit une autorité administrative soit une autorité judiciaire dont l'organisation est laissée aux cantons, sous réserve de principes fondamentaux fixés par le droit fédéral.

2) Nouvelles institutions proposées

Mandat pour cause d'incapacité :

Le mandat pour cause d'incapacité permet à une personne capable de discernement de désigner une personne physique ou morale qu'elle charge de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement.

Au moment où il établit un mandat pour cause d'incapacité, le mandant doit avoir l'exercice des droits civils, c'est-à-dire être majeur et capable de discernement.

Le mandant doit désigner le mandataire nommément et décrire de manière aussi détaillée que possible les tâches qu'il lui confie.

La constitution du mandat se fait par la forme olographe ou authentique.

Il appartient au mandant de prendre les dispositions pour que, le moment venu, l'autorité de protection de l'adulte et le mandataire aient connaissance du mandat. Il pourra demander à l'office de l'état civil d'inscrire la constitution et le lieu de dépôt du mandat dans la banque de données centrale.

La personne désignée comme mandataire est libre d'accepter ou non le mandat.

Directives anticipées du patient :

Par des directives anticipées, toute personne capable de discernement peut fixer, de manière contraignante, les traitements médicaux qu'elle accepte ou qu'elle refuse au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut, en outre, désigner une

personne physique appelée à décider en son nom les soins médicaux à lui administrer si elle ne pouvait plus s'exprimer.

Ainsi, une personne capable de discernement pourra :

- Déterminer les traitements médicaux auxquels elle entend consentir ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement
- Désigner une personne physique qui aura la compétence de consentir en son nom à un traitement médical pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement.

Pour rédiger des directives anticipées, il suffit d'être capable de discernement. Les directives anticipées sont soumises à la forme écrite, c'est-à-dire que seule la signature doit être écrite à la main.

Elles ne s'appliquent qu'au domaine médical, ce qui suppose un contrôle de la part du personnel médical. Le médecin posera le diagnostic et déterminera le traitement médical, conseillera la personne représentant l'auteur des directives et, le cas échéant, en appellera à l'autorité de protection de l'adulte.

Il appartient à l'auteur de directives anticipées de s'assurer que les destinataires en aient connaissance le moment venu. Il peut, par exemple, les déposer chez son médecin traitant. Il peut faire inscrire la constitution et le lieu de dépôt des directives sur sa carte d'assuré.

3) Etat de la réforme

Après des travaux préliminaires débutés en 1993, puis un mandat confié à une commission d'experts interdisciplinaire en 1999, un avant-projet de loi sur la Réforme des Tutelles a pu être soumis à une large procédure de consultation en 2003. Le Conseil Fédéral a soumis un projet de révision du Code Civil Suisse au Parlement Fédéral en juin 2006. Les débats parlementaires ont eu lieu en 2007 et 2008. A la fin de la dernière session des chambres fédérales, tenue au début du mois d'octobre 2008, seules quelques divergences mineures subsistaient entre la Chambre du peuple et la Chambre des cantons. Ces divergences seront débattues et éliminées définitivement lors de la session d'hiver des chambres fédérales, qui se tiendra au mois de décembre 2008.

Ainsi, sous réserve d'un référendum qui semble peu probable, la Réforme des Tutelles en Suisse devrait pouvoir entrer en vigueur au cours de l'année 2009.

La réforme des tutelles :

La protection en *Common Law*

Illustrations « transfrontalières » France/Grande-Bretagne

Paul Hewitt

Associé

Withers LLP

La réforme des tutelles

La protection en *Common Law* - Illustrations « transfrontalières » France/Grande-Bretagne

1. Mouvement de population entre la Grande-Bretagne et la France

Il y a une population importante de Britanniques qui résident maintenant de ce côté de la Manche, et un nombre également important de ressortissants français qui ont choisi le Royaume-Uni pour y habiter.

Les statistiques de l'OCDE basées sur les recensements de 2000 indiquent qu'une proportion non négligeable de cette population est âgée de plus de 65 ans.¹

Nous ne disposons pas encore de statistiques officielles plus récentes, et les diverses estimations ne concordent pas. Il est toutefois évident que les chiffres ont augmenté. Il est estimé que 260 000 Britanniques habitent maintenant en France en permanence ou une partie du temps,² et qu'environ 500 000 Britanniques possèdent des résidences secondaires en France.³

Dans l'autre sens, il est estimé que, depuis 1999, approximativement 15 000 ressortissants français ont émigré au Royaume-Uni chaque année.⁴ Quelques 300 000 Français résident désormais au Royaume-Uni, dont 70 % habitent dans l'agglomération urbaine de Londres.⁵

Ressortissants britanniques âgés de plus de 15 ans résidant en France en 2000

	Nombre de Britanniques en France	Exprimé en % du total
15-24 ans	9 223	12 %
25-64 ans	56 330	74 %
Plus de 65 ans	10 870	14 %
Total	76 423	100 %

¹ Statistiques disponibles sur le site <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx?QueryName=254&QueryType=View>.

² <http://www.guardian.co.uk/world/2008/mar/07/france>.

³ <http://www.newstatesman.com/200408020014>.

⁴ <http://www.guardian.co.uk/world/2006/apr/08/france.ashleyseager>.

⁵ <http://www.telegraph.co.uk/core/Content/displayPrintable.jhtml;jsessionid=FYOOHF11E2YS3QFIQMFCFGGAVCBQYIV0?xml=/propery/2007/02/22/lpfrench122.xml&site=16&page=0> et <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/mar/23/immigration.france>.

R ressortissants français âgés de plus de 15 ans résidant en Grande-Bretagne en 2000

	Nombre de Français en Grande-Bretagne	Exprimé en % du total
15 à 24 ans	18 327	21 %
25 à 64 ans	58 831	69 %
Plus de 65 ans	8 181	10 %
Total	85 339	100 %

2. Statistiques relatives à la maladie d'Alzheimer et autres formes de démence

2.1 Alzheimer Europe

Alzheimer Europe est une initiative européenne visant à accroître la reconnaissance de la maladie d'Alzheimer et des autres formes de démence comme l'une des priorités dans le domaine de la santé publique en Europe. Cette initiative bénéficie de l'appui du gouvernement français. La « Déclaration de Paris » inclut la déclaration suivante, qui ne peut que faire réfléchir :

« Aujourd'hui [en 2006], près de 5,4 millions de citoyens européens souffrent de la maladie d'Alzheimer ou d'une autre forme de démence. En raison du vieillissement de la population dans tous les États Membres de l'Union Européenne, ces chiffres vont aller en augmentant et les chercheurs ont prédit une multiplication par deux de ces chiffres d'ici 2040 en Europe Occidentale et une multiplication par trois en Europe de l'Est. »⁶

⁶ 'Déclaration de Paris : priorités politiques du mouvement Alzheimer en Europe' disponible sur <http://www.dementia-in-europe.eu/upload/SLK56FS387ZG/downloads//ZRCNLVXRLDJS.pdf>.

2.2 Statistiques relatives aux personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer et d'autres formes de démence en Europe

Alzheimer Europe a recueilli des statistiques sur le nombre de personnes souffrant de démence en Europe en se basant sur deux grandes études, Eurodem et Ferri.⁷

Pays	Tranche d'âge	Nombre souffrant de démence (EURODEM)	% de la population	Nombre souffrant de démence (Ferri et al)	% de la population
France (chiffres datant de 2005)	30-99	847 808	1,36 %	760 715	1,22 %
R.-U. (chiffres datant de 2004)	30-89	660 573	1,11 %	621 717	1,04 %

Une nouvelle étude de grande ampleur sur l'impact de la démence au Royaume-Uni a été publiée en février 2007. Elle suggère que le nombre de personnes souffrant de démence au Royaume-Uni a augmenté et atteint maintenant 700 000. Elle estime que 1 000 000 de personnes au Royaume-Uni souffriront de démence en 2025.⁸

2.3 Pertinence pour les juristes en France et au Royaume-Uni⁹

Le vieillissement de la population en Europe et une augmentation correspondante du nombre des personnes ayant des problèmes de capacité ont entraîné des réformes

⁷ Statistiques sur la démence en Europe disponibles sur le site web [suivant : http://www.dementia-in-europe.eu/?Im2=OWQAUJKRXAEZ](http://www.dementia-in-europe.eu/?Im2=OWQAUJKRXAEZ).

⁸ « *The Rising Cost of Dementia in the UK* » (Le coût croissant de la démence au R.-U.). Un rapport sur la prévalence et le coût de la démence préparé par le département *Personal Social Services Research Unit* (PSSRU) de la *London School of Economics* et le *Institute of Psychiatry* à *King's College London*, pour le compte de la *Alzheimer's Society*, 2007, sur le site http://www.alzheimers.org.uk/site/scripts/documents_info.php?categoryID=200120&documentID=342.

⁹ Le Royaume-Uni comprend trois juridictions constitutives – (1) l'Angleterre et le Pays de Galles, (2) l'Écosse et (3) l'Irlande du Nord. Les Îles anglo-normandes sont des dépendances de la Couronne et ne font pas partie du Royaume-Uni (elles prêtent directement serment d'allégeance au monarque régnant – selon la tradition, elles le font parce qu'elles considèrent le monarque comme étant le Duc de Normandie). L'île de Man également est une dépendance de la Couronne. Ni les Îles anglo-normandes, ni l'île de Man ne font partie de l'Union européenne.

légales dans de nombreux pays membres de l'Union Européenne, y compris au Royaume-Uni.

Les niveaux élevés de migrations transfrontalières, qui incluent des nombres substantiels de retraités, signifient qu'il est de plus en plus probable que les juristes soient confrontés à des étrangers ayant des problèmes de capacité.

Exemple A

Un couple britannique âgé possède une « résidence secondaire » en France. Les époux ont tous les deux une très mauvaise mémoire. Ils décident de léguer leur résidence secondaire à leur femme de ménage du pays, qu'ils connaissent depuis trois ans.

Quel droit s'applique pour résoudre tous les doutes concernant leur capacité de comprendre les conséquences de leurs actes (le degré requis de capacité mentale) dans le cas d'un tel don de biens fonciers ?

La réponse serait-elle différente si le couple avait déménagé en France et y avait établi sa résidence habituelle ?

Exemple B

Le même couple britannique âgé a également un compte en banque en France. Il décide de faire don de 200 000 € à son jardinier en échange d'une promesse de sa part de s'occuper du jardin potager des époux tant que ces derniers seraient en vie.

Quel tribunal aurait compétence pour traiter des questions de capacité ? La réponse à cette question est-elle affectée selon s'ils sont habituellement résidents en France, ou seulement de façon temporaire ou saisonnière ?

Exemple C

Quelqu'un vous demande votre opinion sur les affaires d'une ressortissante française qui vient de perdre son mari. Elle a une fille qui habite à Paris et un fils qui habite à Londres. Elle décide d'aller vivre à Londres avec son fils plutôt qu'à Paris avec sa fille.

Elle vend son ancienne résidence conjugale (en France) et dépose le produit de cette vente sur son compte en banque. Elle déclare ensuite qu'elle a décidé d'en transférer le montant à son fils à titre de don.

Sans même parler des questions relatives à l'héritage, qui déciderait si elle a la capacité de faire un tel don ?

3. Quel est le tribunal compétent ?

Le nombre croissant de tels scénarios en France, au Royaume-Uni et dans d'autres pays a suscité un besoin de clarification quant à la détermination du tribunal compétent en fonction des circonstances.

3.1 La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (la « Convention ») et son application à l'Angleterre et au Pays de Galles

*« Le vieillissement de la population mondiale, allié à une plus grande mobilité internationale, a rendu nécessaire une meilleure protection internationale des adultes vulnérables tant par des lois appropriées qu'à travers davantage de coopération internationale. L'augmentation de la durée de la vie dans de nombreux pays s'accompagne d'une augmentation conséquente des maladies liées au grand âge. Comme les voyages internationaux deviennent plus faciles, beaucoup de personnes atteignant l'âge de la retraite font le choix de passer la dernière partie de leur vie à l'étranger. »*¹⁰

Le droit de nombreux pays permet aux adultes de décider à l'avance comment leurs affaires seront gérées au cas où ils perdraient la capacité de gérer ces affaires eux-mêmes, mais ceci soulève des questions inévitables au sujet de la détermination de la loi applicable, des personnes qui vont s'occuper de tels adultes âgés et des pouvoirs qu'auront ces personnes. La Convention « répond à bon nombre de ces questions en fournissant des règles sur la compétence, la loi applicable et la reconnaissance internationale ainsi que l'application des mesures de protection. »¹¹

Le Royaume-Uni, l'Allemagne et la France ont déjà ratifié la Convention. Par conséquent, elle entrera en vigueur dans ces pays le 1^{er} janvier 2009. Cependant, dans le cas du Royaume-Uni, la ratification est limitée exclusivement à l'Écosse.

En Angleterre et au Pays de Galles, la loi « **MCA** » (*Mental Capacity Act*) de 2005, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007, contient une réglementation complète en ce qui concerne le traitement des personnes qui perdent la capacité, et les conflits de lois liés à cela.¹²

¹⁰ « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes – Aperçu de la Convention », disponible sur le site http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=71.

¹¹ Ibid.

¹² Voir Dicey, Morris & Collins *The Conflict of Laws* (Thomson, Sweet & Maxwell), chapitre 21.

L'article 63 et la cédula 3 de la loi MCA incorporent la Convention au Droit anglais, et ils font référence à l'application du Droit international privé en Angleterre et au Pays de Galles. Ceci est entré en vigueur avec l'adoption de la loi MCA le 1^{er} octobre 2007, à l'exception de certains articles qui ne produiront leurs effets complets en Angleterre et au Pays de Galles qu'après l'entrée en vigueur de la Convention le 1^{er} janvier 2009.

Un facteur qui complique les choses est donc le fait que la Convention entrera en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles le 1er janvier 2009, mais que comme cela aura été la conséquence de la législation interne et non de la ratification du traité, l'entrée en vigueur de la Convention ne sera reconnue ni par l'Écosse, l'Allemagne ou la France.

Il s'avère que le Ministère de la Justice est en train de prendre les mesures nécessaires pour assurer sa ratification complète pour l'Angleterre et le Pays de Galles.

3.2 **Dispositions de la loi *Mental Capacity Act* de 2005 concernant les questions de compétence des tribunaux**

La loi MCA esquisse les circonstances dans lesquelles la *Court of Protection* (voir ci-dessous) aura compétence sur les adultes incapables en application des dispositions de la Convention.

La *Court of Protection* aura compétence dans les circonstances suivantes :

- pour un adulte incapable résidant habituellement en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- pour les biens d'un adulte incapable (ceci comprend l'ensemble des choses non possessoires et intérêts portant sur des biens meubles et immeubles) situés en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- pour un adulte incapable qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles, ou qui y possède des biens, si l'affaire est urgente ;
- pour un adulte incapable qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles et à l'égard duquel une mesure de protection temporaire a été prise en ce qui concerne exclusivement l'Angleterre et le Pays de Galles.¹³

En vertu de la cédula 3, paragraphe 7, de la loi MCA, la *Court of Protection* peut également avoir compétence sur un ressortissant britannique si l'Article 7 de la Convention a été respectée. Cela signifie que si les autorités anglaises estiment qu'elles

¹³ Loi MCA de 2005, cédula 3, alinéa 7.

sont mieux placées pour prendre des mesures qu'un autre État contractant ayant compétence en raison du lieu de résidence habituelle de la personne concernée, elles peuvent prendre de telles mesures à condition d'en informer l'État de résidence habituelle. Ceci ne s'applique pas si l'État de résidence habituelle déclare qu'il a pris ou prendra les mesures appropriées, ou s'il a décidé qu'aucune mesure de ce type n'est nécessaire.

En vertu de la cédule 3, paragraphe 8, de la loi MCA et de l'Article 8 de la Convention, les autorités d'un État contractant ayant compétence sur un adulte incapable peuvent solliciter un transfert de compétence dans un autre pays si elles estiment que c'est dans le meilleur intérêt de cette personne. Cet article de la loi MCA entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Sur cette base, si le Lord Chancelier d'Angleterre donne son accord, la *Court of Protection* pourrait se reconnaître compétente sur quelqu'un :

- qui est un ressortissant britannique ;
- dont la résidence habituelle antérieure était en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- qui possède des biens en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- qui a choisi l'Angleterre et le Pays de Galles comme étant l'autorité juridiquement compétente pour prendre des mesures pour son compte et a documenté ce choix dans un document écrit concernant sa protection ;
- pour qui un résident habituel de l'Angleterre ou du Pays de Galles s'est montré prêt à assurer la protection si besoin est ; ou
- qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles, mais seulement en ce qui concerne la protection de sa personne.

Dans l'état actuel des choses, il existe une anomalie en rapport avec l'Article 8 de la Convention : la France ne peut adresser une demande qu'à un autre État contractant, mais en Droit international l'Angleterre et le Pays de Galles ne sont pas des États contractants. Ceci pose un problème technique intéressant sur le plan juridique. Selon une opinion, en vertu de la loi MCA, la *Court of Protection* en Angleterre et au Pays de Galles est compétente pour recevoir une demande d'un État contractant. La France pourrait donc faire une demande, apparemment en dehors des termes de la Convention, et le Tribunal anglais pourrait quand même se déclarer compétent.

Examinons par exemple le cas d'un homme de nationalité britannique qui, ayant décidé d'aller vivre en Provence après son départ en retraite, est devenu résident habituel de la

France et est ensuite devenu mentalement incapable. Sa fille habite toujours à Londres, et elle se déclare prête à accepter la responsabilité de ses affaires financières et personnelles. En vertu des termes de l'Article 5 de la Convention, c'est principalement à la France qu'il incombe de prendre des mesures pour son compte, mais la France pourrait penser qu'il serait dans le meilleur intérêt de cet homme de transférer cette responsabilité à la *Court of Protection* anglaise, de façon que sa fille puisse s'occuper de lui. La France ne pourrait pas faire une telle requête en vertu de l'Article 8, parce que l'Angleterre et le Pays de Galles ne sont pas au nombre des États contractants. Cependant, si elle présentait sa demande à l'Angleterre, l'Angleterre pourrait toujours l'accepter en vertu de la loi MCA.

3.3 **Quel droit la *Court of Protection* appliquera-t-elle ?**

En règle générale, la *Court of Protection* appliquera le Droit anglais. Cependant, si elle estime que, dans une affaire particulière, il existe une « connexion substantielle » avec un autre pays, elle pourra appliquer le droit de ce pays. De même, elle reconnaît que si une mesure de protection a été prise dans un État et est mise en œuvre dans un autre État, le droit de cet autre État régira ladite mise en œuvre.¹⁴ Ces dispositions sont fondées sur les Articles 13 et 14 de la Convention.

Par exemple, si la *Court of Protection* décide que les biens d'une personne situés à l'étranger doivent être vendus à l'étranger, le droit de cet autre pays devrait régir les modalités de la vente.

4. **La loi *Mental Capacity Act* de 2005**

4.1 **Contexte et droits de l'homme**

La loi MCA est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007 après de nombreuses années de consultations et de projets de réforme.

Un facteur important qui a influencé la réforme était le désir de mieux protéger les droits humains des personnes qui sont mentalement incapables. La 'Law Commission', qui conseille le Gouvernement en matière de réforme de la législation en Angleterre et au Pays de Galles, a produit un rapport en 1995 sur l'« Incapacité mentale ».

Ce rapport fait référence à la « Déclaration des droits du déficient mental » des Nations Unies de 1971, selon laquelle « *Le déficient mental doit être protégé contre toute*

¹⁴ Loi MCA de 2005, cédula 3, alinéas 11 et 12.

exploitation, tout abus ou tout traitement dégradant. »¹⁵ La Commission des lois a identifié la Déclaration comme étant l'une des composantes d'un « *corpus considérable d'opinions internationales identifiant une discrimination inacceptable dans les façons dont les personnes souffrant d'handicaps mentaux (et en particulier des maladies mentales) ont été traitées dans le passé par les praticiens de la profession médicale, la loi et la société dans son ensemble.* »¹⁶

Le Royaume-Uni a finalement incorporé en son droit national certains articles de la Convention européenne des droits de l'homme par le biais de la loi *Human Rights Act* de 1998. Les notes explicatives qui accompagnent la loi MCA indiquent qu'elle « *satisfait à l'obligation positive de l'État en vertu de l'Article 8 ... pour assurer le respect de la vie privée.* »¹⁷

4.2 **Synopsis de la loi *Mental Capacity Act* de 2005**

Les principales modifications apportées par la loi MCA sont les suivantes :

- Pour la première fois, le niveau de capacité qu'une personne doit avoir pour pouvoir prendre une décision particulière est codifié, plutôt que basé en jurisprudence. Cinq principes légaux aident à décider comment les décisions doivent être prises et qui doit les prendre.
- Le type de procuration « *Enduring Power of Attorney* » est aboli et remplacé par un autre type de procuration appelé « *Lasting Power of Attorney* » (voir l'explication plus bas).
- La procuration *Lasting Power of Attorney* peut être utilisée pour prendre des décisions financières. Elle peut également servir à déléguer des décisions sur la santé et le bien-être (ce qui n'était pas autorisé auparavant).
- La *Court of Protection* est recréée bénéficiant d'un statut plus élevé.
- La *Court of Protection* peut traiter des questions de bien-être aussi bien que des affaires financières.

¹⁵ *Mental Capacity* (Law Com N° 231) p. 17, citant la *Déclaration des droits du déficient mental*, 1971 Assemblée générale de l'ONU, 26^{ème} session, Résolution 2856, paragraphe 6.

¹⁶ *Mental Capacity* (Law Com N° 231), p. 23.

¹⁷ Notes explicatives de la loi *Mental Capacity Act*, paragraphe 10, disponibles sur le site http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/en/ukpgaen_20050009_en.pdf.

- Un *Office of the Public Guardian* est constitué pour agir parallèlement à la *Court of Protection*.
- Un *Code of Practice* (le « **Code** ») accompagne la loi MCA. Le Code donne des conseils et des informations sur la façon dont la loi MCA est appliquée dans la pratique.¹⁸
- Un nouveau droit légal est créé – une autorité générale permettant d'agir dans des circonstances limitées pour le compte d'une personne rendue incapable.
- Les décisions de refus d'administration d'un traitement médical prises à l'avance faisant partie d'un testament de vie (« *Living Will* ») reçoivent une confirmation en droit.

5. **La Court of Protection**

La *Court of Protection* est le tribunal en Angleterre et au Pays de Galles qui est compétent pour juger les affaires des personnes mentalement incapables. La loi MCA a modifié son statut et ses procédures.

La *Court of Protection* peut désormais :

- décider si une personne a la capacité de prendre une décision particulière ;
- faire des déclarations, prendre des décisions ou prononcer des arrêtés portant sur les finances ou le bien-être de personnes n'ayant pas la capacité requise ;
- décider si une procuration de type *Lasting Power of Attorney* ou *Enduring Power of Attorney* est valide ;
- révoquer des représentants (Deputies) ou des mandataires (Attorneys), (les deux étant des personnes désignées pour servir de représentants légaux afin de prendre des décisions pour le compte des personnes n'ayant pas la capacité requise) qui ne s'acquittent pas de leurs responsabilités ; et
- désigner des représentants (Deputies).

6. **L'Office of the Public Guardian (« OPG »)**

L'*Office of the Public Guardian* a été créé en octobre 2007. Ce bureau a pour rôle de protéger les gens dont l'état mental est tel qu'ils ne sont pas en mesure de prendre des décisions.

¹⁸ Le *Code of Practice* est disponible sur le site <http://www.dca.gov.uk/legal-policy/mental-capacity/mca-cp.pdf>.

Il soutient et supervise les mandataires et représentants qui prennent des décisions pour le compte des personnes mentalement incapables et, si nécessaire, il coopère avec d'autres organisations pour faire des enquêtes en cas d'allégations d'abus par des mandataires ou représentants.

Il donne également des informations sur la capacité mentale au public ou aux professionnels qui peuvent en avoir besoin.

7. **Représentants (Deputies)**

Il est préférable de prendre des décisions individuelles pour chaque type particulier de transaction pour les personnes n'ayant pas la capacité nécessaire. Cependant, la *Court of Protection* a le pouvoir de désigner un représentant (appelé « Deputy ») afin de prendre des décisions pour le compte de quelqu'un qui n'en est pas capable et qui ne sera vraisemblablement pas capable d'en prendre à l'avenir non plus. Des représentants peuvent être nommés pour gérer les biens et les affaires d'une personne. La *Court of Protection* peut également nommer un représentant en matière de bien-être personnel dans des cas limités.

Un représentant doit avoir au moins 18 ans. Normalement, des individus recevant une rémunération pour s'occuper d'un incapable ne devraient pas occuper des fonctions de représentant en raison du risque de conflit d'intérêt.

La *Court of Protection* peut nommer deux représentants, ou plus, et préciser s'ils peuvent agir conjointement ou conjointement et solidairement, ou conjointement dans certains cas et conjointement et solidairement dans d'autres. Les pouvoirs et les devoirs d'un représentant seront définis par des décisions de la *Court of Protection*. L'OPG assurera la supervision de l'application des décisions judiciaires.

8. **Procurations durables *Enduring Powers of Attorney* et *Lasting Powers of Attorney***

La procuration *Enduring Power of Attorney* (« **EPA** ») et la procuration *Lasting Power of Attorney* (« **LPA** ») sont les documents permettant à un donateur de nommer un mandataire pour son compte au cas où le donateur perdrait sa capacité, mais ces deux types de procurations peuvent être utilisées comme des procurations ordinaires avant que le donateur ne devienne incapable.

8.1 **Compétence juridictionnelle pour les procurations *Enduring Power of Attorney* et *Lasting Power of Attorney***

En vertu de l'Article 15 de la Convention, les questions concernant les « *pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts* » sont régies par le droit du pays dans lequel le donateur réside habituellement au moment de la rédaction du document. Ceci peut être changé expressément par écrit stipulant

l'application du droit du pays dont la personne est un ressortissant, ou de celui du pays dans lequel il résidait habituellement auparavant, ou encore de celui du pays dans lequel les biens de cet adulte sont situés, pour ce qui est desdits biens. La façon dont ce pouvoir est exercé est régie par le droit de l'État dans lequel il est exercé.

Ainsi, si un ressortissant français résidait habituellement en Angleterre ou au Pays de Galles au moment où il a accordé une telle procuration, par défaut le droit qui lui serait applicable serait le Droit anglais. Cependant, il pourrait indiquer par écrit qu'il voudrait que le Droit français s'applique, sur la base de sa nationalité, ou sur celle de son ancienne résidence habituelle. Ceci pourrait sembler souhaitable, par exemple dans le cas d'un Français travaillant à Londres depuis de nombreuses années et y ayant établi sa résidence habituelle. Sauf indication contraire, le Droit anglais s'appliquera, mais s'il a l'intention de retourner vivre en France à l'avenir, il serait bénéfique d'appliquer le Droit français dès le début, pour le cas où il deviendrait incapable de façon imprévue.

Il est intéressant de noter que la Convention ne régit que les pouvoirs de représentation pouvant être utilisés quand un adulte devient incapable. Le Droit international ne précise pas clairement quelle est la situation pour les procurations EPA et LPA dans la mesure où elles sont utilisées lorsque le donateur est toujours capable. Selon certains, la procuration serait divisible, et cette Convention s'appliquerait seulement après que le donateur est devenu incapable, tandis que la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation s'appliquerait jusqu'à ce moment.¹⁹

8.2 **Procuration *Enduring Power of Attorney***

La procuration *Enduring Power of Attorney*, qui fut créée en 1985, était la première procuration en Droit anglais qui pouvait continuer à être utilisée après la perte de capacité par le donateur.

Depuis le 1^{er} octobre 2007, il n'est plus possible de créer de nouvelles procurations EPA, mais les procurations EPA existantes, celles qui sont enregistrées aussi bien que celles qui ne le sont pas, demeurent valides. Elles sont donc toujours utilisées aujourd'hui, et elles continueront à l'être pendant de nombreuses années.

Quand un mandataire estime que le donateur est mentalement incapable ou est en train de le devenir, ce mandataire doit enregistrer la procuration EPA auprès de l'OPG. Le mandataire pourra alors continuer à utiliser la procuration EPA. Quand la décision de

¹⁹ Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Rapport explicatif de Paul Lagarde, paragraphe 97.

notifier l'OPG de l'intention d'enregistrer la procuration est prise, le mandataire doit en informer le donateur et certains membres de sa famille stipulés.

Cependant, les EPA ne sont pas sans problèmes. Citons notamment l'insuffisance des mécanismes de protection contre les abus. En outre, ces procurations sont limitées aux biens et aux affaires financières. Elles ne permettent donc pas de les utiliser pour des décisions concernant le bien-être personnel.

8.3 **Procuration *Lasting Power of Attorney***

Depuis le 1^{er} octobre 2007, il n'est plus possible de créer de procurations du type *Enduring Power of Attorney*. Un nouveau type de procuration, appelé *Lasting Power of Attorney* (LPA), a été introduit à leur place.

Il existe deux catégories de procurations LPA :

- une procuration LPA pour les biens et autres affaires (qui porte sur les questions financières et remplace effectivement une procuration EPA) et
- une procuration LPA pour le bien-être personnel (qui porte sur les décisions concernant le bien-être personnel et les soins de santé).

Une procuration LPA doit être produite dans le format prescrit.²⁰ Elle doit être signée par le donateur, le(s) mandataire(s) et au moins un fournisseur de certificat (voir plus bas).

Il est possible de nommer plusieurs mandataires. Ils peuvent être désignés pour agir conjointement, conjointement et solidairement, ou un mélange des deux, en fonction des divers types de décisions à prendre.

Le donateur peut limiter les pouvoirs de son mandataire, et il peut aussi donner des conseils au mandataire sur la façon d'exercer ses pouvoirs, mais sans que ce dernier ne soit tenu de les suivre.

Comme c'est le cas avec une procuration EPA, les mandataires peuvent faire des dons dans certaines circonstances limitées.

Le donateur peut nommer (mais il n'est pas tenu de le faire) jusqu'à cinq personnes à notifier au moment de l'enregistrement de la procuration LPA. À la différence des EPA, les personnes ainsi nommées ne doivent pas obligatoirement faire partie de la famille du donateur.

²⁰ Le format prescrit est stipulé dans la réglementation de 2007 concernant les procurations *Lasting Power of Attorney* et *Enduring Power of Attorney* ainsi que les conseils judiciaires (*Public Guardians*) (SI 2007/1253).

Au moins un fournisseur de certificat est nécessaire pour que la procuration LPA soit valide. La stipulation relative à un fournisseur de certificat est l'un des principaux nouveaux mécanismes de protection du régime de la procuration LPA. Le fournisseur de certificat a un rôle de contrôle, afin de confirmer que le donateur comprend bien le document qu'il signe. Un fournisseur de certificat peut être soit quelqu'un qui connaît personnellement le donateur depuis au moins deux ans, soit une personne ayant les compétences professionnelles et l'expertise nécessaires, notamment des professionnels dans les domaines du droit et des soins de santé. Certaines personnes ne peuvent pas être des fournisseurs de certificat, par exemple le mandataire et les membres de la famille du donateur ou du mandataire.

Une procuration LPA n'est pas valide avant d'avoir été enregistrée auprès de l'OPG. La procédure d'enregistrement comprend la notification des personnes devant être notifiées ainsi que le donateur et ses mandataires, et elle prend environ six semaines. Une fois enregistrée, une procuration LPA est immédiatement reconnaissable car elle est estampée par l'OPG sur toutes ses pages.

8.4 **Procuration *Lasting Power of Attorney* – Biens et affaires**

Il s'agit effectivement de la procuration qui se substitue à une procuration EPA. Les mandataires agissant en vertu d'une procuration LPA Biens et affaires peuvent prendre des décisions sur les questions financières et sur celles qui concernent les biens.

L'article 7.36 du Code contient une liste des types de décisions qu'un mandataire est en mesure de prendre (bien que le donateur puisse exclure certaines de celles-ci). Citons notamment :

- l'achat ou la vente de biens ;
- l'ouverture, la clôture ou la gestion d'un compte en banque, d'épargne ou autre compte ;
- la divulgation d'informations financières du donateur ;
- la revendication, la réception et l'utilisation de prestations, pensions, indemnités et remises pour le compte du donateur ;
- l'encaissement de revenus, d'héritages ou d'autres versements de sommes d'argent pour le compte du donateur ;
- la gestion des affaires fiscales du donateur ;

- le paiement des frais d'hypothèque, de loyers et autres dépenses domestiques du donateur ;
- l'assurance, l'entretien et la réparation des biens du donateur ;
- le placement de l'épargne du donateur ;
- l'offre de dons limités de la part du donateur ;
- le paiement de soins médicaux et résidentiels privés ou de soins infirmiers, ou la revendication du droit aux soins du NHS (*National Health Service*) ;
- l'utilisation de fonds du donateur pour acheter un véhicule ou tout autre matériel dont ce dernier peut avoir besoin ;
- le remboursement des intérêts et du capital de tout prêt contracté par le donateur.

8.5 **Procuration *Lasting Power of Attorney* – Bien-être personnel**

Une procuration *Lasting Power of Attorney* – Bien-être personnel est un document tout nouveau qui n'avait pas d'équivalent jusqu'alors en Droit anglais.

En vertu de cette catégorie de procurations LPA, des mandataires peuvent prendre des décisions sur le bien-être personnel du donateur. Ceci inclut une gamme étendue de sujets. Bien que cette expression ne soit pas définie dans la loi MCA, elle comprend les domaines suivants :

- la détermination de l'endroit où une personne devrait habiter et avec qui elle devrait vivre ;
- la gestion de la vie quotidienne, notamment l'alimentation et l'habillement ;
- avec qui la personne peut avoir des contacts ;
- l'acceptation ou le refus d'examens ou de traitements médicaux pour le compte d'une personne ;
- les arrangements requis pour qu'une personne puisse recevoir un traitement médical, dentaire ou ophtalmologique ;
- la fourniture et l'évaluation de services de soins communautaires ;
- les activités sociales et de loisirs, d'éducation et de formation ;
- le droit d'accès aux informations personnelles ;

- les plaintes relatives aux soins et aux traitements.

8.6 **Quelles décisions relatives au bien-être personnel sont exclues ?**

Certaines décisions qui pourraient être caractérisées comme des décisions de bien-être personnel sont spécifiquement exclues. Il s'agit des décisions suivantes :

- Le traitement de tout trouble mental d'un patient détenu en vertu de la loi *Mental Health Act* de 1983
- Les relations familiales, y compris le consentement au mariage, à l'union civile, aux relations sexuelles, au divorce, à la dissolution du mariage ou de l'union civile et au placement d'un enfant en vue d'adoption
- Le droit de vote

La loi MCA ne s'applique pas non plus aux adultes qui sont vulnérables, mais qui conservent néanmoins leur capacité mentale.

9. **Méthode d'évaluation de la capacité actuellement en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles – une combinaison de *common law* et de droit écrit**

9.1 **Comment la loi définit-elle la capacité et l'incapacité ?**

(a) Capacité

« ...signifie l'aptitude de quelqu'un à faire quelque chose et, dans un contexte juridique, cela fait référence à l'aptitude d'une personne à exécuter un acte juridique particulier tel qu'un testament, un legs ou un contrat, ou, de façon générale, l'aptitude à gérer ses biens et ses affaires. »²¹

(b) Incapacité

« ... l'incapacité de conclure une transaction peut être imposée par la loi pour des raisons de politique ou résulte de l'existence d'une affection mentale. ... De nos jours, l'incapacité du fait de la loi s'applique essentiellement aux enfants, la justification d'un tel principe étant qu'ils ont besoin d'être protégés de leur propre inexpérience et imprudence, ainsi que de la rapacité de tiers. Des considérations

²¹ Lush *Elderly Clients: A Precedent Manual* Jordans 1996, p. 53.

similaires s'appliquent dans le cas des adultes ayant une affection mentale qui les handicape. »²²

9.2 **Détermination de la capacité dans le contexte juridique**

Habituellement, il incombe au médecin d'évaluer la capacité et au juriste de décider si cette capacité est établie ou non. Déterminer si une personne est mentalement capable ou non est une fonction judiciaire ; les médecins sont des témoins experts qui présentent au tribunal les éléments de preuves dont celui-ci a besoin pour prendre une décision.

9.3 **La capacité selon les termes de la loi *Mental Capacity Act* de 2005**

La loi MCA repose sur cinq principes statutaires qui sont exposés à l'article 1 de la loi MCA :

- (a) Une personne doit être présumée capable sauf s'il est établi qu'elle ne l'est pas.
- (b) Une personne ne doit pas être traitée comme étant incapable de prendre une décision, sauf si toutes les mesures possibles pour l'aider à prendre une telle décision ont été prises sans produire de succès.
- (c) Une personne ne doit pas être traitée comme étant incapable de prendre une décision simplement parce qu'elle prend une décision dépourvue de sagesse.
- (d) Une action effectuée ou une décision prise en vertu de la loi MCA directement ou indirectement pour le compte d'une personne incapable doit être effectuée ou prise dans ses meilleurs intérêts.
- (e) Avant que cette action ne soit effectuée ou cette décision ne soit prise, il faut déterminer si le but visé par une telle action ou une telle décision pourrait être atteint tout aussi efficacement en employant une manière qui restreint moins les droits et la liberté d'action de la personne concernée.

9.4 **Bref examen de la capacité en *common law***

Les critères de détermination de la capacité en *Common law* coexistent toujours avec la loi MCA, et ils sont toujours utiles, par exemple pour aider à déterminer les niveaux de capacité requis dans des cas particuliers.

²² Ibid.

(a) **La jurisprudence *Re Beaney deceased***

Le principal critère en *common law* pour ce qui est de l'évaluation de la capacité de faire un don entre vifs est énoncé dans un cas de jurisprudence connu sous le nom de *Re Beaney deceased* [1978].²³ L'affaire concernait un don entre vifs portant sur le principal bien de la personne, sa résidence, à sa fille aînée. Mme Beaney en était à un état avancé de démence, et, quelques jours après son admission dans un hôpital, elle avait signé un acte de donation entre vifs transférant le titre de propriété de sa maison à sa fille, qui s'était occupée d'elle pendant un certain nombre d'années. L'année suivante, elle mourut *ab intestat* en laissant peu de biens à diviser entre ses trois enfants. Ses deux enfants les plus jeunes réclamèrent une déclaration d'annulation du don entre vifs pour cause d'incapacité mentale de leur mère à faire ce don au moment pertinent.

Il a été jugé que le niveau de compréhension dépend du type de transaction. Pour un don entre vifs, s'il s'agit d'un petit cadeau de faible importance par rapport à l'ensemble du patrimoine de la personne concernée, il n'est exigé qu'un faible niveau de compréhension. Cependant, si le don représente le seul bien de valeur importante du patrimoine de cette personne, et s'il équivaut donc à l'exercice d'un droit de préemption sur la future succession, dans un tel cas la personne doit avoir un niveau de compréhension égal à celui qu'elle devrait avoir pour signer un testament.

Le degré de compréhension est donc :

- évalué de façon subjective ; et
- étroitement lié à la fonction en ce sens qu'il varie selon la transaction concernée.

Le juge a estimé que la démence de Mme Beaney était à un stade très avancé et qu'elle n'avait donc pas pu avoir un intervalle de lucidité. Elle n'était pas capable de comprendre qu'elle effectuait un don de bien absolu, et par conséquent, le juge a annulé le don.

²³ 1 WLR 770.

(b) **La jurisprudence *Masterman-Lister v Brutton & Co (1&2)*[2002]²⁴ et l'approche subjective**

Cette affaire concerne la détermination du statut de patient ou non d'une personne aux fins de conduite d'un procès (ce qui fait référence à quelqu'un qui peut être incapable de gérer ou d'administrer ses biens et ses affaires pour cause de trouble mental).

La Cour d'appel a jugé que, aux fins de la conduite d'une procédure judiciaire, le critère de capacité à appliquer est basé sur la détermination de la capacité de compréhension par une partie, avec l'assistance des explications d'experts juridiques et d'autres conseillers suivant les besoins de l'affaire, des questions pour lesquelles son consentement ou sa décision sera vraisemblablement nécessaire pendant le déroulement de la procédure.

10. **Décisions prises pour le compte de personnes qui ne sont plus capables**

10.1 **Testaments statutaires et autres décisions prises par la *Court of Protection***

L'article 16 MCA 2005 confère à cette instance judiciaire des pouvoirs décisionnaires étendus en ce qui concerne une personne incapable. Une telle personne est définie comme « P » (précédemment elle était appelée « le patient » mais ceci n'est plus une terminologie acceptable maintenant parce qu'une telle personne, P, peut ne pas être considérée capable de réaliser une transaction, mais elle peut être considérée capable de réaliser d'autres types de transactions) :

« s.16(2) *La Cour peut –*

- a) par le biais d'un arrêt, prendre une décision ou des décisions pour le compte de P en rapport avec l'objet ou les objets de l'affaire, ou*
- b) nommer une personne (un « représentant ») habilitée à prendre des décisions pour le compte de P en rapport avec l'objet ou les objets de l'affaire. »*

Les pouvoirs de prise de décisions de la Cour en rapport avec les biens et les affaires de P couvrent expressément les autorisations suivantes :

- un don de biens appartenant à P ;
- la liquidation des biens de P ; et

²⁴ EWCA Civ 1889.

- la signature d'un testament pour le compte de P.

Si la *Court of Protection* autorise la signature d'un testament, ce document sera appelé un testament statuaire.

Le critère de capacité dépend du moment et de la fonction :

« s.2(1) Aux fins de la présente loi, une personne est censée être incapable en liaison avec une action si, **au moment de la décision**, elle n'est pas en mesure de prendre cette décision elle-même **en relation avec ladite action** en raison de diminution des fonctions mentales ou de perturbations dans le fonctionnement de l'esprit ou du cerveau. »

« s.3(1) Aux fins de l'article 2, une personne est censée être incapable de prendre une décision pour son propre compte si elle ne peut pas –

- a) comprendre les informations associées à la prise de décision,
- b) se souvenir de ces informations,
- c) utiliser ou analyser ces informations dans le cadre de son processus de prise de décision, ou
- d) communiquer sa décision (soit en parlant, soit par une interprétation gestuelle, soit par tout autre moyen). »

Cinq principes fondamentaux doivent être appliqués par la *Court of Protection* pour déterminer si un testament statuaire sera imposé :

- la supposition selon laquelle P a joui d'un bref intervalle de lucidité au moment de la rédaction du testament ;
- pendant cet intervalle de lucidité, il est supposé que P a une connaissance complète du passé et comprend qu'après la signature du testament, il aura une rechute qui le remettra dans son état mental réel, sur la base du diagnostic médical ;
- le cas particulier de P – et non celui d'une personne hypothétique – doit être pris en compte. Par conséquent, les antipathies ou les profondes affections particulières de P pour une certaine personne ou pour une certaine cause sont des facteurs à considérer ;
- on doit supposer que P agit de façon raisonnable, et qu'il bénéficie des conseils d'un juriste compétent ; et

- l'approche utilisée pour juger le cas de P doit être comparée à un examen général de l'ensemble de la situation plutôt qu'à un examen minutieux des composantes individuelles de sa situation.

10.2 Impact du critère des « meilleurs intérêts »

L'article 1(5) MCA 2005 stipule que toute action entreprise ou décision prise au nom ou pour le compte de la personne incapable doit être entreprise ou prise dans ses meilleurs intérêts.

L'article 4 MCA 2005 stipule que la détermination des meilleurs intérêts d'une personne ne doit pas être effectuée seulement sur la base de l'âge et de l'apparence physique de la personne, de son état ou d'un aspect de son comportement qui pourrait conduire à des conclusions injustifiées sur ce que pourraient être ses meilleurs intérêts. Au lieu de cela, il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et, en particulier, la personne effectuant la détermination doit tenir compte de ce qui suit :

- a) s'il semble vraisemblable que P, à un moment quelconque, aura un intervalle de lucidité en liaison avec l'affaire en question ; et*
- b) si cela semble vraisemblable, à quel moment cela se produira.*

Il existe une obligation de permettre et d'encourager P à participer autant que possible et dans les limites de ce qui est raisonnablement réaliste. Par conséquent, il peut être approprié à un moment quelconque pendant le processus d'évaluation de la demande que quelqu'un aille voir P.

Les souhaits et sentiments passés et présents de P (et, en particulier, toutes les déclarations écrites pertinentes qu'il a faites pendant qu'il était capable), les croyances et valeurs qui influenceraient probablement sa décision s'il était capable, et les autres facteurs dont il tiendrait probablement compte s'il en était capable doivent être pris en compte.

Le demandeur doit tenir compte, s'il est possible et approprié de consulter de telles personnes, des points de vue de :

- a) quiconque a été désigné par la personne comme quelqu'un qui doit être consulté sur le sujet en question ou des points similaires,*
- b) quiconque administre des soins à la personne ou a un intérêt dans son bien-être,*
- c) toute personne ayant reçu une procuration Lasting Power of Attorney de la personne, et*

d) tout représentant désigné par la Cour pour la personne (s.4(7) MCA 2005).

Paul Hewitt

Tel : +44 (0)20 7597 6197

Fax : +44 (0)20 7597 6543

Email : paul.hewitt@withersworldwide.com

www.withersworldwide.com

Reform of Guardianship Law
Protection in Common Law
A cross-border comparison between
France and Great Britain

Paul Hewitt
Associé
Withers LLP

Reform of Guardianship Law

Protection in Common Law - A cross-border comparison between France and Great Britain

1. Population movement between Great Britain and France

There is a significant population of Britons who now live on this side of the Channel, and similarly of French citizens who have chosen the United Kingdom as their home.

OECD statistics based on censuses from 2000 indicate that a sizeable proportion are aged over 65.¹

More recent official statistics are not yet available and there are conflicting estimates. However, it is evident that the numbers have increased. It is estimated that 260,000 Britons now live in France on a full-time or part-time basis,² and there are an estimated 500,000 second homes owned in France by Britons.³

Moving in the other direction, it is estimated that, since 1999, approximately 15,000 French citizens have moved to the United Kingdom annually.⁴ There are now some 300,000 French living in the United Kingdom, 70% of whom live in Greater London.⁵

British citizens aged over 15 living in France in 2000

	No of British in France	Expressed as % of total
15-24 years	9,223	12%
25-64 years	56,330	74%
65+ years	10,870	14%
Total	76,423	100%

¹ Statistics available on <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx?QueryName=254&QueryType=View>.

² <http://www.guardian.co.uk/world/2008/mar/07/france>.

³ <http://www.newstatesman.com/200408020014>.

⁴ <http://www.guardian.co.uk/world/2006/apr/08/france.ashleyseager>.

⁵ <http://www.telegraph.co.uk/core/Content/displayPrintable.jhtml;jsessionid=FYO0HF11E2YS3QFIQMFCFGGAVCBQYIV0?xml=/propery/2007/02/22/lpfrench122.xml&site=16&page=0> and <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/mar/23/immigration.france>.

French citizens aged over 15 living in Britain in 2000

	No of French in Britain	Expressed as % of total
15-24 years	18,327	21%
25-64 years	58,831	69%
65+ years	8,181	10%
Total	85,339	100%

2. Statistics relating to dementia

2.1 Alzheimer Europe

Alzheimer Europe is a European initiative pushing for greater recognition of Alzheimer's disease and dementia as a European public health priority. It is supported by the French government. The 'Paris Declaration' includes the following sobering statement:

*'In 2006, close to 5.4 million citizens in the European Union are living with Alzheimer's disease or another form of dementia. With the ageing of the populations in all the Member States of the European Union, these numbers are set to increase and researchers have predicted a doubling of these figures by 2040 in Western Europe and a trebling of these figures in Eastern Europe.'*⁶

2.2 Statistics of people with dementia in Europe

Alzheimer Europe have collated statistics on the numbers of people suffering from dementia in Europe from two major studies, Eurodem and Ferri.⁷

⁶ 'Paris Declaration on the political priorities of the European Alzheimer movement' available on <http://www.dementia-in-europe.eu/upload/SLK56FS387ZG/downloads/ZRCNLVXRLDJS.pdf>.

⁷ Statistics available on the Dementia in Europe website at <http://www.dementia-in-europe.eu/?lm2=OWQAUJKRXAEZ>.

Country	Age Group	Number with dementia (EURODEM)	% of population	Number with dementia (Ferri et al)	% of population
France (2005 figs)	30-99	847,808	1.36%	760,715	1.22%
UK (2004 figs)	30-89	660,573	1.11%	621,717	1.04%

A major new study on the impact of dementia in the United Kingdom was published in February 2007. It suggests that the number of people with dementia in the United Kingdom has increased to 700,000. It estimates that 1,000,000 people in the United Kingdom will suffer from dementia by 2025.⁸

2.3 Relevance to legal practitioners in France and the United Kingdom⁹

The ageing population in Europe and a corresponding rise in the numbers of people with capacity issues has led to legal reform in many member states of the European Union, including the United Kingdom.

The levels of cross border migration, including significant numbers of retired citizens, mean there is an increasing chance that lawyers will have to deal with foreign nationals with issues of capacity.

Example A

An elderly British couple have a 'maison secondaire' in France. They are noticeably forgetful. They decide to gift the maison secondaire to their local cleaning lady who they have known for three years.

Whose law applies to resolve any doubt as to whether they have a proper understanding (the requisite degree of mental capacity) to make such a gift of real property?

⁸ *The Rising Cost of Dementia in the UK* A report into the prevalence and cost of dementia prepared by the Personal Social Services Research Unit (PSSRU) at the London School of Economics and the Institute of Psychiatry at King's College London, for the Alzheimer's Society, 2007, at http://www.alzheimers.org.uk/site/scripts/documents_info.php?categoryID=200120&documentID=342.

⁹ The United Kingdom has three constituent jurisdictions – (1) England & Wales, (2) Scotland, and (3) Northern Ireland. The Channel Islands are Crown dependencies and are not part of the United Kingdom (they owe allegiance to the reigning monarch direct – tradition has it that they do so in the monarch's capacity as Duke of Normandy). The Isle of Man is likewise a Crown dependency. Neither the Channel Islands nor the Isle of Man are part of the European Union.

Would the answer be different if the couple had moved to France and become habitually resident?

Example B

The same elderly British couple also have a bank account in France. They decide to give €200,000 to their gardener in return for a promise that he will look after their vegetable plot for the rest of their lives.

Which court would deal with the issues of capacity? Does the answer differ according to whether they are temporarily or habitually resident in France?

Example C

You are asked for advice in relation to the affairs of a recently widowed French lady. She has a daughter living in Paris and a son who lives in London. She chooses to move to London to live with her son rather than with her daughter in Paris.

She sells the former matrimonial home (in France) and deposits the proceeds in her bank account. Subsequently she says that she has decided to transfer the sale proceeds to her son as a gift.

Leaving aside any issues relating to inheritance, who would decide whether she has capacity to make this gift?

3. Which court has jurisdiction?

An increase in such scenarios, in France, the United Kingdom and elsewhere, has given rise to the need for clarification as to which court has jurisdiction and in what circumstances.

3.1 The Hague Convention for the International Protection of Adults 2000 (the 'Convention') and its application to England & Wales

*'The aging of the world's population, combined with greater international mobility, has created the need for improved international protection for vulnerable adults by means of legal regulation and international co-operation. The increased lifespan in many countries is accompanied by a corresponding increase in the incidence of illnesses linked to old age. As international travel becomes easier, many people reaching the age of retirement decide to spend the last part of their lives abroad.'*¹⁰

¹⁰ 'The Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults – Outline of the Convention, available at <http://www.hcch.net/upload/outline35e.pdf>.

Many legal systems allow adults to arrange in advance how their affairs will be managed in the event that they become no longer capable of managing their affairs themselves, but this raises inevitable questions about which law will apply, who will look after those adults, and with what powers. The Convention 'addresses many of these issues by providing rules on jurisdiction, applicable law and international recognition and enforcement of protective measures.'¹¹

The United Kingdom, Germany, and France have now ratified the Convention. It will therefore come into force in those countries on 1 January 2009. However, in the United Kingdom, the ratification has been limited to Scotland only.

In England & Wales, the Mental Capacity Act 2005 ('**MCA**'), which came into force on 1 October 2007, provides a complete set of rules concerning people who lack capacity and the conflict of laws.¹²

Section 63 and Schedule 3 of the MCA give effect to the Convention, and make related provision for the private international law of England & Wales. This came into force with the MCA in 1 October 2007, save that certain sections come fully into force in England & Wales once the Convention comes into force, on 1 January 2009.

A complicating factor is therefore that by 1 January 2009 the Convention will have full effect in England & Wales, but because this was achieved by virtue of domestic legislation rather than by ratifying the treaty, this will not be recognised by Scotland, Germany and France.

It is understood that the Ministry of Justice is working on full ratification for England & Wales.

3.2 **Provisions of the Mental Capacity Act 2005 relating to jurisdiction**

The MCA outlines the circumstances in which the Court of Protection (see below) will have jurisdiction over adults lacking capacity, based on the provisions of the Convention.

The Court of Protection will have jurisdiction in the following circumstances:

- for an adult lacking capacity habitually resident in England & Wales;
- for the property in England & Wales of an adult lacking capacity (this includes any chose in action or any interest in real or personal property);

¹¹ Ibid.

¹² See Dicey, Morris & Collins *The Conflict of Laws* (Thomson, Sweet & Maxwell), chapter 21.

- for an adult lacking capacity who is present in England & Wales, or who has property there, if the matter is urgent
- for an adult lacking capacity who is present in England & Wales who has a temporary protective measure proposed in relation to him, which only relates to England & Wales.¹³

Under MCA schedule 3, paragraph 7, the Court of Protection can also have jurisdiction over a British citizen if Article 7 of the Convention has been complied with. This means that if the English authorities feel that they are better placed to take measures than a Contracting State which has jurisdiction by reason of habitual residence, they can take action if they inform the State of habitual residence. This does not take effect if the State of habitual residence states that they have or will take the relevant measures, or has ruled that none are needed.

Under MCA schedule 3, paragraph 8 and Article 8 of the Convention, the authorities of a Contracting State who have jurisdiction over an adult lacking capacity can make a request to have jurisdiction transferred elsewhere, if they consider it to be in his interests. This section of the MCA will come into force on 1 January 2009. On this basis, if the Lord Chancellor agrees, the Court of Protection could accept jurisdiction over someone:

- who is British;
- whose previous habitual residence was England & Wales;
- who has property in England & Wales;
- who chose England & Wales as the authority able to take measures on his behalf in a written document related to his protection;
- who has someone prepared to undertake his or her protection who is habitually resident in England & Wales; or
- who is present in England & Wales, but in relation to the protection of his person only.

As things stand, the anomaly is that under Article 8 of the Convention, France may only make a request to another Contracting State, and in international law, England & Wales are not Contracting States. This raises an interesting technical legal problem. One view is that it seems that, under the MCA, the Court of Protection in England & Wales has the

¹³ MCA 2005 schedule 3 para 7.

jurisdiction to receive a request from a Contracting State. France could therefore make a request, seemingly outside the terms of the Convention, and the English Court could still accept jurisdiction.

Consider, for example, a British man who moved to Provence for his retirement, became habitually resident in France and then lost capacity. His daughter still lives in London, and would be prepared to take responsibility for his financial and personal affairs. Under the terms of Article 5 of the Convention, France has primary responsibility to take measures on his behalf, but France might think it was in his best interests to transfer this responsibility to the English Court of Protection, so that his daughter could care for him. France could not make the request under Article 8, because England and Wales is not a Contracting State. However, if they made a request to England, England could still accept the request under the MCA.

3.3 Which law will the Court of Protection apply?

As a general rule, the Court of Protection will apply English law. However, if it thinks that a matter has a 'substantial connection' with another country, it may apply that country's law. Similarly, it recognises that if a protective measure was taken in one state and implemented in a second state, the law of that second state governs its implementation.¹⁴ These provisions are based on Articles 13 and 14 of the Convention.

For example, if the Court decides that a person's property abroad needs to be sold abroad, the law of the second country should apply to the sale.

4. Mental Capacity Act 2005

4.1 Background and Human Rights

The MCA came into force on 1 October 2007. It followed many years of proposals for reform.

An important factor that influenced reform was a desire to better protect the human rights of those who are mentally incapacitated. The Law Commission, which advises the government on law reform in England & Wales, produced a report in 1995 on 'Mental Incapacity'.

It cited the United Nations' 1971 'Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons', which stated that '*the mentally retarded person has a right to protection from*

¹⁴ MCA 2005 schedule 3 paragraphs 11 and 12.

*exploitation, abuse and degrading treatment.*¹⁵ The Law Commission identified the Declaration as part of a '*considerable body of international opinion which identifies unacceptable discrimination in the ways in which those who have mental disabilities (and especially mental illness) have been dealt with in the past by medical practitioners, the law and society as a whole.*'¹⁶

The United Kingdom finally gave effect in domestic law to sections of the European Convention on Human Rights by the Human Rights Act 1998. The explanatory notes which accompany the MCA note that it '*meets the state's positive obligation under Article 8 ... to ensure respect for private life.*'¹⁷

4.2 **Overview of the Mental Capacity Act 2005**

The main changes effected by the MCA are:

- For the first time, the level of capacity that a person must have to make a specific decision is given a statutory footing. Five statutory principles assist in deciding how decisions are made and who makes them.
- Enduring Powers of Attorney were abolished and replaced by Lasting Powers of Attorney (see below for explanation).
- Lasting Powers of Attorney can be used for financial decisions. They can also be used for delegating decisions about health and welfare (not previously permitted).
- A new Court of Protection was established with a higher status.
- The Court of Protection can decide welfare matters as well as financial matters.
- The Office of the Public Guardian was set up to act alongside the Court of Protection.
- A Code of Practice (the '**Code**') accompanied the MCA. The Code gives guidance and information about how the MCA works in practice.¹⁸

¹⁵ *Mental Capacity* (Law Com No.231) p. 17, citing the *Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons*, 1971 UN General Assembly, 26th Session, Resolution 2856, para 6.

¹⁶ *Mental Capacity* (Law Com No.231), p. 23.

¹⁷ Mental Capacity Act Explanatory Notes, para 10, available at http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/en/ukpgaen_20050009_en.pdf.

¹⁸ The Code of Practice is available online at <http://www.dca.gov.uk/legal-policy/mental-capacity/mca-cp.pdf>.

- A new legal right was created – a general authority to act in limited circumstances for an incapacitated person.
- Advance decisions to refuse medical treatment (*Living Wills*) were given statutory confirmation.

5. **The Court of Protection**

The Court of Protection is the court in England & Wales which deals with the affairs of those who lack mental capacity. The MCA changed its status and procedures.

The Court can now:

- decide whether a person has capacity to make a particular decision;
- make declarations, decisions or orders involving the finances or welfare of people without capacity;
- decide whether a Lasting Power of Attorney or an Enduring Power of Attorney is valid;
- remove Deputies or Attorneys (who are the people appointed to act as representatives to make decisions for those who lack capacity) who fail to carry out their duties; and
- appoint Deputies.

6. **The Office of the Public Guardian ('OPG')**

The Office of the Public Guardian was established in October 2007. Its role is to protect people whose mental incapacity means that they are unable to make decisions.

It supports and supervises Attorneys and Deputies who make decisions on behalf of those who lack mental capacity, and if necessary acts with other organisations to investigate allegations of abuse by Attorneys and Deputies.

It also provides information on mental capacity to the public or professionals who may need it.

7. **Deputies**

The preference is to make individual orders in relation to specific types of transaction for those who lack capacity. However, the Court of Protection has the power to appoint a Deputy to make decisions for someone whose lack of capacity to make such decisions is likely to continue in the future. Deputies can be appointed to manage a person's property and affairs. It is also possible for the Court to appoint a personal welfare Deputy in limited cases.

A Deputy must be at least 18 years of age. Paid care workers should not normally act as a Deputy, because of the potential for there to be a conflict of interest.

The Court can appoint two or more Deputies and state whether they could act jointly or jointly and severally or jointly in respect of some matters and jointly and severally in respect of others. The powers and duties of a Deputy will be set out in orders made by the Court. They will be supervised by the OPG.

8. **Enduring Powers of Attorney and Lasting Powers of Attorney**

The Enduring Power of Attorney ('EPA') and Lasting Power of Attorney ('LPA') are the documents by which a donor appoints an Attorney to make decisions for him in the event of him losing capacity, but both can be used as normal powers of attorney before the donor loses capacity.

8.1 **Jurisdiction relating to Enduring Powers of Attorney and Lasting Powers of Attorney**

Under Article 15 of the Convention, matters relating to '*powers of representation granted by an adult, either under an agreement or by a unilateral act, to be exercised when such an adult is not in a position to protect his or her interests*' are governed by the law of the country where the donor is habitually resident at the time of writing the document. This can be changed, if specified in writing, to the law of the state of which that person is a national, or in which he was formerly habitually resident, or in which that adult's property is located, with respect to that property. The manner in which the power is exercised is governed by the law of the state in which it is exercised.

Thus if a French national was habitually resident in England & Wales at the time of granting a power, by default the law applicable to it would be English law. However, he could specify in writing that he would like French law to be applied, on the basis of his nationality, or former habitual residence. This might be seen as desirable, for instance in the case of a Frenchman working in London for many years who has become habitually resident. Unless otherwise specified, English law will apply, but if his intention is ultimately to return to France, it would be beneficial to apply French law from the outset, in case he unexpectedly loses capacity.

Interestingly, the Convention only relates to powers of representation to be used when an adult loses capacity. It is not clear in international law what the position is for EPAs and LPAs in so far as they are used when the donor still has capacity. One view is that the power would be divisible, so that the Convention would apply after the donor has lost

capacity, and the *Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency* would apply beforehand.¹⁹

8.2 **Enduring Powers of Attorney**

Enduring Powers of Attorney, introduced in 1985, were the first English power of attorney which could continue to be used once the donor had lost capacity.

Since 1 October 2007, it has no longer been possible to create new EPAs, but existing EPAs, both registered and unregistered, remain valid. They are therefore still in use, and will be for many years to come.

When an Attorney believes that the donor is or is becoming mentally incapable, the Attorney is under a duty to register the EPA with the OPG. On that basis the Attorney is entitled to continue to use the EPA. When a decision is made to inform the OPG of an intention to register the power, the Attorney must notify the donor and specified relatives.

However, there are problems with EPAs. Notably, there are limited safeguards against abuse. They are restricted to property and financial affairs and so there is no possibility of using them for personal welfare decisions.

8.3 **Lasting Powers of Attorney**

Since 1 October 2007, it has no longer been possible to create an Enduring Power of Attorney. Instead a new power of attorney, the Lasting Power of Attorney, was introduced.

An LPA can be in one of two forms:

- a property and affairs LPA (which deals with financial matters and effectively replaces an EPA), and
- a personal welfare LPA (which covers decisions concerning personal welfare and healthcare).

An LPA must be produced in the prescribed form.²⁰ It must be signed by the donor, the Attorney(s) and at least one certificate provider (see below).

¹⁹ Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults, Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraph 97

²⁰ The prescribed form is set out in the Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations 2007 (SI 2007/1253).

More than one Attorney may be appointed. They may be appointed jointly, jointly and severally, or a mixture of jointly and jointly and severally for different types of decision.

The donor can restrict an Attorney's powers, and can also give an Attorney non-binding guidance as to how to use those powers.

As with an EPA, Attorneys can make gifts in certain limited circumstances.

The donor may (but does not have to) name up to 5 people whom they wish to be notified when the LPA is registered. Unlike EPAs, the named persons do not have to be related to the donor.

At least one certificate provider is required for a valid LPA. A certificate provider is one of the key new safeguards of the LPA regime. The certificate provider's role is one of scrutiny to confirm that the donor fully understands the document he is signing. A certificate provider can either be someone who has known the donor personally for at least two years or a person with relevant professional skills and expertise including healthcare professionals and legal professionals. Some people cannot be certificate providers, importantly the Attorney and relatives of the donor or the Attorney.

An LPA is not valid until it has been registered with the OPG. This process involves notifying the notifiable persons and the donor and Attorneys and takes around six weeks. A registered LPA is immediately recognisable as it is stamped by the OPG on all pages.

8.4 Lasting Power of Attorney – Property and Affairs

This is effectively a replacement for an EPA. Attorneys acting under a property and affairs LPA can make decisions about financial and property matters.

Paragraph 7.36 of the Code gives a list of the kinds of decisions which an Attorney would be able to make (although the donor may exclude some of these). These might include:

- buying or selling property;
- opening, closing or operating any bank, building society or other account;
- giving access to the donor's financial information;
- claiming, receiving and using benefits, pensions, allowances and rebates on the donor's behalf;
- receiving any income, inheritance or other entitlement on behalf of the donor;
- dealing with the donor's tax affairs;

- paying the donor's mortgage, rent and household expenses;
- insuring, maintaining and repairing the donor's property;
- investing the donor's savings;
- making limited gifts on the donor's behalf;
- paying for private medical care and residential care or nursing fees or applying for entitlement to NHS care;
- using the donor's money to buy a vehicle or any other equipment for other help they need;
- repaying interest and capital on any loan taken out by the donor.

8.5 **Lasting Power of Attorney – Personal Welfare**

A Lasting Power of Attorney Personal Welfare is a new document which had no previous equivalent in English law.

Under this kind of LPA, Attorneys can make decisions about the donor's personal welfare. This includes a wide range of matters. Although there is no definition of the term in the MCA it would include:

- determining where a person should live and with whom they should live;
- day to day care including diet and dress;
- who the person may have contact with;
- consenting to or refusing medical examination or treatment on a person's behalf;
- arrangements needed for a person to be given medical, dental or optical treatment;
- assessment for, and the provision of, community care services;
- social, leisure activities, education and training;
- rights of access to personal information;
- complaints about care and treatment.

8.6 What personal welfare decisions are excluded?

Some decisions which might be characterised as personal welfare decisions are specifically excluded. These are:

- The treatment of the mental disorder of a patient detained under the Mental Health Act 1983
- Family relationships, including consenting to marriage, civil partnership, sexual relations, divorce, dissolution of marriage or civil partnership, and placing a child for adoption
- Voting rights

The MCA also does not apply to adults who are vulnerable, but who nonetheless still have capacity.

9. How capacity is now assessed in England & Wales – a blend of common law and statute

9.1 How does the law define capacity and incapacity?

(a) Capacity

*'...means someone's ability to do something and, in a legal context, it refers to a person's ability to perform a specific juristic act, such as making a will, a gift, a contract..., or generally being able to manage his or her property and affairs.'*²¹

(b) Incapacity

*'... the inability to enter into a transaction, is either imposed by the law for policy reasons or arises by reason of mental disorder. ... Nowadays, incapacity by operation of the law applies principally to children, the underlying policy being that they need to be protected from their own inexperience and imprudence and from the rapacity of others. Similar considerations apply in the case of mentally disabled adults.'*²²

²¹Lush *Elderly Clients: A Precedent Manual* Jordans 1996, p53.

²² Ibid.

9.2 **Determining capacity in the legal context**

Usually it is the doctor's function to assess capacity and the lawyer's to decide if it is established or not. The determination of whether a person is mentally capable or not is a judicial function; doctors are expert witnesses who provide the court with the evidence it needs to decide.

9.3 **Capacity under the Mental Capacity Act 2005**

The MCA is based on five statutory principles, which are set out in section 1 MCA:

- (a) A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks it.
- (b) A person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success.
- (c) A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision.
- (d) An act done or decision made under the MCA for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.
- (e) Before the act is done or decision made, regard must be had to whether the purpose for which it is needed can be as effectively achieved in a way that is less restrictive of the person's rights and freedom of action.

9.4 **Some considerations of capacity in common law**

Common law tests of capacity still exist alongside the MCA, and provide further guidance, for instance as to levels of capacity required in particular circumstances.

(a) ***Re Beaney deceased***

The principal common law test in relation to assessing capacity to make a lifetime gift is set out in a case known as *Re Beaney deceased* [1978].²³ The case concerned a lifetime gift of the individual's principal asset, her home, to her eldest daughter. Mrs Beaney suffered from advanced dementia and a few days after being admitted to hospital she signed a deed of gift transferring her home to her daughter who had cared for her for a number of years. The following year she died intestate leaving few assets to be divided between her three children.

²³ 1 WLR 770.

Her younger children applied for a declaration to have the gift set aside on the basis of her mental incapability to make the gift at the relevant time.

It was held that the level of understanding required depends on the type of transaction. For a lifetime gift, if it is a small gift which is trivial in relation to the person's other assets, a low level of understanding is needed. However, if the gift disposes of the person's only valuable asset, and therefore pre-empts the succession of the estate, then the person needs as much understanding as if they were signing a will.

The degree of understanding is therefore:

- Subjectively assessed, and
- Function-specific in that it will vary according to the transaction concerned.

The Judge held that Mrs Beaney's dementia was very advanced and it was therefore impossible for her to have a lucid interval. She was not capable of understanding that she was making an absolute gift of property and accordingly the deed of gift was set aside.

(b) ***Masterman-Lister v Brutton & Co (1&2)[2002]*²⁴ and the subjective approach**

The case addresses whether a person was a patient for the purposes of conducting litigation (meaning someone unable to manage or administer his property and affairs by reason of mental disorder).

The Court of Appeal held that, for the purposes of conducting legal proceedings, the test of capacity to be applied is whether a party is capable of understanding, with the assistance of such explanation from legal experts and others as the matter might require, the issues on which his consent or decision is likely to be necessary in the course of the proceedings.

10. Decisions made on behalf of those who have lost capacity

10.1 Statutory Wills and other decisions taken by the Court of Protection

Section 16 MCA 2005 gives the court wide powers to make an order concerning a person who lacks capacity. That person is defined as 'P' (previously one referred to 'the patient')

²⁴ EWCA Civ 1889.

but that is no longer acceptable terminology because someone, P, may lack capacity in relation to one transaction but not in relation to other types of transaction):

“s.16(2) The court may –

- a) by making an order, make the decision or decisions on P’s behalf in relation to the matter or matters, or*
- b) appoint a person (a “deputy”) to make decisions on P’s behalf in relation to the matter or matters.”*

The court’s power to make decisions in relation to P’s property and affairs extends expressly to authorising:

- a gift of P’s property;
- the settlement of P’s property ; and
- the execution for P of a Will.

If the Court of Protection authorises the execution of a Will that document is known as a statutory will.

The test for capacity is time and function specific:

*“s.2(1) For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if **at the material time** he is unable to make a decision for himself **in relation to the matter** because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain.”*

“s.3(1) For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable –

- a) to understand the information relevant to the decision,*
- b) to retain the information,*
- c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or*
- d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means).”*

There are 5 core principles to be applied by the Court of Protection in determining whether a statutory will may be made:

- the assumption that P is having a brief lucid interval at the time when the will was made;
- during that lucid interval it is to be assumed that P has full knowledge of the past and will realise that as soon as the will is executed he will relapse back into his actual mental state with his actual prognosis;
- P and not a hypothetical person has to be considered. Therefore, P's particular antipathies or deep affections for a particular person or cause must be considered;
- P must be assumed to be acting reasonably and must be assumed to be being advised by a competent solicitor; and
- the approach of P is "broad brush" rather than an "accountant's pen".

10.2 Impact of 'best interests' test

Section 1(5) MCA 2005 states that any act done, or decision made, for or on behalf of the person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.

Section 4 MCA 2005 stipulates that determining a person's best interests is done not merely on the basis of the person's age or appearance or condition or aspect of behaviour which might lead to unjustified assumptions about what might be in his best interests. Instead, all relevant circumstances must be considered and, in particular, the person making the determination must consider:

- a) whether it is likely that P will at some time have capacity in relation to the matter in question; and*
- b) if it appears likely that he will, when that is likely to.*

There is an obligation to permit and encourage P to participate as fully as possible as far as is reasonably practicable. Therefore, it may be appropriate at some point during an application for someone to visit P.

P's past and present wishes and feelings (and, in particular, any relevant written statement made by him when he had capacity), the beliefs and values that would be likely to influence his decision if he had capacity, and the other factors that he would be likely to consider if he were able to do so must be considered.

The applicant must take into account, if it is practicable and appropriate to consult them, the views of:

- a) *anyone named by the person as someone to be consulted on the matter in question or on matters of that kind,*
- b) *anyone engaged in care of the person or interested in his welfare,*
- c) *any donee of a Lasting Power of Attorney granted by the person, and*
- d) *any deputy appointed for the person by the Court (s.4(7) MCA 2005).*

Paul Hewitt

Tel : +44 (0)20 7597 6197

Fax : +44 (0)20 7597 6543

Email : paul.hewitt@withersworldwide.com

www.withersworldwide.com

CONVENTION NATIONALE des AVOCATS – LILLE
Vendredi 17 octobre 2008 9 H00 – 12 H 45

LA REFORME DES TUTELLES –

Une approche comparative des systèmes de protection majeurs en droit international

Comment est née la

**LOI n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant
réforme de la protection juridique des majeurs (1)?**

Comme nous l'avons pu entendre au cours des différentes interventions depuis ce matin, la loi nationale a été largement inspirée par des législations européennes et il m'a été confié la mission d'évoquer avec vous la mesure de protection des majeurs en Allemagne.

Le législateur allemand a été amené à élaborer dès la fin des années 80 une protection plus adaptée aux personnes vulnérables et a légiféré, résultat de la loi du 12 septembre 1990, rentrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992 (qui a été modifiée en fonction des besoins).

Auparavant, existaient une loi de tutelle des majeurs (Vormundschaft) ainsi qu'une loi de protection en cas de défaillance physique (Gebrechlichkeitspflegschaft).

Le nouveau texte a mis fin à ces deux mesures qui se sont révélées inadaptées et inefficaces et surtout ancrées sur des critères qui ne permettaient pas de prendre en considération la personne même à protéger!

Certes, sous une influence économique, les anciens textes se préoccupaient plus particulièrement de sécuriser le patrimoine de la personne à protéger qu'elle-même.

Sous influence des philosophes, sociologues, politiciens et juristes le gouvernement allemand a souhaité une législation plus appropriée et modulable en fonction de la gravité du caractère du trouble / maladie dont la « personne concernée » (Betroffene) est touchée.

La loi sur la protection légale (rechtliche Betreuung) a été incorporée dans le BGB équivalent de notre Code Civil à partir des § 1896 du BGB.

Selon cet article,

» *Un majeur qui en raison d'une maladie physiologique, psychologique ou mentale ne peut plus gérer même partiellement ses affaires, le tribunal chargé de protection (Vormundschaftsgericht) à sa demande ou sur demande administrative peut nommer un protecteur (Betreuer).*

Cette demande peut aussi être faite par une personne ne disposant pas de la capacité juridique. Si le majeur n'est pas en mesure de gérer ses affaires personnelles en raison d'une incapacité

physique, le protecteur ne peut être nommé qu'à sa demande à moins qu'il n'est plus en mesure de faire connaître sa volonté ».

Il faut mémoriser qu'en 1999, 850 000 personnes étaient concernées par cette mesure sur tout le territoire national (la réunification des deux Allemagnes a eu lieu en 1989/ 1990 enclenchée sur un plan international par l'effondrement du mur de Berlin).

Tous les politiques ont été alertés par le phénomène de l'allongement de l'espérance de vie et le vieillissement corrélatif de la population.

En France, Madame Rose BOUTARIC dans son rapport présenté en vue de l'élaboration de la réforme sur la loi des tutelles au Conseil économique et social a évoqué que plus de 1 % de la population française se trouve actuellement sous un régime de protection juridique (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice), et que le taux de croissance de ces mesures est d'environ 8 % par an. Ses prévisions sont au plus juste étant donné que le nombre des personnes protégées se situe aujourd'hui à 800 000 et pourraient même avoisiner un million de personnes.

Les critiques de l'ancien système en Allemagne étaient multiples car il plaçait la personne à protéger non seulement dans un état de dépendance par rapport à son tuteur mais ne laissait en outre aucune place pour que la volonté et les souhaits de la personne concernée puissent s'exprimer et influencer sur son mode de vie. N'évoquons pas non plus la surcharge des personnes désignées « tuteurs » pour assurer le bon déroulement de la mesure (aspect financier, formation, disponibilité,...).

Aujourd'hui nous parlons d'une **PROTECTION - Betreuung (littéralement "régime des soins")**

La personne à protéger n'est plus déclarée incapable au sens du terme juridique.

La personne majeure qui ne peut plus en raison de sa maladie pourvoir à ses affaires se verra désignée un « protecteur ».

Toutes les dispositions pour enclencher cette protection sont établies dans le **§ 1896 al.1 du BGB**.

Une des conditions principales pour justifier cette mesure est la nécessité d'une aide / intervention.

Celle-ci peut être fondée en l'état

- a) d'une maladie psychologique
- b) d'une maladie mentale
- c) d'un état dépressif
- d) d'un état d'incapacité physique (paralysie)
- e) d'un état de dépendance et de nécessité de prise en charge

à l'aide de toutes mesures d'investigations (témoignages, expertises médicales, ...).

Il est expressément rappelé que le texte vise que la mesure de protection doit s'avérer nécessaire voire indispensable pour la personne à protéger.

L'intervention du protecteur est particulièrement détaillée par la désignation et il est souligné que le législateur a conçu la protection comme une aide à la personne à protéger et chaque intervention dans la sphère et dans l'intimité doit être limitée par le principe du droit fondamental constitutionnel de la « **nécessité** ».

C'est dans ce contexte qu'il faut d'abord chercher dans l'entourage familial / amical de la personne à protéger pour désigner un tuteur "protecteur".

Le § 1898 BGB permet au tribunal de désigner plusieurs tuteurs "protecteurs" ou une personne morale (organisme professionnel ou encore une association légalement habilitée (§1900 BGB).

Il s'agit en effet d'apprécier en fonction des besoins spécifiques de la personne la mise en place d'une mesure de protection (aide à domicile, simple accompagnement pas de nécessité).

Le tuteur "protecteur" doit se soucier de l'état de santé de l'incapable, éviter l'aggravation de cet état ou encore permettre son amélioration (§ 1901 BGB).

Si la personne a mandaté un professionnel aux fins de s'occuper de la gestion de ses affaires patrimoniales avant l'apparition des signes de faiblesse le tribunal devra en tenir compte, également si la personne est toujours capable de missionner quelqu'un (un comptable, conseiller) pour gérer son patrimoine.

Exception, lorsque le mandataire désigné doit être contrôlé, et que la personne à protéger n'est plus en mesure d'effectuer ce contrôle, c'est alors § 1896 al. 3 qui prévoit la nomination d'un contrôleur du protecteur.

Autrement, le mandat trouve sa pleine application.

A tout moment, la personne protégée et son protecteur peuvent informer le tribunal qu'il n'y a plus besoin de maintenir de cette mesure.

La durée de la mesure de protection est limitée à 5 ans. Il appartient au juge de lever la mesure de protection si les circonstances ayant justifiées sa mise en place ont disparu (§ 1908 d BGB).

La loi distingue entre mesure de protection et déclaration d'incapacité, qui est précisée dans le § 104 Nr. 2 BGB et qui dispose « *Est incapable qui n'est pas libre de manifester sa volonté en raison de son état de perturbation malade psychique et s'il ne s'agit pas d'un état passager* ».

Une règle particulière :

Si, effectivement le tribunal s'est réservé un droit d'autorisation pour que les affaires menées par la personne à protéger accompagnée de son protecteur soient valables, il faut préalablement en

référer à la juridiction, surtout, si la personne mettrait en danger ses propres intérêts ou s'il risque d'être impliqué dans des affaires quelque peu délicates et en prévention du risque de ne pas pouvoir ultérieurement justifier de son état d'incapable.

La personne à protéger peut se marier, faire son testament (sous réserve de comprendre sa déclaration et d'en mesurer les conséquences), et un droit d'autorisation n'existe pas dans ces domaines car l'intervention du protecteur n'est pas requise et le droit vote est conservé par le protégé.

Exception, si une mesure de protection élargie est mise en place !



THE ONLY GLOBAL ASSOCIATION OF YOUNG LAWYERS

Convention Nationale des Avocats – Lille Vendredi 17 octobre 2008 9h00 – 12h45

L'AIJA (Association Internationale des Jeunes Avocats) et ses Commissions
Devoirs et droits de l'homme et de la défense d'une part, ainsi que *Clientèle Privée* d'autre part,
vous invitent à participer à sa session de travail:

Réforme des Tutelles : du majeur incapable à la personne protégée - Une approche comparative des systèmes de protection des majeurs en droit international

Au cours de cette session de travail seront d'abord évoquées les grandes lignes de la loi du 5 mars 2007 sur la protection juridique des majeurs qui entrera en vigueur en France le 1^{er} janvier 2009. De fait, les préoccupations à l'origine de cette réforme, qui touchent notamment à la dignité et au respect de la personne protégée, sont partagées par nos voisins internationaux. Il est par ailleurs constant que les pays occidentaux sont confrontés au vieillissement de leur population. C'est ainsi par exemple que les différents Etats de l'Union européenne ont réformé - ou sont en cours de réformer- leur système de protection des majeurs. L'émergence de telles préoccupations similaires appelle, dans ce domaine comme dans d'autres, la mise en place de solutions cohérentes et harmonisées, en phase avec la mondialisation contemporaine des relations juridiques.

Programme

9:00 h Allocution de Bienvenue et Introduction: les Présidents des Commissions organisatrices,
Me Jean-Louis COLLART (Droits de l'Homme), Cabinet MENTHA & Associés, Genève, Suisse
Me Christian MONTANA (Clientèle Privée), Studio Legale GARDENAL & Associati, Milan, Italie

9:15h Présentation:
La réforme du système français – les grandes lignes de la loi du 5 mars 2007
Me Marie-Dominique FLOUZAT-AUBA- Cabinet FLOUZAT-AUBA – Paris
Me Elisabeth GRANIER-ZARRABI – Cabinet GRANIER-ZARRABI - Grasse
Me Emmanuel VOISIN-MONCHO – SCP MONCHO- VOISIN-MONCHO - Cannes

9:45h Présentation:
Les acteurs de la protection :
Intervention de **Madame Anne-Marie DAVID pour la FNAT**
(Fédération Nationale des Associations Tutélaire) - Paris

10:05h Présentation:
La protection en Common Law
Illustrations « transfrontalières » France/Grande Bretagne
Intervention de **Me Paul HEWITT, WITHERS LLP**, Londres

10:30 Pause-café

11:00 Panel:
L'approche comparative : des solutions semblables pour des préoccupations communes ?

Allemagne : Me Winni SCHREIBER-BALDET, Cabinet SCHREIBER-BALDET, Cannes

Angleterre : Me Paul HEWITT, WITHERS LLP, Londres

Belgique : Me Nathalie LABEEUW, Cabinet TIBERGHIEU, Bruxelles

Espagne : Contribution de Me Mercedes CARAL, Cabinet JAUSAS, Barcelone

Finlande : Contribution de Me Ville SALONEN, Vice-Président de la Commission Clientèle Privée de l'AIJA, TALENTOR FINLAND, Helsinki

France : Me Emmanuel VOISIN-MONCHO, SCP MONCHO-VOISIN-MONCHO, Cannes

Italie : Me Elisabetta DEL MONACO, Studio Legale DELGIUDICE, Treviso

Suisse : Me Jean-Louis COLLART, Président de la Commission des Devoirs et Droits de l'Homme et de la Défense de l'AIJA, Cabinet MENTHA & Associés, Genève

12:30 Synthèse et Conclusion:
Me Agnès PROTON, Secrétaire Générale de l'AIJA, Cabinet PROTON, Cannes.

I. Introduction

Toute personne est en principe aptes à être titulaire de droits : droits de la personnalité, droits patrimoniaux ou droits extrapatrimoniaux. L'incapacité est l'exception : n'est en effet incapable que la personne qui est déclarée telle par la loi ou par une décision judiciaire se fondant sur une règle légale.

Il n'existe pas, en droit belge, un régime unique de l'incapacité juridique. Les incapacités frappant une personne majeure, sont de l'ordre de six :

- la mise sous administration provisoire ;
- la minorité prolongée ;
- l'interdiction;
- la mise sous conseil judiciaire ;
- l'interdiction légale.

I. La mise sous administration provisoire¹

Depuis le 31 décembre 2003², le majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état de gérer ses biens, fût-ce temporairement, peut être pourvu d'un administrateur provisoire, en vue de la protection de son patrimoine. La personne sous administrateur provisoire reste capable de passer des actes de caractère personnel. Dans la pratique, l'administration provisoire trouve un terrain d'application important chez les personnes démentes ou de grand âge. Aussi l'alcoolisme et la toxicomanie affectant la volonté et la gestion du patrimoine, peuvent être des raisons de mettre quelqu'un sous administration provisoire.

1. Procédure en désignation

Il s'agit d'une procédure contradictoire.

Qui peut postuler l'administrateur provisoire ?

La personne inapte peut postuler elle-même la désignation d'un administrateur provisoire, ainsi que toute personne intéressée. Celle-ci peut être un conjoint, un cohabitant légal ou un partenaire de fait, un membre de la famille, un ami, un voisin, un avocat, un médecin,...³ Aussi le procureur du Roi est expressément habilité à demander la désignation d'un administrateur provisoire. Enfin, le juge de paix peut désigner d'office un administrateur provisoire lorsqu'il est saisi d'une requête de mise en observation ou de maintien dans un établissement psychiatrique, ou d'une demande de traitement ou de maintien en milieu familial.

Est seul compétent pour connaître des demandes de désignation, le juge de paix de la résidence, ou à défaut, du domicile de la personne à protéger. La requête introductive doit être écrite, contenir des diverses mentions obligatoires, être signée par le requérant ou son avocat et être, sauf cas d'urgence, accompagnée d'un certificat médical circonstancié, ne datant pas de

¹ Articles 488bis a) à k) C.civ.

² Loi du 3 mai 2003

³ P. MARCHAL, 'L'administration provisoire des biens', dans le *Répertoire notariale*, T 1 – Les personnes, livre VIII, Larcier, 2007, 236.

plus de 15 jours, et décrivant l'état de santé de la personne à protéger. Le juge convoque pour les entendre, le cas échéant en présence de leur avocat, la personne à protéger, les personnes vivant avec elle, le requérant et toute autre personne susceptible de fournir des renseignements au juge. Le juge peut également désigner un expert médical.

2. Déclaration de préférence

En 2003, une possibilité est introduite dans la loi par laquelle chacun peut faire une déclaration devant le juge de paix de sa résidence ou de son domicile ou encore devant un notaire, dans laquelle il indique sa préférence en ce qui concerne l'administrateur provisoire à désigner s'il n'était plus en état de gérer ses biens. Ces déclarations sont enregistrées par le greffier ou par le notaire dans un registre central, tenu par la Fédération Royale du Notariat belge. Avant que le juge de paix prenne connaissance de la requête, le greffier doit vérifier si une déclaration a été enregistrée dans le registre précité. Le juge ne peut déroger à ce choix que pour des motifs graves. Cette déclaration peut à tout moment être révoquée par la personne concernée.

3. Personne de confiance

Aussi longtemps que dure l'administration provisoire, l'intéressé a le droit de se faire assister par une personne de confiance. Cette possibilité est introduite dans la loi pour humaniser la protection et renforcer le contrôle de l'administrateur provisoire. Elle sera issue de l'entourage proche de la personne à protéger et apte à améliorer la communication avec les organes de gestion. La personne de confiance exerce un contrôle sur la gestion et peut demander une révision de la mission de l'administrateur. Elle peut enfin fournir une assistance à l'administrateur.

4. Désignation de l'administrateur provisoire

L'administrateur provisoire est désigné par ordonnance motivée. Le juge de paix désigne la personne la plus apte à gérer le patrimoine du protégé, compte tenu de la nature et de la composition des biens, de l'état de santé de la personne ainsi que la situation familiale, mais suivant l'ordre de préférence indicatif de la loi : le père et/ou la mère de la personne à protéger, son partenaire cohabitant, un membre de la proche famille ou, le cas échéant, la personne de confiance de l'intéressé.

L'ordonnance désignant l'administrateur provisoire est publiée dans le Moniteur Belge. La décision est notifiée au bourgmestre du lieu du domicile de la personne protégée pour être consignée dans le registre de la population.

Au plus tard un mois après l'acceptation de sa désignation, l'administrateur provisoire est tenu d'établir un rapport concernant la situation patrimoniale et les sources de revenus de la personne protégée, et de le transmettre au juge de paix et à la personne protégée. Il leur rend en outre compte de sa gestion chaque année et à la fin de son mandat. Ce rapport sera conservé dans un dossier au greffe de la justice de paix.

Le juge de paix peut allouer à l'administrateur provisoire, une rémunération dont le montant ne peut dépasser 3% des revenus de la personne à protéger.

L'administration provisoire prend fin si la mesure ne se justifie plus ou si la capacité de la personne est modifiée par un autre statut civil de protection.

5. Pouvoir de l'administrateur provisoire

L'administrateur provisoire a pour mission de gérer les biens de la personne protégée en bon père de famille ou l'assister dans cette gestion. C'est le juge de paix qui décidera de l'étendue des pouvoirs de l'administrateur provisoire. Le juge peut moduler les pouvoirs⁴.

A défaut d'indications, l'administrateur provisoire représentera la personne protégée dans les actes juridiques et les procédures tant comme demandeur que comme défendeur. Toutefois, il ne pourra agir qu'avec l'autorisation du juge de paix pour divers actes : aliéner les biens meubles et immeubles, emprunter et consentir hypothèque, acquiescer à une demande relative à des droits immobiliers, renoncer à une succession sous bénéfice d'inventaire, accepter une donation ou recueillir un legs, conclure un bail à ferme ou un bail commercial, transiger, agir comme demandeur dans diverses procédures, ...

La personne protégée ne peut disposer valablement par donations entre vifs ou par testament qu'après autorisation par le juge de paix. Aussi pour conclure un contrat de mariage, l'autorisation du juge est nécessaire.

Il règle les frais d'entretien et de traitement à charge de la personne protégée et met à la disposition de celle-ci les sommes qu'il juge nécessaires à l'amélioration de son sort.

6. Sort des actes accomplis par la personne protégée

Tous actes accomplis par la personne protégée après le dépôt de la requête en désignation d'un administrateur provisoire, alors que le pouvoir de les accomplir aurait été donné à l'administrateur provisoire, sont nuls de droit. La nullité est relative et ne peut être demandée que par la personne protégée ou son administrateur provisoire.

II. La minorité prolongée⁵

La minorité prolongée a été créée pour protéger les arriérés mentaux. Peut être placée sous statut de minorité prolongée la personne « dont il est établi qu'en raison de son aliénation mentale grave, elle paraît devoir rester incapable de gouverner sa personne et d'administrer ses biens... ». Par arriération mentale, la loi entend un état de déficience mentale congénitale ou ayant débuté au cours de la petite enfance, par accident ou maladie, caractérisé par un manque de développement de l'ensemble des facultés intellectuelles, affectives et volitives. La loi permet la mainlevée du statut de minorité prolongée.

La demande de mise sous statut de minorité prolongée est faite devant le tribunal de première instance du domicile ou de la résidence de l'arriéré mental, par requête introduite par le père et/ou la mère (si la personne est encore mineure) ou par tout parent (si la personne est majeure), par son tuteur ou par le Procureur du Roi.

Le demandeur joint à la requête un certificat médical ne datant pas plus que 15 jours décrivant la déficience mentale. Le requérant et la personne à protéger sont convoqués et entendus par le juge. Une enquête d'expertise peut être ordonnée. La décision instaurant le statut de la minorité

⁴ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 700.

⁵ Articles 487bis – 487octies du Code civil belge.

prolongée est portée à la connaissance du Ministre de la justice et mentionnée dans le registre de la population, ainsi que sur la carte d'identité de l'intéressé.

La personne sous statut de minorité prolongée sera assimilée quant à sa personne et ses biens à un mineur de moins de 15 ans. Dès lors, pour accomplir des actes juridiques, la personne sous statut de minorité prolongée devra être représentée par ses parents ou son tuteur. Les actes irréguliers sont rescindables en cas de lésion ; ils sont nuls de droit s'il s'agit d'actes soumis à des formes habilitantes.

III. L'interdiction judiciaire⁶

Les causes de l'interdiction sont l'imbécillité ou la démence, lorsqu'elles sont un état habituel. Ce statut veut assurer la protection de toute personne qui, étant frappée de maladie mentale, se trouve de ce fait dans l'impossibilité de se gouverner et d'administrer ses biens.

L'interdiction judiciaire doit être prononcée par le tribunal de première instance du lieu du domicile du futur interdit. Elle est introduite par requête unilatérale motivée et appartient qu'au conjoint, à tout parent ou au Procureur du Roi. Un examen neuro-psychiatrique sera ordonné et la personne à protéger sera interrogée par le juge. Le jugement ou l'arrêt d'interdiction est publié par extrait au Moniteur Belge et le bourgmestre du lieu de la résidence de l'interdit est avisé.

Les effets de l'interdiction sont radicaux : l'interdit est assimilé au mineur non émancipé pour sa personne et pour ses biens. Il est frappé d'une incapacité d'exercice totale. Tous les actes accomplis par l'interdit postérieurement au jour du jugement d'interdiction sont nuls de plein droit.

Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent. Le juge de paix désigne un tuteur et un subrogé tuteur et surveille le fonctionnement de la tutelle.⁷

La procédure d'interdiction étant longue et fort lourde, depuis plus de 25 ans, de moins en moins d'interdictions sont prononcées et la tendance est à leur disparition.⁸

IV. La mise sous conseil judiciaire

La mesure d'adjonction d'un conseil judiciaire vise des personnes inaptes à gérer correctement leurs biens, mais pas affaiblies mentalement au point d'appeler une protection plus rapprochée. La loi prévoit deux causes de nomination d'un conseil judiciaire : la prodigalité⁹ et la faiblesse d'esprit¹⁰. La faiblesse d'esprit est une infirmité mentale qui rend la personne incapable d'administrer convenablement sa personne et ses biens, p.ex. débilité ou sénilité. Est prodigue celui qui, par dérèglement d'esprit de mœurs, dissipe son capital en folles dépenses et de façon habituelle.

⁶ Article 489 C.Civ., art. 502-504 C.Civ., 508-512 C.Civ., 515 C.Civ.; 1238-1253 C.jud.

⁷ P. MARCHAL, 'L'interdiction judiciaire', dans le *Répertoire notariale*, T 1 – Les personnes, livre VIII, Larcier, 2007, 112.

⁸ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 693.

⁹ Art. 513 C.Civ.

¹⁰ Art. 1247 C. jud.

La procédure de mise sous conseil judiciaire est identique à celle de l'interdiction, sauf l'expertise neuro-psychiatrique obligatoire. Le juge choisit le conseil judiciaire des intérêts de la personne, il désigne généralement un juriste.

Cette mesure de protection recourt à l'assistance et non à la représentation. La protection est limitée au patrimoine de la personne protégée. La personne protégée sera assistée dans certains actes précisés par la loi (p.ex. l'emprunt, l'aliénation...). Les actes qui peuvent être valablement accomplis par l'incapable seul ne peuvent pas être annulés. Par contre, les actes requérant assistance et accomplis sans cette dernière après le jugement nommant le conseil judiciaire sont nuls de plein droit.

Les procédures de mise sous conseil judiciaire sont rares et en voie de disparition, au profit de l'administration provisoire¹¹.

V. l'interdiction légale

L'interdiction légale est prévue et réglée par les articles 21 à 24, 87 et 90 du Code Pénal belge et par l'article 7 de la loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle dans le système pénal.

L'interdiction légale enlève aux condamnés à des peines criminelles le droit d'administrer leurs biens et d'en disposer pendant la durée de la peine, sauf par testament et par contrat de mariage.

Le statut de l'interdiction légale n'a pas comme but la protection, mais plutôt l'incapacité de défiance. Elle résulte de la loi et n'est pas prononcée par un juge et tant que telle. Les biens de l'interdit légal sont gérés par un curateur. Les pouvoirs du curateur sont ceux d'un tuteur, à l'exception de ce qui concerne la personne. La famille de l'interdit légal continue à jouir des revenus de celui-ci et le curateur doit lui remettre les sommes nécessaires aux besoins essentiels de la vie et au maintien du niveau de vie qui était le sien avant la condamnation.¹²

¹¹ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 695.

¹² A.-C. VAN GYSEL, *o.c.*, 703.

Brève présentation du système espagnol relatif à la tutelle des majeurs :

En premier lieu nous souhaiterions indiquer que nos réponses ne visent que les dispositions du Code Civil d'application général sur tout le territoire espagnol, en effet, nous ne faisons pas référence aux dispositions spéciales dont la portée n'aura d'importance que dans une régions ou provinces déterminée.

Etablie cette première considération, voici les points commentés :

1. Qui est compétent pour connaître de la procédure de déclaration de tutelle ?

En Espagne, en conformité avec notre loi de procédure civile, est compétent pour connaître d'une demande d'incapacité le Juge de Première Instance du lieu de résidence de la personne affectée par la demande en question.

Cette demande peut être réalisée à la demande du propre incapable, du conjoint ou de la personne se trouvant dans une situation similaire, les descendants, ascendants ou frères du présumés incapables.

Le Procureur de la République peut promouvoir l'incapacité dans l'hypothèse où les personnes indiquées ci avant n'existent pas ou si elles n'en font pas la demande.

2. Quelles sont les causes d'incapacité ?

Selon notre Code Civil, personne ne peut être déclaré incapable sauf si cela se réalise par le biais d'une décision de Justice et selon les causes établies par la Loi.

En effet, sont causes d'incapacité, les maladies ou déficiences persistantes de nature physique ou psychologique empêchant une personne de pouvoir s'autogérer par elle-même.

3. Comment protège t-on un incapable ?

La garde et protection d'une personne ou d'un bien, ou seulement de la personne ou des biens des mineurs ou incapables, se réalisera dans les suivantes hypothèse par le biais de :

- (i) La tutelle.
- (ii) La curatelle.
- (iii) Le défenseur judiciaire.

Les fonctions tutélaires constituent un devoir et devront s'exercer au bénéfice de l'incapable et seront soumises à la protection de l'autorité judiciaire.

Ces mesures pourront être accordées par le Juge, soit d'office soit à la demande de toute personne intéressée pour ce faire.

Par ailleurs, il est possible aux parents de l'incapable de désigner, la biais de testament ou par le biais d'acte authentique les personnes devant assumer la tutelle ou ordonner toute disposition relative à la personne ou aux biens de ses enfants mineurs ou incapables.

Par ailleurs il est également possible pour toute personne ayant une capacité pour agir suffisante, et dans la prévision de sa désignation judiciaire d'incapable, de faire état dans un acte authentique de toute disposition relative à sa personne ou biens lui appartenant, y compris la désignation de tuteur.

Il est important de savoir que les dispositions ci-avant citées devront obliger le Juge au moment de la constitution de la tutelle, sauf si l'intérêt du mineur ou incapable exige toute autre mesure, alors il sera nécessaire que le Juge puisse motiver sa décision.

4. Quand doit-on faire la demande de tutelle ?

Si le Procureur de la République (*ministerior fiscal* en Espagne) ou bien le Juge compétent ont connaissance de l'existence, sur le territoire de leur juridiction, d'une personne devant être soumise à tutelle, le premier en fera la demande et le second devra exécuter, la constitution de la tutelle.

Cette obligation est également à la charge des proches parents et de la personne ayant la garde du présumé incapable dès lors qu'ils ont connaissance de cette circonstance. S'ils ne le font pas, ils seront responsables solidaires quant à l'indemnisation pour dommages et préjudices causés.

Par ailleurs, toute personne peut porter à la connaissance du Procureur de la République ou de l'autorité judiciaire correspondante le fait déclencheur de la tutelle.

C'est alors que le Juge pourra constituer la tutelle, il devra pour ce faire et au préalable écouter les proches parents de la personne dont la tutelle est envisagée, et également du présumé incapable, dans l'hypothèse où celui-ci aurait suffisamment de jugement et s'il a plus de 12 ans.

5. Qui peuvent être les tuteurs ou le tuteur ?

Pour la désignation de tuteurs, auront un droit prioritaire les suivantes personnes :

- (i) La personne désignée par le propre tuteur.
- (ii) Le conjoint survivant au tuteur.
- (iii) Les parents.
- (iv) La personne ou personnes désignées par ceux-ci dans leurs actes de dernières volontés.
- (v) Le descendant, ascendant ou frère qui serait désigné par le Juge.

De façon exceptionnelle, il est possible pour le Juge de modifier cet ordre de priorité, ou faire abstraction de l'une d'elles, si cela s'avère nécessaire dans l'intérêt du mineur ou de l'incapable.

Par ailleurs, il est également possible pour le Juge de désigner en tant que tuteur à une personne qui par ses relations avec le tuteur serait la plus à même d'exercer la tutelle de celui-ci.

Il est important de savoir que, la tutelle peut s'exercer par un seul tuteur, sauf dans les hypothèses suivantes :

- (i) Lorsqu'en raison de circonstances spéciales liées au tuteur ou à son patrimoine, il convient de séparer le tuteur de la personne et le tuteur des biens, chacun d'eux devra agir indépendamment dans le cadre de ses compétences, même si les décisions qui les concernent tout deux devront être prises conjointement.
- (ii) Lorsque la tutelle correspond au père ou à la mère, elle devra être exercée conjointement.
- (iii) Si une personne est désignée tuteur des enfants de son frère, et qu'il est considéré que le conjoint du tuteur exerce également la tutelle.
- (iv) Lorsque le Juge désigne en tant que tuteurs les personnes que les parents du tuteur ont désigné dans leur testament ou dans un acte authentique pour exercer la tutelle de façon conjointe.

Enfin, il est bon de savoir que toute personne peut être déclarée tuteur, dès lors que cette personne peut pleinement faire usage de ses droits civils et dès qu'aucune incompatibilité n'est avérée.

En effet, ne peuvent être désignés tuteurs d'une personnes :

- (i) Ceux qui auraient été privés de leurs droits de garde ou d'éducation par voie judiciaire.
- (ii) Ceux qui auraient été suspendu d'une tutelle précédente.
- (iii) Ceux qui auraient été condamnés à une peine privative de liberté dès lors qu'ils sont entrain de l'assumer.
- (iv) Les personnes condamnées sur la base d'un délit et dont il est possible d'imaginer qu'ils n'exerceront pas correctement la tutelle en question.
- (v) Les personnes ayant une impossibilité de fait leur empêchant d'exercer la tutelle.
- (vi) Ceux qui auraient une quelconque inimitié avec le mineur ou l'incapable.
- (vii) Les personnes dont les agissements sont reprochables ou dont on ignore leur façon de vivre.
- (viii) Ceux qui auraient d'importants conflits d'intérêts avec le mineur ou l'incapable.
- (ix) Les personnes en faillites ou en liquidation judiciaires sauf si la tutelle ne vise que la personne de l'incapable, et non son patrimoine.

Le Juge peut d'office ou à la demande du Procureur de la République, du tuteur ou de toute autre personne intéressée, décréter la destitution du tuteur, après avoir entendu celui-ci, dès lors qu'il serait comparu devant le Juge. Le tuteur pourra être entendu s'il peut se prononcer à ce sujet.

CONGRES DE LILLE DU 17 OCTOBRE 2008

L'INITIATIVE DE LA MISE SOUS PROTECTION DES MAJEURS

Loi du 5 mars 2007

Marie Dominique FLOUZAT-AUBA

Avocat au Barreau de Paris

286 Bd Saint Germain

75007 Paris

Tel + 33(0)1 44 18 95 32

Fax + 33 (0) 1 44 18 95 31

flouzat-aba@club-internet.fr

INTRODUCTION

A 18 ans toute personne capable peut prendre des décisions qui l'engagent.

Pour faire un acte valable il faut être sain d'esprit.

La loi du 5 mars 2007 qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009 réforme la protection juridique des majeurs.

L'article 425 du Code civil définit maintenant la personne majeure susceptible de faire l'objet d'une mesure de protection par celle qui se trouve :

« 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 ».

Le rapport du Conseil Economique et social « Réformer les tutelles » de 2006 fait état de **700 000 personnes** qui font l'objet d'une mesure de protection, soit **un adulte sur 80**.

Les trois mesures de protection restent inchangées il s'agit toujours de :

- la sauvegarde de justice, mesure la plus « souple »
- la curatelle, qui peut être simple ou aggravée
- la tutelle qui est la mesure la plus restrictive.

1) QUI PEUT DEMANDER LA MESURE DE PROTECTION ET POURQUOI

1-1 Les personnes pouvant solliciter une mesure de protection

(art 430 du Code civil)

- la personne qu'il y a lieu de protéger ;
- son conjoint ;
- le partenaire PACSE ;
- son concubin ;
- une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables ;
- une personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique.

La loi du 5 mars 2007 élargit le cercle « familial » des personnes habilitées à former une requête puisque le partenaire pacsé et le concubin sont autorisés par la loi à déposer une requête.

Mais la loi sort du cercle familial puisqu'elle permet à toute personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables de déposer une requête.

La demande peut être également présentée par le Procureur de la République soit d'office soit à la demande d'un tiers.

La procédure d'office par le juge des tutelles disparaît, c'est le Procureur de la République qui a le monopole de la saisine du juge des tutelles lorsqu'il n'est pas saisi par les personnes sus énoncées.

Ainsi le juge des tutelles ne peut plus à la fois se saisir d'office et être juge de l'affaire.

En pratique environ la moitié des dossiers ouverts par le juge des tutelles l'étaient à la demande des services sociaux (communes, OPHLM, départements) ou hospitaliers.

Les médecins, les banques, les notaires avaient également l'habitude d'envoyer des signalements.

Cela était utile lorsque la personne n'avait pas d'entourage familial ce qui n'était pas toujours le cas.

Les juges des tutelles ont eu à faire face à un accroissement des demandes de mise sous protection pour des motifs de surendettement voire de faibles ressources.

Les majeurs concernés se sont trouvés déresponsabilisés, certains ont contesté vivement la mesure de protection pour ces motifs.

La loi du 5 mars 2007 ayant à la fois supprimé comme motif de protection les causes liées à la prodigalité, l'oisiveté, l'intempérance figurant dans la loi du 3 janvier 1968, et modifié les personnes pouvant solliciter une mesure de protection, ce type de problème devrait être appelé à disparaître.

1-2 Les motifs

Il doit être repris les dispositions du Code civil (article 425) à savoir lorsque la personne majeur est : *« 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 »*.

Les causes liées à la prodigalité, l'oisiveté ou l'intempérance (ancien article 488 du Code civil) ont été supprimées.

2) SOUS QUELLE FORME CETTE MESURE DOIT-ELLE ETRE DEMANDEE

2-1 La présentation de la requête

La demande d'ouverture doit être faite sous forme de requête présentée devant le tribunal d'instance du lieu du domicile du majeur à protéger.

En cas d'hospitalisation du majeur en long séjour ou de troubles mentaux elle sera présentée auprès du tribunal d'Instance dans le ressort duquel la personne est hospitalisée.

Dans tous les cas la demande doit être accompagnée à peine d'irrecevabilité d'un **certificat circonstancié** rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le Procureur de la République.

Il n'est plus exigé que ce médecin soit un spécialiste qualité qui résultait de l'inscription sur la liste établie par le Procureur de la République après avis du préfet.

Dans la demande de mise sous protection doivent être exposées les raisons qui conduisent la personne requérante à demander une protection juridique du majeur.

Doivent être notamment joints des documents d'état civil sur la personne à protéger, son domicile, des renseignements sur les proches parents du majeur et le nom et l'adresse du médecin traitant.

2-2 Limites

L'article 428 du Code civil encadre strictement la possibilité d'ordonner une mesure de protection.

Elle ne peut l'être qu'en cas de **nécessité** et :

- lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation;

- par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future.

2-3 Le rôle de l'avocat

L'avocat peut intervenir dans le cadre des procédures de placement juridique soit à la demande du majeur concerné soit à la demande de la personne prenant l'initiative de la mesure de protection.

La loi du 5 mars 2007 stipule que le majeur protégé peut être accompagné d'un avocat ou, avec l'accord du Juge par toute autre personne de son choix.

CONCLUSION

- La réforme du 5 mars 2007 consacre le principe général de la protection de la personne.
- Le mot « **incapable** » disparaît pour être remplacé par « **protection juridique du majeur** ».
- Le placement sous protection juridique sera réservé au seul cas où l'atération des facultés personnelles de l'intéressé est médicalement avérée et si aucune mesure d'encadrement du majeur telle que mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) ou mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) ne peut s'appliquer.

Enfin il est à noter la ratification par la France le 28 juillet 2008 de la convention de la HAYE sur la protection des adultes démontrant ainsi la conscience accrue de la France de la nécessité de développer la protection des adultes vulnérables.

BIBLIOGRAPHIE

Nicolas DELECOURT Sophie MICHON « TUTELLE-CURATELLE Sauvegarde de justice – mandat de protection future Editions du PUIITS FLEURI.

Jacqueline JEAN et Agnès JEAN « Mieux comprendre la tutelle et la curatelle »
Guid'Utile Vuibert.

Droit de la Famille Dalloz Action.

Travaux du Sénat

LA REFORME DE LA PROTECTION DES MAJEURS :

Le déroulement de la protection

I/ LES TYPES DE PROTECTION

La loi du 5 mars 2007 maintient les trois mesures de protection judiciaire susceptibles d'être ordonnées à l'égard d'un majeur vulnérable.

A/ La sauvegarde de justice

Il s'agit d'une mesure de protection légère et temporaire, qui ne peut excéder un an et est renouvelable une fois.

Elle est prévue soit pour une personne qui a un problème ponctuel, soit en préalable à l'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle.

La personne placée sous sauvegarde de justice conserve en principe l'exercice de ses droits, reste capable et peut accomplir toute opération patrimoniale ou extrapatrimoniale sans assistance, ni représentation.

Les actes passés et les engagements contractés par le majeur sous sauvegarde de justice pendant la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès.

B/ La curatelle

Le majeur placé en curatelle, sans être hors d'état d'agir lui-même a besoin d'être assisté ou contrôlé de manière continue dans les actes importants de la vie civile.

Contrairement à la tutelle, la curatelle ne constitue donc pas une mesure de protection générale.

Il convient de préciser que la curatelle est modulable, puisque le Juge peut moduler l'incapacité du majeur en curatelle, en l'augmentant ou en la diminuant.

Il énumère ainsi les actes que le curatelaire a la capacité de faire seul, ou, à l'inverse, peut ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée.

Cet aménagement peut être opéré lors de l'ouverture de la mesure ou ultérieurement.

C/ La tutelle

La tutelle est destinée au majeur qui, en raison de son incapacité d'agir lui-même, a besoin d'être représenté de manière continue dans les actes de la vie civile.

Le Juge peut, selon certaines modalités, alléger les effets de la tutelle.

A ce titre, il peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que le majeur protégé aura la capacité d'accomplir seul ou avec l'assistance du tuteur.

II/ LES MODALITES GENERALES DE LA MESURE

Il convient de préciser que les mesures de tutelle et de curatelle ne peuvent excéder 5 ans (article 441 du Code Civil), et le Juge des tutelles est dans l'obligation, tous les cinq ans, à peine de mainlevée automatique de la mesure, de revoir le dossier.

Il faut aussi préciser, ce qui était déjà le cas précédemment, que la mesure de tutelle ou de curatelle fait l'objet d'une publicité, qui rend celle-ci opposable aux tiers dans un délai de deux ans.

Ces mesures sont prises par des intervenants, appelés aujourd'hui « Mandataires Judiciaires à la Protection des Majeurs » et contrôlés par le Parquet.

Ce terme de « Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs » est uniquement utilisé pour les professionnels, et non pour les membres de la famille qui exercent la sauvegarde de justice, la curatelle ou la tutelle à titre bénévole.

Le principe posé par la loi du 5 mars 2007, de façon encore plus claire que par le passé, est de privilégier la nomination de membres de la famille, plutôt que de professionnels.

III/ LES ACTES JURIDIQUES DU MAJEUR PROTEGE

Il faut maintenant envisager la typologie des actes que peut faire le majeur protégé, seul, assisté ou représenté.

Il convient préalablement de rappeler que les actes antérieurs à l'ouverture de la mesure sont susceptibles d'être attaqués pour nullité.

Cette nullité ne peut concerner que des actes antérieurs de deux ans à la publicité de la mesure.

Le délai pour agir en nullité est de cinq ans.

En ce qui concerne les actes postérieurs à l'ouverture de la mesure, si la personne protégée accomplit seule un acte pour lequel il aurait dû être assisté, l'acte peut être annulé s'il est établi que le majeur a subi un préjudice.

Si, en revanche, il s'agit d'un acte pour lequel le majeur devait être représenté, cet acte est nul de plein droit.

Si le curateur ou le tuteur accomplit seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée seule, ou qui aurait dû être fait par lui, mais avec l'autorisation du Juge, l'acte est là-aussi nul de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice.

A/ La protection du logement, des meubles meublants et des effets personnels du majeur

La loi du 5 mars 2007 a prévu, que le majeur soit en curatelle ou en tutelle, que la personne chargée de la seule protection ne peut, *a priori*, procéder seul à un acte qui remettrait en cause la jouissance par un majeur protégé de son logement et de ses meubles meublants.

S'il le fait, il faut qu'il justifie d'un intérêt spécifique et qu'il ait une autorisation spéciale du Juge des tutelles.

Si le but de cet acte de disposition sur le logement vise à faire entrer le majeur dans un établissement spécialisé, il faut aussi l'avis d'un médecin inscrit sur la liste des Experts judiciaires établie par le Procureur de la République, et non plus du médecin traitant, comme par le passé.

Théoriquement, on ne peut en aucun cas disposer des effets personnels, des objets ou des souvenirs de nature familiale appartenant au majeur protégé.

B/ La vie du majeur protégé

Il faut envisager le mariage et le divorce, mais aussi le PACS.

De plus, le majeur peut être concerné par une donation ou un testament.

1°) Le mariage :

Le majeur sous curatelle a besoin d'une autorisation du curateur, ou à défaut du Juge des tutelles, pour se marier (article 460 al. 1^{er} du Code Civil).

S'il est sous tutelle, il faut une autorisation du Juge des tutelles (ou du Conseil de famille), rendu après audition des futurs conjoints, et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

A la différence du passé, l'avis du médecin traitant n'est plus requis.

Le majeur en curatelle ou en tutelle ne peut passer de convention matrimoniale sans être assisté par son curateur ou son tuteur.

En présence d'un époux chargé d'une mesure de protection, un changement de régime matrimonial nécessite, préalablement à la signature de l'acte notarié, une autorisation du Juge des tutelles.

2°) Le divorce :

En cas de divorce, la règle selon laquelle aucun divorce par consentement mutuel ou sur acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut concerner un majeur protégé est confirmée.

Si l'époux est demandeur, le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance du curateur.

S'il est défendeur, il se défend avec l'assistance du curateur.

En cas de tutelle, la demande en divorce au nom du majeur est présentée par le tuteur, avec autorisation du Juge des tutelles ou du Conseil de famille.

S'il est défendeur, l'action est exercée contre le tuteur, sans qu'il y ait besoin d'autorisation spécifique.

Quid des demandes reconventionnelles ?

3°) Le PACS :

Le droit français a institué le PACS (Pacte Civil de Solidarité).

Il faut aussi envisager cette possibilité pour le majeur protégé.

La personne en curatelle signe la convention avec l'assistance de son curateur.

En cas de tutelle, il faut l'autorisation préalable du Juge des tutelles ou du Conseil de famille, s'il est constitué, après audition des futurs partenaires, et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

Le tuteur doit apporter son assistance à la signature de la convention.

En revanche, ce qui est surprenant, aucune assistance du curateur ou du tuteur, ni aucune représentation par le tuteur n'est prévue pour la déclaration conjointe au Greffe du Tribunal d'Instance.

L'enregistrement du PACS revêt donc un caractère strictement personnel.

Concernant la rupture du PACS, le majeur en curatelle peut seul rompre le PACS et remettre ou adresser la déclaration conjointe au Greffe du Tribunal d'Instance.

En cas de rupture unilatérale, le majeur en curatelle peut rompre seul le PACS, mais l'assistance du curateur pour signifier la rupture unilatérale à son partenaire et adresser ou remettre copie au Greffe est obligatoire.

En cas de tutelle, le majeur en tutelle peut rompre seul le PACS ; aucune assistance ni représentation ne sont requises pour l'accomplissement des formalités relatives à la rupture lorsque celle-ci est conjointe.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une rupture unilatérale, la signification de la décision de rompre le PACS est opérée à la diligence du tuteur.

De même, la décision de rupture de l'autre partenaire est signifiée au tuteur.

Enfin, le tuteur, autorisé par le Juge des tutelles ou le Conseil de famille, s'il est constitué, peut rompre lui-même le pacte après audition de l'intéressé et après recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

En ce qui concerne la liquidation du PACS, le majeur en curatelle doit être assisté pour les opérations de liquidation et d'évaluation des créances entre les partenaires.

Le majeur en tutelle est représenté par le tuteur pour ces mêmes opérations.

4°) La donation :

La personne en curatelle ne peut faire de donation qu'avec l'assistance de son curateur.

Le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsqu'il est bénéficiaire de la donation.

Il doit donc être désigné un curateur *ad hoc*.

La personne en tutelle peut, avec l'autorisation du Juge et du Conseil de famille, s'il a été constitué, être assisté ou au besoin représenté par le tuteur pour faire une donation.

5°) Le testament :

La personne en curatelle peut librement tester sous réserve des dispositions de l'article 901 du Code Civil, c'est-à-dire de la nullité pour insanité constatée dans les cinq ans du décès.

Concernant le majeur sous tutelle, si le testament a été établi avant l'ouverture de la mesure, il reste valable, sauf s'il est établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu.

Si le testament est établi après l'ouverture de la tutelle, la personne en tutelle ne peut, à peine de nullité, tester qu'avec l'autorisation du Juge ou du Conseil de famille, s'il est constitué.

Le majeur peut aussi révoquer seul un testament fait avant ou après l'ouverture de la mesure de protection.

C/ La gestion du patrimoine du majeur protégé

1°) La vente – l'apport en société :

Désormais, l'autorisation de vendre ou d'apporter en société un immeuble, un fonds de commerce ou des instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé n'est soumis qu'à la réalisation d'une mesure d'instruction exercée par un technicien, ou par le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés (article 505 al. 3 du Code Civil).

En cas d'urgence, le Juge peut déroger à l'accord préalable du Conseil de famille.

Il a la faculté, par décision spécialement motivée prise à la requête du tuteur, d'autoriser en lieu et place du Conseil de famille, la vente d'instruments financiers.

Toutefois, le tuteur doit en rendre en compte sans délai au Conseil de famille, qui décide du emploi (article 505 al. 4 du Code Civil).

2°) Les baux :

Les baux consentis par le tuteur ne confèrent au preneur, à l'encontre de la personne protégée devenue capable, aucun droit au renouvellement et aucun droit de se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail, quand bien même il existerait des dispositions légales contraires.

Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux baux consentis avant l'ouverture de la tutelle et renouvelés par le tuteur (article 504 al. 3 du Code Civil).

C/ Les contrats de gestion de valeurs mobilières et d'instruments financiers :

Le Conseil de famille, ou à défaut, le Juge, peut autoriser le tuteur à conclure un contrat pour la gestion de valeurs mobilières et instruments financiers de la personne protégée.

Le tuteur choisit le tiers cocontractant en considération de son expérience professionnelle et de sa solvabilité.

Il peut à tout moment, et nonobstant toute stipulation contraire, résilier le contrat au nom du tuteur (article 500 al. 3 du Code Civil).

D/ Les successions dont bénéficie le majeur protégé :

Le tuteur ne peut en principe accepter une succession échue à son protégé qu'à concurrence de l'actif net (article 507-1 al 1^{er} du Code Civil).

Le tuteur peut être autorisé par le Conseil de famille, ou à défaut, par le Juge, à accepter purement et simplement une succession si l'actif dépasse manifestement le passif (article 507-1 al. 1^{er} Code Civil).

Le tuteur ne peut renoncer à une succession échue à la personne protégée sans l'autorisation du Conseil de famille, ou à défaut du Juge (article 507-1 al 2 du Code Civil).

En ce qui concerne le partage, le partage à l'égard d'une personne protégée ne peut être fait à l'amiable que sur autorisation du Conseil de famille ou du Juge, qui désigne s'il y a lieu un Notaire pour y procéder.

Le partage peut n'être que partiel (article 507 al. 1^{er} du Code Civil).

L'état liquidatif est soumis à l'approbation du Conseil de famille, ou à défaut, du Juge.

Cette formalité remplace l'homologation qui existait précédemment.

E/ L'assurance-vie :

Le nouvel article L.132-3-1 al. 1^{er} du Code des Assurances soumet à l'autorisation du Juge des tutelles, ou à celle du Conseil de famille s'il est constitué :

- la souscription, le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie,
- la désignation, la substitution du bénéficiaire.

Lorsque le bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie est le curateur ou le tuteur, il est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée, ce qui impose la désignation d'un curateur ou d'un tuteur *ad hoc*, en l'absence de curateur ou tuteur subrogé.

L'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance sur la vie, conclu moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la curatelle ou de la tutelle du stipulant, peut être annulée

sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés (article L.132-3-1 al. 3 du Code des Assurances).

F/ Compromis & transactions :

Le tuteur ne peut transiger ou compromettre au nom de la personne protégée qu'après avoir fait approuver par le Conseil de famille, ou à défaut, par le Juge, les clauses de la transaction ou du compromis, et le cas échéant la clause compromissoire (article 506 du Code Civil).

G/ Achat & prise à bail ou à ferme d'un bien de la personne protégée par son tuteur :

Le tuteur peut, sur autorisation du Conseil de famille, ou à défaut, du Juge, acheter les biens de la personne protégée ou les prendre à bail ou à ferme (article 508 du Code Civil).

Deux conditions doivent être réunies :

1°) Le tuteur ne doit pas être mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

2°) L'opération ne doit être décidée qu'à titre exceptionnel et dans l'intérêt de la personne protégée.

L'acte ne peut être conclu qu'avec un tuteur subrogé ou un tuteur *ad hoc*.

Me Elisabeth GRANIER-ZARRABI
Avocat au Barreau de Grasse

Le Mandat de protection future

L'article 477 du code civil définit ce mandat par son but : la représentation d'une personne qui ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts - en premier lieu ses intérêts patrimoniaux mais le mandat peut s'étendre à la protection de la personne (article 479).

Innovation issue de la loi du 5/03/2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

ENTREE EN VIGUEUR

Le 1° janvier 2009

Innovation attendue depuis longtemps et surtout création d'un régime parallèle à celui de la tutelle et de la curatelle ouvert pour les mêmes raisons mais fonctionnant différemment sans l'intervention du juge des tutelles sauf cas précis et ponctuels et concernant d'abord les intérêts patrimoniaux.

Le mandat de protection future peut être confiée à une personne physique dès la publication de la loi toutefois le mandat ne pourra prendre effet qu'à compter du 1° JANVIER 2009 et en application du principe de subsidiarité édicté par l'article 428 du code civil ce mandat s'impose au juge s'il assure une protection suffisante du majeur.

Ce dispositif permet à toute personne de désigner - pour le jour où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts un ou plusieurs mandataires chargé de la représenter : il s'agit du mandat de protection pour soi même- il peut être établi sous seing privé et la loi a créé également le mandat de protection future pour autrui qui doit permettre aux parents d'un enfant handicapé de désigner une ou plusieurs personnes de confiance pour assumer la protection de cet handicapé le jour où ils ne sont plus aptes à le faire eux mêmes. Il doit être établi devant notaire.

LES DISPOSITIONS COMMUNES AUX DEUX FORMES DE MANDAT: procuration générale? A/ Les acteurs

1/ Le mandant

- pour le mandat de protection future pour soi même article 477 al 1 et 2 du code civil
 - toute personne majeure ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle
 - toute personne en curatelle avec l'aide du curateur
- pour le mandat pour autrui article 477 al 3 du code civil
 - les parents ou le dernier vivant des père et mère ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou de curatelle exerçant l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assumant la charge MATERIELLE et AFFECTIVE de leur enfant majeur.

2/le mandataire

Le mandant peut charger une ou plusieurs personnes par un même mandat (article 477 al 1 et 3 du code civil)

le mandataire est soit une personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L 471-2 du Code de l'action sociale et des familles (article 477 du code civil et 480 al 1)

et doit jouir de la capacité civile pendant toute l'exécution de son mandat (article 480 al 2 du code civil)

3/le bénéficiaire du mandat

pour le mandat de protection pour soi même c'est le mandant qui ne peut plus pourvoir à ses intérêts (article 425 du code civil)

pour le mandat de protection future pour autrui c'est l'enfant qui ne peut plus pourvoir " seul " à ses intérêts pour les causes prévues à l'article 425 du code civil.

B//l'objet du mandat et sa mise en oeuvre

le mandat est destiné à la protection de la personne et de ses intérêts: il peut être limité expressément à l'une de ces deux buts seulement (article 425 al 2 du code civil)
Si le mandat est complet les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2 du code civil et toute stipulation contraire est réputée non écrite.

1/ouverture de la mesure

l' établissement d'un certificat médical :il faut un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionné à l'article 431 déclarant que le mandant se trouve dans une des situations visées à l'article 425 le mettant dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts.

Le mandataire produit alors au greffe du Tribunal d'Instance ce certificat médical et son mandat (article 481 al 1 et 2 du code civil) , le greffier vise le mandat , date sa prise d'effet et le restitue au mandataire (article 481 al 2 du code civil)

la mise en oeuvre

pour le mandat de protection pour soi même c'est l'article 481 al 1 du code civil qui s'applique : dès qu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts
pour le mandat pour autrui au jour où le mandant décède ou ne peut plus s'occuper de l'enfant selon l'article 477 al 3 du code civil

l'inventaire est le premier acte que doit accomplir le mandataire.

2/exécution du mandat

Le mandataire établit les comptes , gère le patrimoine - il peut se faire aider à titre spécial pour cette gestion ou y substituer un tiers (article 480 al 3 du code civil et il ne peut se faire décharger de sa mission que par le juge des tutelles , il est responsable dans les conditions prévues à l'article 1992 du code civil et il exerce son mandat à titre gratuit sauf stipulations contraires (article 419 du code civil)enfin le juge des tutelles peut décider d'ouvrir une mesure de protection complémentaire si nécessaire

sanctions :rescision ou annulation des actes du mandataire

tout acte passé par le mandataire peut être rescindé pour simple lésion ou réduit en cas d'excès alors même qu'il pourrait être annulé (article 414-1 du code civil) seule l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi seront pris en considération par les tribunaux: l'action n'appartient qu'à la personne protégée et après sa mort à ses héritiers et s'éteint par un délai de 5 ans prévu à l'article 1304 du code civil

2//la fin du mandat

soit par un certificat médical constatant le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé soit par le décès de la personne protégée ou sa mise sous tutelle soit par sa révocation décidée par le juge des tutelles.

Il existe deux formes de mandats : le mandat pour soi même et le mandat pour autrui

LE MANDAT NOTARIE

Il s'agit obligatoirement du mandat de protection future pour autrui (article 477 al 4 du code civil)
la forme : il s'agit d'un acte authentique reçu par un notaire choisi par le mandant.

L'acceptation du mandataire est également faite devant notaire et tant que le mandat n'a pas pris effet il peut être modifié ou révoqué dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa décision au mandant et au notaire (article 489)

Les pouvoirs du mandataire- par dérogation à l'article 1988 du code civil - sont très importants : toutefois il ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

Le mandataire doit rendre des comptes annuellement au notaire (exit le juge des tutelles) qui a établi le mandat.

LE MANDAT SOUS SEING PRIVE

ou plus simplement le mandat pour soi même

Il doit être daté et signé de la main du mandant et être contresigné par un avocat ou bien il faut utiliser le modèle défini par décret

Le mandataire accepte le mandat en le signant

Tant qu'il n'est pas entré en vigueur le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en le notifiant (article 492) au mandant.

Les pouvoirs du mandataire sont identiques en ce qui concerne la gestion du patrimoine aux actes qu'un tuteur peut accomplir sans autorisation et si nécessaire le mandataire s'adresse au juge des tutelles (article 493)

Les obligations comptables sont simples : le mandataire doit conserver l'inventaire des biens et ses actualisations , les 5 derniers comptes de gestion , les pièces justificatives et doit les présenter au juge des tutelles suivant l'article 494 du code civil.

Le respect de la dignité de la personne protégée ,le caractère confidentiel de la mesure, la simplification de la protection et l'allègement de la tâche de l'appareil judiciaire sont à l'origine de cette loi et on ne peut que s'en réjouir..

Le code civil prévoit deux régimes de protection en faveur des majeurs se trouvant en des conditions habituelles d'infirmité mentale ou autre cause, les rendant incapables de veiller à leurs propres intérêts : l'interdiction et l'incapacité.

L'art. 414 du code civil indique quelles sont les personnes qui peuvent être incapables c'est-à-dire : *« le majeur et le mineur émancipé lesquels se trouvent dans des conditions habituelles d'infirmité mentale les rendant incapables de veiller à leurs propres intérêts.... pour assurer leur protection adéquate »*.

Tandis que l'art. 415 du code civil définit quelles sont les personnes pouvant être incapables : *« le majeur en condition d'infirmité mentale et dont l'altération n'est pas assez grave pour donner lieu à une interdiction, peut être incapable. L'incapacité peut être prononcée en cas de prodigalité ou pour abus habituel d'alcool et de stupéfiants, si la personne intéressée s'expose, de ce fait, ou sa famille, à des graves préjudices économiques. Enfin, les personnes souffrant de cécité ou surdi-mutité, de naissance ou d'enfance, peuvent être incapables si une éducation appropriée n'a pas été donnée pour compenser ces limitations d'ordre physique, sauf l'application de l'art. 414 en cas d'incapacité totale de pourvoir à leurs propres intérêts. »*

La Cour de Cassation s'est maintes fois prononcée sur la notion d'« infirmité mentale » au fin de la déclaration d'interdiction et d'incapacité, mettant en évidence que la condition nécessaire pour déclarer l'incapacité et l'interdiction d'un infirme mental ne consiste pas dans l'existence d'une forme pathologique cliniquement définie mais dans la simple présence d'une altération des facultés mentales pouvant engendrer une incapacité partielle ou totale à veiller à ses propres intérêts.

Concrètement, la constatation de l'existence et de la mesure de cette altération est réservée au juge saisi de la procédure.

La requête pour interdiction ou incapacité est proposée au moyen d'un recours direct auprès du tribunal du lieu où la personne concernée a sa résidence ou son domicile effectif (cf. art. 712 du code de procédure civile).

Le recours peut être présenté par le conjoint, les parents jusqu'au quatrième degré, les alliés jusqu'au second degré, le tuteur, le curateur, le Ministère public (cf. art. 417 du code civil).

Le Tribunal ne peut prononcer l'interdiction ou l'interdiction sans avoir effectué un examen personnel de la personne concernée par l'interdiction ou l'interdiction (cf. art. 419 du code civil).

Le recours devra contenir l'exposé des faits sur lesquels la requête est fondée et il devra indiquer prénom, nom et résidence du conjoint, des parents jusqu'au quatrième degré, des alliés jusqu'au deuxième degré.

La nomination par voie définitive du tuteur sera effectuée par le Juge des Tutelles seulement après le prononcé du jugement qui conclut la procédure.

La personne interdite perd complètement toute capacité d'agir, avec la conséquence que tout acte accompli par elle, tant d'administration ordinaire que extraordinaire, est considéré nul. Elle est substituée par un tuteur - à l'exception des actes de caractère strictement personnel- lequel agit sous le contrôle du Juge des Tutelles auquel il devra régulièrement rendre compte de sa propre activité et auquel il devra s'adresser pour être autorisé à exécuter, au nom et pour le compte de l'infirme, tout acte hors de l'administration ordinaire. En 2004 est entrée en vigueur la réglementation qui a introduit l'institut de l'administration de soutien. Cet institut a pour finalité celle de protéger, avec la moindre limitation possible de la capacité d'agir, les personnes ne pouvant, en tout ou en partie, accomplir les fonctions de la vie quotidienne, moyennant des interventions de soutien temporaire ou permanent et qui va s'ajouter aux instituts de l'interdiction et de l'interdiction.

Il est alors possible de nommer un administrateur de soutien dans tous les cas **de figure** non seulement d'infirmité mais aussi de manque physique ou psychique, soit pour toute altération de l'état de santé de la personne, abstraction faite d'une pathologie bien définie, pourvu qu'elle puisse déterminer l'impossibilité, même partielle ou temporaire, à l'administration de ses propres intérêts de nature patrimoniale ou personnelle.

L'impossibilité de pourvoir à ses propres intérêts, laquelle constitue la condition de la nomination de l'administrateur de soutien, peut être, tel qu'il est décrit auparavant, même partielle : en d'autres mots, un administrateur de soutien peut être nommé lorsque l'intéressé ne possède pas les facultés d'accomplir des actes d'une certaine difficulté ou bien lorsque la réduction de ses facultés présente une évolution périodique ou intermittente : comme par exemple dans le cas de l'épilepsie.

L'administration de soutien peut ainsi concerner les personnes âgées, handicapées, alcoolisés, toxicomanes, détenus, malades terminaux, non voyants et tant d'autres personnes pour lesquelles il n'est pas opportun de procéder à une requête d'interdiction ou d'inhabilitation.

Ces catégories de personnes pourront ainsi obtenir (même en considération de la propre incapacité future) que le Juge des Tutelles nomme un administrateur ayant soin d'elles et de leur patrimoine.

L'intéressé peut présenter directement la requête – même si mineur, interdit ou inhabilité – par acte public ou écriture privée authentifiée, au Juge des Tutelles de sa propre zone de résidence ou domicile.

La légitimation à la proposition du Recours revient aussi à l'une des personnes indiquées dans l'art. 417 du code civil : conjoint, personne vivant sous le même toit en permanence, parents jusqu'au quatrième degré, alliés jusqu'au deuxième degré, tuteur, curateur, ministère public.

Pour ce qui est de la « *personne vivant sous le même toit en permanence* », il s'agit évidemment du conjoint *more uxorio* – mais on discute en doctrine s'il doit s'agir nécessairement et uniquement de cela à cause du caractère général de l'expression – étant bien entendu que le simple cohabitant, comme tout autre sujet non légitimé, peut signaler au ministère public – pour qu'il promeuve les procédures relatives – les cas qui semblent nécessiter des mesures de protection.

Les responsables des services sanitaires et sociaux directement engagés dans le soin et l'assistance de la personne, venant à connaissance de faits pouvant rendre opportune l'ouverture d'une procédure d'administration de soutien, sont

tenus à proposer le Recours ou en informer néanmoins le ministère public (cf. art. 406, alinéa 3, code civil).

Pour ce qui concerne la procédure je précise que le recours doit indiquer, outre les généralités du bénéficiaire et de sa demeure habituelle, les raisons pour lesquelles est demandée la nomination de l'administrateur de soutien et encore le nom et le domicile, si connus par le requérant, du conjoint, des descendants, ascendants, frères et personnes vivant sous le même toit du bénéficiaire (cf. art. 407, alinéa 1^{er}, code civil).

Le Juge des Tutelles doit écouter personnellement la personne intéressée dans la procédure – où doit intervenir obligatoirement le ministère public (art. 407, alinéa 5, code civil) – en se rendant si nécessaire au lieu où l'intéressé se trouve et doit tenir compte, en accord avec les intérêts et les exigences de protection de l'intéressé, des besoins et des requêtes de ce dernier.

Après avoir obtenu les informations nécessaires et ordonner même d'office les vérifications médicales et tous les autres moyens d'instruction utiles au fin de la décision et après avoir entendu les individus légitimés à la proposition du recours, le Juge des Tutelles – en cas de non comparution de ces derniers – se charge néanmoins, dans les soixante jours à compter de la date de présentation de la requête, de nommer l'administrateur par décret motivé immédiatement exécutif, décret qui peut toujours être intégré ou modifié par ce même Juge (cf. art. 407, code civil).

Le Juge des Tutelles peut prendre, même d'office, des mesures provisoires et urgentes pour la protection de l'intéressé et pour la conservation et l'administration de son patrimoine et peut procéder à la nomination d'un administrateur de soutien provisoire, en indiquant dans le décret relatif, les actes qu'il est autorisé à accomplir (cf. art. 405, alinéa 4, code civil).

Le décret de nomination de l'administrateur de soutien doit contenir l'indication des généralités du bénéficiaire et de l'administrateur et la durée de la charge (cf. art. 405, alinéa 5, code civil).

Cette même charge est ajournable par un décret motivé du Juge des Tutelles, même d'office, avant l'échéance du délai (cf. art. 405, alinéa 6, code civil).

Par ailleurs, elle peut être conférée également pour un temps indéterminé, hormis la faculté de l'administrateur d'interrompre la charge après dix ans, à l'exception du cas où cette charge est revêtue par le conjoint, par la personne vivant sous le même toit en permanence, par les ascendants ou les descendants du bénéficiaire.

Il en ressort de ce fait la différence existant entre l'institut de l'administrateur de soutien et l'interdiction et inhabilitation : il est en effet adaptable aux exigences personnelles du bénéficiaire dont la capacité d'agir est limitée seulement aux termes du Décret, devant la situation d'incapacité générale établie par les autres instituts.

L'interdiction peut être évitée, dans tous les cas de figure où l'intéressé voit sa propre protection assurée, de façon satisfaisante, à travers le recours à une mesure différente.

En effet, l'un des principes auquel s'inspire la nouvelle loi est celui selon lequel le bénéficiaire conserve la capacité d'agir pour tous les actes qui ne requièrent pas la représentation exclusive ou l'assistance nécessaire de l'administrateur et, par conséquent, même pour les actes de caractère strictement personnel (capacité de contracter mariage, de faire testament, de faire une donation, de reconnaître un enfant naturel) : des actes qui, s'ils sont accomplis en état d'incapacité d'entendre et de vouloir, seront assujettis aux solutions juridiques prévues par voie générale.

Enfin, la limitation de la capacité d'agir du bénéficiaire en présence de la nomination de l'administrateur de soutien, peut aussi ne pas subsister puisqu'une légitimation concurrente des deux individus, tel qu'il est confirmé par quelques Décrets du Juge des Tutelles de Parme remontant à l'année 2004, est possible pour l'accomplissement de certains actes : une situation qui pourrait concerner les cas de figure de manque physique.

En considérant les observations ci-dessus, la nomination de l'administrateur de soutien n'influence pas en soi le *status* du bénéficiaire, à la différence de ce qui se produit dans le cas du prononcé d'interdiction ou d'inhabilitation qui

détermine une incapacité générale d'agir de l'individu qui en est destinataire : incapacité qui peut être totale (interdiction) ou partielle (inhabilitation).

La déclaration de la capacité générale d'agir à l'égard du bénéficiaire de l'administration est ultérieurement confirmée dans l'art. 409 - alinéa 2 du code civil, lequel établit qu'il peut en tous les cas accomplir les actes nécessaires à satisfaire les exigences de sa propre vie quotidienne.

En outre, la doctrine souligne la difficulté de fournir une notion objective et précise de « acte nécessaire pour la vie quotidienne » en tenant compte de quelques variables, telles que l'âge ou la condition économique de l'individu, qui la rendent de ce fait indéterminée.

En définitive, on peut dire que si l'on reconnaît au tuteur la représentation exclusive de l'intéressé et le pouvoir d'en administrer les biens et le curateur possède seulement la charge d'assister l'individu dans l'accomplissement des actes hors de l'administration ordinaire, en exprimant son propre accord mais sans jamais pouvoir se substituer à lui, l'administrateur a le pouvoir d'accomplir, en représentation exclusive ou en assistance, seulement les actes indiqués par le Juge des Tutelles dans le décret de nomination (individuellement ou par types), le bénéficiaire conservant la capacité d'agir en relation à tous les actes non expressément indiqués.

Le respect de la volonté et de la dignité de la personne du bénéficiaire connote également l'exécution des tâches de l'administrateur lequel, dans l'exercice de sa charge, doit tenir compte des besoins et des aspirations de l'intéressé, en l'informant en temps utile sur les actes à accomplir et en communiquant son éventuel dissentiment au Juge des Tutelles (cf. art. 410 du code civil).

Cependant, la loi ne prévoit pas une sanction à la charge de l'administrateur qui ne remplit pas l'obligation d'information, même si la réitération de cette violation et les éventuels effets préjudiciables qui en dérivent peuvent configurer une conduite négligente.

En cas de choix ou actes nuisibles c'est-à-dire de négligence dans la poursuite de l'intérêt ou dans la satisfaction des besoins ou des requêtes du bénéficiaire, ce dernier ou le ministère public ou bien les autres personnes légitimées à la

nomination de l'administrateur de soutien, peuvent recourir au Juge des Tutelles lequel, au moyen d'un Décret motivé, prend les mesures opportunes.

A ces dispositions qui concernent quelques hypothèses de violation des devoirs de la part de l'administrateur s'en ajoutent d'autres qui prévoient que les actes accomplis par l'administrateur lui-même, en violation des dispositions de loi ou excessifs par rapport à l'objet de la charge ou aux pouvoirs qui lui sont conférés par le juge, puissent être annulés sur instance de ce même administrateur ou du ministère public ou de ses héritiers ou les ayant cause tels que peuvent être pareillement annulés, sur instance de ces mêmes personnes (à l'exclusion du ministère public) les actes accomplis personnellement par le bénéficiaire en violation des dispositions de loi ou de celles contenues dans le Décret institué par l'administrateur de soutien (cf. art. 412 du code civil).

Les actions relatives tombent en prescription après un délai de cinq ans à partir du moment où cesse l'état de soumission à l'administrateur.

Le code civil contemple aussi la possibilité de révocation de l'administrateur de soutien.

Lorsque le bénéficiaire, l'administrateur, le ministère public ou certaines des autres personnes légitimées à la proposition du recours pour l'institution de l'administration considèrent qu'il ne subsiste plus les conditions pour la cessation de cette même administration, ils adressent une instance motivée au juge des tutelles lequel, après l'acquisition des informations nécessaires et la disposition des moyens d'instruction opportuns, agit en conséquence au moyen d'un Décret motivé (cf. art. 413 du code civil).

Il existe un autre cas de figure de révocation : le juge des tutelles dispose aussi d'office à la déclaration de cessation de l'administration de soutien lorsque celle-ci s'est révélée non adaptée à réaliser la complète assistance du bénéficiaire : dans cette hypothèse, on considère qu'il est nécessaire de promouvoir un jugement d'interdiction ou d'incapacité, le juge en informe le ministère public pour qu'il s'en charge (cf. art. 413, alinéa 4 du code civil).

Le système des recours des dispositions en matière d'administration de soutien est réglementé par le code de procédure civile (art. 720 bis c.p.c. et succ.).

Une plainte à l'encontre des Décrets du juge des tutelles est admise et peut être déposée auprès de la Cour d'Appel dans un délai péremptoire de dix jours à compter de la notification du décret à tous les participants au jugement (cf. art. 719 du c.p.c.) et un Recours en Cassation contre les décrets de la Cour d'Appel.

La plainte et le Recours en Cassation peuvent être proposés par les mêmes personnes qui auraient eu droit à proposer la requête même si elles n'ont pas participé au jugement.

Pour ce qui est des délais du recours en cassation, sans prévision expresse, on devra se baser sur les prévisions générales : le délai est de ce fait de soixante jours, en cas de notification d'instance de l'une des parties et, dans le cas contraire, d'un an à compter du dépôt de la disposition.

La proposition de la plainte ne suspend pas l'efficacité du décret qui est immédiatement exécutif.

Il c.c. prevede due forme di tutela in favore di chi sia incapace, per infermità di mente o altra causa, di provvedere ai propri interessi: esse sono l'interdizione e l'inabilitazione.

L'art. 414 c.c. elenca quali sono le persone che possono essere interdette, ossia: *“il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizione di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi... per assicurare la loro adeguata protezione”*.

Mentre l'art. 415 c.c. disciplina quali sono le persone che possono essere inabilite: *“il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, può essere inabilitato. Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inabilitati il sordomuto e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'art. 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi”*.

La Corte di Cassazione si è ripetutamente pronunciata sulla nozione di *“infermità di mente”* ai fini della dichiarazione di interdizione e di inabilitazione, evidenziando che presupposto necessario per l'inabilitazione e l'interdizione di un infermo di mente non è l'esistenza di una forma patologica clinicamente definita, bensì la semplice presenza di un'alterazione delle facoltà mentali tale da dar luogo a un'incapacità parziale o totale di provvedere ai propri interessi.

L'accertamento in concreto dell'esistenza e della misura della suddetta alterazione è riservato al giudice del merito.

La domanda per interdizione o inabilitazione si propone con ricorso diretto al

tribunale del luogo dove la persona nei confronti della quale è proposta ha residenza o domicilio (cfr. art. 712 c.p.c.).

Il ricorso può essere presentato dal coniuge, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore, dal curatore, dal Pubblico Ministero (cfr. art. 417 c.c.).

Il Tribunale non può pronunciarsi l'interdizione o l'inabilitazione senza aver proceduto all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando (cfr. art. 419 c.c.).

Nel ricorso devono essere esposti i fatti sui quali la domanda è fondata e devono essere indicati il nome e il cognome e la residenza del coniuge, dei parenti entro il quarto grado, degli affini entro il secondo.

La nomina in via definitiva del tutore verrà effettuata, solo dopo la pronuncia della sentenza che conclude il procedimento, dal Giudice Tutelare.

L'interdetto perde completamente ogni capacità d'agire, con la conseguenza che ogni atto da lui compiuto, tanto di ordinaria che di straordinaria amministrazione, è considerato nullo.

Allo stesso si sostituisce un tutore, tranne che per gli atti personalissimi, il quale agisce sotto il controllo del Giudice Tutelare al quale dovrà periodicamente riferire della propria attività e al quale dovrà rivolgersi per essere autorizzato a svolgere in nome e per conto dell'interdetto ogni atto eccedente l'ordinaria amministrazione.

Nel 2004 è entrata in vigore la normativa che ha introdotto l'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Tale istituto ha come finalità quella di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte della capacità di compiere le funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente e va ad aggiungersi agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione.

Vi è ora dunque la possibilità di nominare un amministratore di sostegno in tutte le ipotesi non solo di infermità, ma anche di menomazione fisica o psichica, ovvero per ogni alterazione dello stato di salute della persona, a prescindere da una ben definita patologia, purché tale da determinare l'impossibilità, anche parziale o temporanea, alla cura dei propri interessi di natura patrimoniale o personale.

L'impossibilità di provvedere ai propri interessi, che costituisce il presupposto della nomina dell'amministratore di sostegno può essere, come sopra evidenziato, anche parziale: in altre parole può essere nominato un amministratore di sostegno quando l'interessato sia impossibilitato a compiere atti di una certa difficoltà oppure quando la menomazione dello stesso presenti un andamento periodico o intermittente: come ad esempio nel caso dell'epilessia.

L'amministrazione di sostegno può così riguardare anziani, disabili, alcolisti, tossicodipendenti, carcerati, malati terminali, non vedenti e tanti altri soggetti per i quali non sia opportuno procedere ad una richiesta di interdizione o di inabilitazione.

Queste categorie di persone potranno pertanto ottenere (anche in considerazione della propria futura incapacità) che il Giudice Tutelare nomini un amministratore, che abbia cura di loro e del loro patrimonio.

La persona interessata può presentare direttamente - anche se minore, interdetto o inabilitato - mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, la richiesta al Giudice Tutelare della propria zona di residenza o anche domicilio.

La legittimazione alla proposizione del Ricorso spetta anche ad uno dei soggetti indicati all'art. 417 c.c.: coniuge, persona stabilmente convivente,

parenti entro il quarto grado, affini entro il secondo grado, tutore, curatore, pubblico ministero.

Per quanto concerne la “*persona stabilmente convivente*”, si tratta evidentemente del convivente *more uxorio* - ma si discute in dottrina se debba trattarsi necessariamente solo di questo a causa della genericità dell’espressione - fermo restando che il mero coabitante, come ogni altro non legittimato, può segnalare al pubblico ministero - affinché promuova i relativi procedimenti - i casi che paiano necessitare delle misure di protezione.

I responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza alla persona, che vengano a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l’apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre il Ricorso o a fornire comunque notizia al pubblico ministero (cfr. art. 406, comma 3, c.c.).

Per quanto concerne il procedimento preciso che il ricorso deve indicare, oltre alle generalità del beneficiario e alla sua dimora abituale, le ragioni per le quali si richiede la nomina dell’amministratore di sostegno e ancora il nominativo e il domicilio, se conosciuti dal ricorrente, del coniuge, dei discendenti, ascendenti, fratelli e conviventi del beneficiario (cfr. art. 407, comma 1, c.c.).

Il Giudice Tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento - nel quale necessariamente deve intervenire il pubblico ministero (art. 407, comma 5, c.c.) - si riferisce, recandosi ove occorra nel luogo in cui questa si trova e deve tenere conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste della stessa.

Il Giudice Tutelare dopo avere assunto le necessarie informazioni e disposti anche d’ufficio gli accertamenti medici e tutti gli altri mezzi istruttori utili ai fini della decisione e dopo aver sentito i soggetti legittimati alla proposizione

del Ricorso - in caso di mancata comparizione di questi ultimi provvede comunque - entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta, provvede alla nomina dell'amministratore con decreto motivato immediatamente esecutivo, che può sempre essere dallo stesso Giudice integrato o modificato (cfr. art. 407 c.c.).

Il Giudice Tutelare può adottare, anche d'ufficio, i provvedimenti provvisori e urgenti per la cura dell'interessato e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio e può procedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio, indicando nel relativo decreto gli atti che questi è autorizzato a compiere (cfr. art. 405, comma 4, c.c.).

Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione delle generalità del beneficiario e dell'amministratore e della durata dell'incarico (cfr. art. 405, comma, 5 c.c.).

Questo è prorogabile con decreto motivato del Giudice Tutelare, anche d'ufficio prima della scadenza del termine (cfr. art. 405, comma 6, c.c.).

Esso può peraltro essere conferito anche a tempo indeterminato, salva la facoltà dell'amministratore di cessare l'incarico dopo 10 anni, ad eccezione dell'ipotesi in cui esso sia rivestito dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dagli ascendenti o dai discendenti del beneficiario.

Emerge anche da quanto sopra la differenza tra l'istituto dell'amministratore di sostegno e quelli dell'interdizione e dell'inabilitazione: esso è infatti adattabile alle esigenze personali del beneficiario, la cui capacità di agire è limitata solo con riferimento a quanto previsto nel Decreto, a fronte della situazione di generale incapacità determinata dagli altri istituti.

L'interdizione può essere evitata in tutte le ipotesi in cui il soggetto veda assicurata la propria protezione, in modo soddisfacente, attraverso il ricorso ad una diversa misura.

Uno dei principi cui si ispira infatti la nuova legge è quello secondo il quale il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore e, quindi, anche per gli atti personalissimi (capacità di contrarre matrimonio, di fare testamento, di donare, di riconoscere un figlio naturale): atti che ove risultino compiuti in stato di incapacità di intendere o di volere, saranno assoggettati ai rimedi giuridici previsti in via generale.

Infine, la limitazione della capacità di agire del beneficiario in presenza della nomina dell'amministratore di sostegno può anche non sussistere essendo possibile, come confermato da alcuni Decreti del Giudice Tutelare di Parma del 2004, una legittimazione concorrente dei due soggetti per il compimento di alcuni atti: una situazione che potrebbe riguardare le ipotesi di menomazioni solo fisiche.

Per quanto fin qui osservato, la nomina dell'amministratore di sostegno non incide di per sé sullo *status* del beneficiario, a differenza di quanto si verifica nel caso della pronuncia di interdizione o di inabilitazione, che determina un'incapacità generale di agire del soggetto che ne è destinatario: incapacità che può essere totale (interdizione) o parziale (inabilitazione).

L'affermazione della generale capacità di agire in capo al beneficiario dell'amministrazione trova ulteriore conferma nell'art. 409, comma 2, c.c., il quale stabilisce che egli può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana.

È stata peraltro segnalata in dottrina la difficoltà di fornire una nozione oggettiva e precisa di "*atto necessario per la vita quotidiana*", tenuto conto di alcune variabili, quali l'età o la condizione economica del soggetto, che la rendono pertanto indeterminata.

In definitiva può dirsi che mentre al tutore è riconosciuta la rappresentanza esclusiva del tutelato e il potere di amministrarne i beni e il curatore ha il solo compito di assistere il soggetto nel compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, esprimendo il proprio assenso, ma senza mai poterlo sostituire, l'amministratore ha il potere di compiere, in rappresentanza esclusiva o in assistenza, solo quegli atti che siano indicati dal Giudice Tutelare nel decreto di nomina (singolarmente o per tipi), conservando il beneficiario la capacità di agire in relazione a tutti gli atti non espressamente indicati.

Il rispetto della volontà e della dignità della persona del beneficiario connota anche lo svolgimento dei compiti dell'amministratore che nell'esercizio del suo incarico deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del soggetto, informandolo tempestivamente degli atti da compiere e comunicando l'eventuale dissenso di lui al giudice tutelare (cfr. art. 410 c.c.).

Tuttavia la legge non prevede una sanzione a carico dell'amministratore che non adempia l'obbligo di informazione, anche se la reiterazione di tale violazione e gli eventuali effetti pregiudizievoli che essa determini, possono configurare una condotta negligente.

In caso di scelte o atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, costui o il pubblico ministero o gli altri soggetti legittimati alla nomina dell'amministratore di sostegno, possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con Decreto motivato gli opportuni provvedimenti.

A queste disposizioni che concernono alcune ipotesi di violazione dei doveri da parte dell'amministratore se ne aggiungono altre che prevedono che gli atti compiuti dall'amministratore stesso in violazione di disposizioni di legge o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal

giudice, possano essere annullati su istanza dello stesso amministratore o del pubblico ministero o dei suoi eredi o aventi causa così come possono essere annullati, su istanza degli stessi soggetti (ad esclusione del pubblico ministero) gli atti compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel Decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno (cfr. art. 412 c.c.).

Le azioni relative si prescrivono nel termine di cinque anni, che decorre dal momento in cui è cessato lo stato di sottoposizione all'amministrazione.

Il codice civile contempla anche la possibilità di revoca dell'amministratore di sostegno.

Quando il beneficiario, l'amministratore, il pubblico ministero o taluno degli altri soggetti legittimati alla proposizione del ricorso per l'istituzione dell'amministrazione, ritengano che siano venuti a mancare i presupposti per la cessazione della stessa, rivolgono istanza motivata al giudice tutelare, il quale provvede con Decreto motivato, acquisite le necessarie informazioni e disposti gli opportuni mezzi istruttori (cfr. art. 413 c.c.).

Vi è un'ulteriore ipotesi di revoca: il giudice tutelare provvede anche d'ufficio alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno quando questa si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario: in tale ipotesi se ritenga che si debba promuovere un giudizio di interdizione o di inabilitazione, il giudice ne informa il pubblico ministero, affinché vi provveda (cfr. art. 413, comma 4, c.c.).

Il sistema delle impugnazioni dei provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno è regolato dal c.p.c. (artt. 720 *bis* c.p.c. ss.).

Contro i Decreti del giudice tutelare è ammesso reclamo alla Corte d'Appello, nel termine perentorio di dieci giorni che decorre dalla notifica del

decreto a tutti i partecipanti al giudizio (cfr. art. 719 c.p.c.) e contro i decreti della Corte d'Appello, il Ricorso per Cassazione.

Il reclamo e il Ricorso per Cassazione possono essere proposti dagli stessi soggetti che avrebbero avuto diritto a proporre la domanda, anche se non hanno partecipato al giudizio.

Per quanto riguarda i termini del ricorso di cassazione, in mancanza di espressa previsione, deve farsi riferimento alle previsioni generali: il termine è pertanto di sessanta giorni, in caso di notifica ad istanza di parte e, in caso contrario, di un anno dal deposito del provvedimento.

La proposizione del reclamo non sospende l'efficacia del decreto, che è immediatamente esecutivo.

**Réforme des Tutelles : du majeur incapable à la personne
protégée – une approche comparative des systèmes de
protection des majeurs en droit international**

Convention Nationale des Avocats – Lille – 17 octobre 2008

Contribution pour la Suisse

par

Jean-Louis Collart

MENTHA & ASSOCIES

4, rue de l'Athénée

Case postale 330

CH-1211 Genève 12

Tél. +41 (0) 22 311 22 23

Fax + 41 (0) 22 781 12 12

E-mail jl.collart@mentha.ch

et

Tamara Morgado

Avocate

13, rue Céard

CH-1204 Genève

Tél: + 41 22 319 06 02

Fax: + 41 22 319 06 07

E-mail tamara@etudemorgado.com

La législation actuellement en vigueur en Suisse date de 1912.

Ces dernières années, les réformes des régimes de protection des adultes se sont multipliées dans les pays avoisinant. La tendance générale de ces réformes est, d'une part, de remplacer les mesures « classiques » par des mesures personnalisées, c'est-à-dire sur mesure, afin de mieux prendre en considération les besoins individuels de la personne à protéger et, d'autre part, de donner la possibilité aux personnes d'organiser de manière anticipée leur protection pour le cas où elles deviendraient incapables.

Un projet de loi est en passe d'être adopté par le parlement suisse. Ce projet s'inscrit dans la ligne des réformes législatives intervenues dans plusieurs pays européens.

I. Le droit actuel (articles 360ss Code Civil Suisse (CC))

1) Mesures prévues par le droit actuel :

Le droit actuel de la tutelle prévoit des mesures juridiques en faveur des personnes qui ne sont pas en mesure de sauvegarder elles-mêmes leurs intérêts.

- la tutelle proprement dite (368 à 372)

La tutelle est la mesure la plus rigoureuse et la plus globale. La personne perd sa capacité civile et le tuteur endosse la fonction de représentant légal. La personne interdite ne peut plus exercer ses droits civils. Elle a besoin de l'approbation du représentant légal pour pouvoir s'engager sur le plan juridique, conservant toutefois la capacité de décider seule dans le cadre de l'exercice de droits strictement personnels dans la mesure où elle est capable de discernement.

Les cas d'interdiction sont énumérés de façon exhaustive par la loi.

Il faut être atteint soit de maladie mentale soit de faiblesse d'esprit et être incapable de gérer ses affaires, avoir besoin de soins et de secours permanents ou être une menace pour la sécurité d'autrui.

Quatre autres causes alternatives d'interdiction sont prévues par la loi : la prodigalité, l'ivrognerie, l'inconduite et la mauvaise gestion. Il faut en outre être dans un rapport de causalité avec l'un au moins des effets alternatifs suivants : le risque de tomber dans le besoin, le besoin de soins et de secours permanents et la menace pour la sécurité d'autrui.

Les personnes contraintes de subir une peine privative de liberté d'une année ou plus peuvent également être interdites.

Enfin, il est possible de solliciter une interdiction volontaire.

Une interdiction volontaire suppose l'existence de l'une des trois causes suivantes : la faiblesse sénile (réduction des facultés corporelles ou mentales, étant précisé que cette réduction doit néanmoins laisser à la personne en cause une capacité de discernement

suffisante pour faire la requête d'interdiction), l'infirmité (corporelle, psychique ou caractérielle) ou l'inexpérience (la notion d'inexpérience doit être interprétée de façon restrictive ; il doit d'agir d'une inexpérience caractérisée, de l'ignorance totale de la gestion des affaires en relation avec le caractère (dépression, par exemple)).

L'état déficient d'une personne ne peut aboutir à une interdiction volontaire que s'il a pour conséquence d'empêcher cette personne de gérer convenablement ses affaires. La requête d'interdiction volontaire peut prendre la forme d'un consentement à une proposition d'interdiction faite. Elle doit être claire et non équivoque et doit procéder d'une décision prise librement, avec la capacité de discernement suffisante.

- le conseil légal (395)

S'il n'existe pas de cause suffisante pour interdire des personnes majeures et si néanmoins une privation partielle de l'exercice des droits civils est commandée par leur intérêt, elles sont pourvues d'un conseil légal dont le concours est nécessaire pour les affaires énoncés par la loi tel que pour plaider, acheter ou vendre des immeubles etc....

- la curatelle (392-394)

La curatelle a été prévue par le législateur pour répondre à des besoins bien déterminés et pour remédier à des situations exceptionnelles généralement limités dans le temps.

Contrairement à l'interdiction ou à la mise sous conseil légal, la curatelle n'entraîne aucune limitation de l'exercice des droits civils.

La loi a prévu la curatelle de représentation et la curatelle de gestions des biens.

Ainsi, le curateur est habilité à agir à la place de la personne concernée et de la représenter légalement à l'occasion d'un acte particulier. Le curateur peut également assumer la gestion des biens de la personne.

- la privation de liberté à des fins d'assistance (397a – 397f)

Une personne majeure ou interdite peut être placée ou retenue dans un établissement approprié lorsque, en raison de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'alcoolisme, de toxicomanie ou de grave état d'abandon, l'assistance personnelle nécessaire ne peut lui être fournie d'une autre manière.

2) L'initiative de la mise sous protection

La demande d'interdiction est formée par une requête qui contient l'exposé des faits et des moyens de droit ainsi que les conclusions. Elle indique s'il y a lieu, les noms des témoins à entendre et les pièces justificatives sont jointes.

Peuvent requérir l'interdiction, soit la personne à interdire, soit son conjoint ou l'un de ses parents jusqu'au quatrième degré inclusivement, soit encore, à Genève, le Procureur général.

Dans les cas de demande d'interdiction volontaire, le Tribunal tutélaire, après avoir entendu la personne à interdire, prononce l'interdiction sans autre probatoire s'il a constaté l'existence des faits qui la motivent.

Dans les autres cas, le Tribunal tutélaire établit d'office les faits. Il procède à toutes les mesures probatoires nécessaires à fonder sa conviction, en conformité des règles générales de la procédure. En principe, le Tribunal tutélaire demandera un rapport médical qui devra déterminer :

- si la personne peut être entendue par le Tribunal, soit en s'y déplaçant soit dans le cadre d'un transport sur place du Tribunal ;
- si la personne peut elle-même désigner un curateur ;
- si la personne peut contrôler l'activité du curateur.

Quant au choix du tuteur, la loi prévoit un droit de préférence savoir que l'autorité doit nommer tuteur, de préférence, l'un des proches parents ou alliés ou le conjoint du pupille. Ce privilège, conféré par l'article 380 CC, prévoit que si l'une des personnes susmentionnées est apte à remplir les fonctions de tuteur, l'autorité ne peut désigner un tiers que s'il existe de justes motifs.

Il existe également un droit de proposition prévu par l'article 381 CC qui veut que l'autorité tutélaire nomme la personne désignée par le père ou la mère ou par l'incapable. Cette proposition ne lie pas l'autorité tutélaire mais celle-ci ne peut s'en écarter que s'il existe de justes motifs. Le droit de proposition de l'article 381 CC l'emporte en général sur le droit de préférence de l'article 380 CC. Le bien du pupille requiert en principe que l'autorité nomme tuteur la personne souhaitée par l'incapable ou par ses parents, même s'il ne s'agit pas d'un proche au sens de l'article 380 CC.

II. Un besoin de réforme

- Encouragement de la personne à disposer d'elle-même

Actuellement, grâce au progrès de la médecine, des personnes souffrant de graves maladies voient leur vie prolongée; elles peuvent toutefois être frappées d'une incapacité de discernement d'une durée plus ou moins longue. Par ailleurs, le risque d'être atteint par la maladie d'Alzheimer ou par une démence sénile augmente avec l'âge. C'est pourquoi toute personne devrait, en prévision d'un tel cas, désigner une personne chargée de sauvegarder ses intérêts et, en particulier, une personne qui pourra, en son nom, consentir à un traitement médical ou le refuser. Elle éviterait ainsi de devoir dépendre, un jour, des autorités.

Certains cantons ont réglés dans leur loi sur la santé publique la question des directives anticipées du patient. Mais les procurations données dans des domaines autres que le strict domaine médical soulèvent d'importants problèmes juridiques. Afin de remédier à cette

situation insatisfaisante et d'instaurer une réglementation transparente applicable dans toute la Suisse, le projet de réforme prévoit deux nouvelles institutions juridiques, à savoir le mandat pour cause d'inaptitude et les directives anticipées du patient.

- Renforcement de la solidarité familiale et réduction de l'intervention de l'Etat

Le droit actuel de la tutelle ne connaît pas de mesures spécifiques pour les personnes qui deviennent incapables de discernement et perdent ainsi, de par la loi, l'exercice des droits civils. Il est dès lors impossible que la personne donne un consentement valable à des mesures d'assistance et son patrimoine n'est pas géré si aucune mesure n'a été prise avant que ne survienne l'incapacité de discernement. Ainsi, selon le droit actuel, l'autorité tutélaire doit nommer un tuteur ou un curateur.

Il est prévu dans le projet de réforme que lorsqu'une personne frappée d'une incapacité de discernement n'a pas constitué de mandat pour cause d'inaptitude et que sa représentation n'est pas assurée par une curatelle, son conjoint ou son partenaire enregistré dispose du pouvoir légal de représentation s'il fait ménage commun avec elle ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière.

Le pouvoir de représentation porte sur tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne incapable de discernement, sur l'administration ordinaire de ses revenus et de ses autres biens et si nécessaire, sur le droit de prendre connaissance de sa correspondance et la liquider.

S'agissant des mesures médicales, quelques cantons ont comblé en partie les lacunes existantes en prévoyant dans leur loi sur la santé publique qu'un proche ou un membre de la famille peut consentir à un traitement médical au nom d'une personne adulte incapable de discernement.

Il s'est toutefois révélé indispensable d'adopter une réglementation fédérale.

Le projet de réforme définit l'ordre dans lequel les proches d'une personne incapable de discernement sont habilités, en l'absence de directives anticipées suffisamment précises, à consentir ou non à des soins médicaux à donner à la personne incapable de discernement.

- Amélioration de la protection des personnes incapables de discernement vivant dans une institution

Afin d'améliorer de manière ponctuelle la protection des personnes vivant dans des institutions, le projet de réforme octroie le droit de conclure le contrat qui fixe les prestations à fournir par l'institution et leur coût (contrat d'assistance) à la personne qui est habilitée à représenter la personne incapable de discernement dans le domaine médical. La personne habilitée à conclure le contrat d'assistance n'a toutefois pas la compétence de placer dans une institution médico-sociale ou dans un home la personne qu'elle représente

si celle-ci s'y oppose. Dans ce cas ce sont les dispositions relatives au placement à des fins d'assistance qui s'appliquent. Le projet de réforme fixe également les conditions auxquelles des mesures limitant la liberté de mouvement peuvent être ordonnées.

- Une approche sur mesure

L'interdiction prévue par le droit actuel, qui entraîne la perte de la capacité d'exercer les droits civils, constitue souvent une mesure disproportionnée et stigmatisante pour la personne concernée. Les facultés qu'a une personne d'agir de manière autonome ne sont pas suffisamment exploitées.

Le conseil légal dans sa forme actuelle n'est pas non plus satisfaisant. Cette mesure ne permet d'intervenir que ponctuellement dans l'administration des biens et entraîne une privation partielle de l'exercice des droits civils. En outre, la loi ne prévoit pas la possibilité d'apporter une assistance personnelle à la personne concernée.

Les autorités de protection de l'adulte n'ordonneront désormais plus des mesures standards, mais conformément au principe de la proportionnalité des « mesures sur mesure ». L'assistance étatique sera ainsi limitée, dans chaque cas, au minimum réellement nécessaire.

L'interdiction et le conseil légal n'ayant plus lieu d'être, le projet propose de les remplacer par une seule institution juridique, la curatelle.

III. Les modifications projetées

1) Modifications par rapport aux mesures en place

- La tutelle, le conseil légal et la curatelle sont remplacés par une seule institution : la curatelle.
- La curatelle sera instituée si une personne n'est plus en mesure d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une déficience mentale, d'un trouble psychique ou d'un autre état de faiblesse et si l'appui fourni par des proches ou des services, privés ou publics, ne suffit pas.

4 sortes de curatelle sont prévues :

1. Curatelle d'accompagnement

Une curatelle d'accompagnement est instituée, avec le consentement de la personne ayant besoin d'aide, lorsque celle-ci doit être assisté pour accomplir certains actes. La curatelle d'accompagnement suppose le consentement de la personne ayant

besoin d'aide, qui n'est pas privée de l'exercice de ses droits civils. La personne sous curatelle d'accompagnement continue d'agir elle-même, le rôle du curateur étant seulement de l'aider.

2. Curatelle de représentation

Une curatelle de représentation est instituée lorsque la personne ayant besoin d'aide ne peut accomplir certains actes et doit de ce fait être représentée. Le curateur est le représentant légal de la personne ayant besoin d'aide. Il peut agir pour elle, c'est-à-dire en son nom et avec effet pour elle.

3. Curatelle de coopération

Cette curatelle est instituée lorsque pour sauvegarder les intérêts d'une personne ayant besoin d'aide, il est nécessaire de soumettre certains de ses actes au consentement du curateur.

4. Curatelle de portée générale

Elle remplace l'actuelle interdiction. Comme celle-ci, elle entraîne de plein droit la privation de l'exercice des droits civils. Cette mesure sera notamment instituée si la personne, en raison d'une incapacité durable de discernement, a un besoin d'aide particulièrement prononcé.

Les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées. Ces mesures flexibles permettent d'instituer une assistance juridique adaptée aux besoins.

- Le placement sous autorité d'enfants majeurs interdits n'existera plus.
- La protection juridique du placement à des fins d'assistance dans une institution est renforcée.

La décision médicale de placement doit impérativement être confirmée, après un délai qui ne peut être supérieur à six semaines, par une décision de l'autorité de protection de l'adulte même si la personne concernée n'a pas fait recours contre la décision de placement ni demandé sa libération. De plus, les cantons ne pourront désormais habiliter à ordonner un placement que des médecins disposant des connaissances adéquates. Le projet prévoit encore que l'autorité de protection de l'adulte est tenue d'examiner périodiquement si les conditions du maintien de la mesure sont toujours remplies.

- Autorité interdisciplinaire de protection de l'enfant et de l'adulte

Selon le droit actuel de la tutelle, l'autorité tutélaire est responsable de l'exécution des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte. Dans les cantons romands ou bilingues, à l'exception des cantons du Jura, de Berne et du Valais, l'autorité tutélaire est une autorité judiciaire, un tribunal (GE, NE) ou un juge de paix (VD, FR). Par contre dans beaucoup de cantons de Suisse alémanique, l'autorité tutélaire est l'exécutif communal. Le conseil communal est composé d'hommes et de femmes, qui ont été élus pour des raisons politiques et qui n'ont pas reçu de formation spécifique en matière du droit de la tutelle.

L'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte aura pour effet que toutes les décisions relevant de ce droit seront prises par une même autorité interdisciplinaire. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte sera soit une autorité administrative soit une autorité judiciaire dont l'organisation est laissée aux cantons, sous réserve de principes fondamentaux fixés par le droit fédéral.

2) Nouvelles institutions proposées

Mandat pour cause d'incapacité :

Le mandat pour cause d'incapacité permet à une personne capable de discernement de désigner une personne physique ou morale qu'elle charge de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement.

Au moment où il établit un mandat pour cause d'incapacité, le mandant doit avoir l'exercice des droits civils, c'est-à-dire être majeur et capable de discernement.

Le mandant doit désigner le mandataire nommément et décrire de manière aussi détaillée que possible les tâches qu'il lui confie.

La constitution du mandat se fait par la forme olographe ou authentique.

Il appartient au mandant de prendre les dispositions pour que, le moment venu, l'autorité de protection de l'adulte et le mandataire aient connaissance du mandat. Il pourra demander à l'office de l'état civil d'inscrire la constitution et le lieu de dépôt du mandat dans la banque de données centrale.

La personne désignée comme mandataire est libre d'accepter ou non le mandat.

Directives anticipées du patient :

Par des directives anticipées, toute personne capable de discernement peut fixer, de manière contraignante, les traitements médicaux qu'elle accepte ou qu'elle refuse au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut, en outre, désigner une

personne physique appelée à décider en son nom les soins médicaux à lui administrer si elle ne pouvait plus s'exprimer.

Ainsi, une personne capable de discernement pourra :

- Déterminer les traitements médicaux auxquels elle entend consentir ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement
- Désigner une personne physique qui aura la compétence de consentir en son nom à un traitement médical pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement.

Pour rédiger des directives anticipées, il suffit d'être capable de discernement. Les directives anticipées sont soumises à la forme écrite, c'est-à-dire que seule la signature doit être écrite à la main.

Elles ne s'appliquent qu'au domaine médical, ce qui suppose un contrôle de la part du personnel médical. Le médecin posera le diagnostic et déterminera le traitement médical, conseillera la personne représentant l'auteur des directives et, le cas échéant, en appellera à l'autorité de protection de l'adulte.

Il appartient à l'auteur de directives anticipées de s'assurer que les destinataires en aient connaissance le moment venu. Il peut, par exemple, les déposer chez son médecin traitant. Il peut faire inscrire la constitution et le lieu de dépôt des directives sur sa carte d'assuré.

3) Etat de la réforme

Après des travaux préliminaires débutés en 1993, puis un mandat confié à une commission d'experts interdisciplinaire en 1999, un avant-projet de loi sur la Réforme des Tutelles a pu être soumis à une large procédure de consultation en 2003. Le Conseil Fédéral a soumis un projet de révision du Code Civil Suisse au Parlement Fédéral en juin 2006. Les débats parlementaires ont eu lieu en 2007 et 2008. A la fin de la dernière session des chambres fédérales, tenue au début du mois d'octobre 2008, seules quelques divergences mineures subsistaient entre la Chambre du peuple et la Chambre des cantons. Ces divergences seront débattues et éliminées définitivement lors de la session d'hiver des chambres fédérales, qui se tiendra au mois de décembre 2008.

Ainsi, sous réserve d'un référendum qui semble peu probable, la Réforme des Tutelles en Suisse devrait pouvoir entrer en vigueur au cours de l'année 2009.

La réforme des tutelles :

La protection en *Common Law*

Illustrations « transfrontalières » France/Grande-Bretagne

Paul Hewitt

Associé

Withers LLP

La réforme des tutelles

La protection en *Common Law* - Illustrations « transfrontalières » France/Grande-Bretagne

1. Mouvement de population entre la Grande-Bretagne et la France

Il y a une population importante de Britanniques qui résident maintenant de ce côté de la Manche, et un nombre également important de ressortissants français qui ont choisi le Royaume-Uni pour y habiter.

Les statistiques de l'OCDE basées sur les recensements de 2000 indiquent qu'une proportion non négligeable de cette population est âgée de plus de 65 ans.¹

Nous ne disposons pas encore de statistiques officielles plus récentes, et les diverses estimations ne concordent pas. Il est toutefois évident que les chiffres ont augmenté. Il est estimé que 260 000 Britanniques habitent maintenant en France en permanence ou une partie du temps,² et qu'environ 500 000 Britanniques possèdent des résidences secondaires en France.³

Dans l'autre sens, il est estimé que, depuis 1999, approximativement 15 000 ressortissants français ont émigré au Royaume-Uni chaque année.⁴ Quelques 300 000 Français résident désormais au Royaume-Uni, dont 70 % habitent dans l'agglomération urbaine de Londres.⁵

Ressortissants britanniques âgés de plus de 15 ans résidant en France en 2000

	Nombre de Britanniques en France	Exprimé en % du total
15-24 ans	9 223	12 %
25-64 ans	56 330	74 %
Plus de 65 ans	10 870	14 %
Total	76 423	100 %

¹ Statistiques disponibles sur le site <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx?QueryName=254&QueryType=View>.

² <http://www.guardian.co.uk/world/2008/mar/07/france>.

³ <http://www.newstatesman.com/200408020014>.

⁴ <http://www.guardian.co.uk/world/2006/apr/08/france.ashleyseager>.

⁵ <http://www.telegraph.co.uk/core/Content/displayPrintable.jhtml;jsessionid=FYO0HF11E2YS3QFIQMFCFGGAVCBQYIV0?xml=/propery/2007/02/22/lpfrench122.xml&site=16&page=0> et <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/mar/23/immigration.france>.

R ressortissants français âgés de plus de 15 ans résidant en Grande-Bretagne en 2000

	Nombre de Français en Grande-Bretagne	Exprimé en % du total
15 à 24 ans	18 327	21 %
25 à 64 ans	58 831	69 %
Plus de 65 ans	8 181	10 %
Total	85 339	100 %

2. Statistiques relatives à la maladie d'Alzheimer et autres formes de démence

2.1 Alzheimer Europe

Alzheimer Europe est une initiative européenne visant à accroître la reconnaissance de la maladie d'Alzheimer et des autres formes de démence comme l'une des priorités dans le domaine de la santé publique en Europe. Cette initiative bénéficie de l'appui du gouvernement français. La « Déclaration de Paris » inclut la déclaration suivante, qui ne peut que faire réfléchir :

« Aujourd'hui [en 2006], près de 5,4 millions de citoyens européens souffrent de la maladie d'Alzheimer ou d'une autre forme de démence. En raison du vieillissement de la population dans tous les États Membres de l'Union Européenne, ces chiffres vont aller en augmentant et les chercheurs ont prédit une multiplication par deux de ces chiffres d'ici 2040 en Europe Occidentale et une multiplication par trois en Europe de l'Est. »⁶

⁶ 'Déclaration de Paris : priorités politiques du mouvement Alzheimer en Europe' disponible sur <http://www.dementia-in-europe.eu/upload/SLK56FS387ZG/downloads/ZRCNLVXRLDJS.pdf>.

2.2 Statistiques relatives aux personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer et d'autres formes de démence en Europe

Alzheimer Europe a recueilli des statistiques sur le nombre de personnes souffrant de démence en Europe en se basant sur deux grandes études, Eurodem et Ferri.⁷

Pays	Tranche d'âge	Nombre souffrant de démence (EURODEM)	% de la population	Nombre souffrant de démence (Ferri et al)	% de la population
France (chiffres datant de 2005)	30-99	847 808	1,36 %	760 715	1,22 %
R.-U. (chiffres datant de 2004)	30-89	660 573	1,11 %	621 717	1,04 %

Une nouvelle étude de grande ampleur sur l'impact de la démence au Royaume-Uni a été publiée en février 2007. Elle suggère que le nombre de personnes souffrant de démence au Royaume-Uni a augmenté et atteint maintenant 700 000. Elle estime que 1 000 000 de personnes au Royaume-Uni souffriront de démence en 2025.⁸

2.3 Pertinence pour les juristes en France et au Royaume-Uni⁹

Le vieillissement de la population en Europe et une augmentation correspondante du nombre des personnes ayant des problèmes de capacité ont entraîné des réformes

⁷ Statistiques sur la démence en Europe disponibles sur le site web [suivant : http://www.dementia-in-europe.eu/?lm2=OWQAUJKRXAEZ](http://www.dementia-in-europe.eu/?lm2=OWQAUJKRXAEZ).

⁸ « *The Rising Cost of Dementia in the UK* » (Le coût croissant de la démence au R.-U.). Un rapport sur la prévalence et le coût de la démence préparé par le département *Personal Social Services Research Unit* (PSSRU) de la *London School of Economics* et le *Institute of Psychiatry à King's College London*, pour le compte de la *Alzheimer's Society*, 2007, sur le site http://www.alzheimers.org.uk/site/scripts/documents_info.php?categoryID=200120&documentID=342.

⁹ Le Royaume-Uni comprend trois juridictions constitutives – (1) l'Angleterre et le Pays de Galles, (2) l'Écosse et (3) l'Irlande du Nord. Les Îles anglo-normandes sont des dépendances de la Couronne et ne font pas partie du Royaume-Uni (elles prêtent directement serment d'allégeance au monarque régnant – selon la tradition, elles le font parce qu'elles considèrent le monarque comme étant le Duc de Normandie). L'île de Man également est une dépendance de la Couronne. Ni les Îles anglo-normandes, ni l'île de Man ne font partie de l'Union européenne.

légales dans de nombreux pays membres de l'Union Européenne, y compris au Royaume-Uni.

Les niveaux élevés de migrations transfrontalières, qui incluent des nombres substantiels de retraités, signifient qu'il est de plus en plus probable que les juristes soient confrontés à des étrangers ayant des problèmes de capacité.

Exemple A

Un couple britannique âgé possède une « résidence secondaire » en France. Les époux ont tous les deux une très mauvaise mémoire. Ils décident de léguer leur résidence secondaire à leur femme de ménage du pays, qu'ils connaissent depuis trois ans.

Quel droit s'applique pour résoudre tous les doutes concernant leur capacité de comprendre les conséquences de leurs actes (le degré requis de capacité mentale) dans le cas d'un tel don de biens fonciers ?

La réponse serait-elle différente si le couple avait déménagé en France et y avait établi sa résidence habituelle ?

Exemple B

Le même couple britannique âgé a également un compte en banque en France. Il décide de faire don de 200 000 € à son jardinier en échange d'une promesse de sa part de s'occuper du jardin potager des époux tant que ces derniers seraient en vie.

Quel tribunal aurait compétence pour traiter des questions de capacité ? La réponse à cette question est-elle affectée selon s'ils sont habituellement résidents en France, ou seulement de façon temporaire ou saisonnière ?

Exemple C

Quelqu'un vous demande votre opinion sur les affaires d'une ressortissante française qui vient de perdre son mari. Elle a une fille qui habite à Paris et un fils qui habite à Londres. Elle décide d'aller vivre à Londres avec son fils plutôt qu'à Paris avec sa fille.

Elle vend son ancienne résidence conjugale (en France) et dépose le produit de cette vente sur son compte en banque. Elle déclare ensuite qu'elle a décidé d'en transférer le montant à son fils à titre de don.

Sans même parler des questions relatives à l'héritage, qui déciderait si elle a la capacité de faire un tel don ?

3. Quel est le tribunal compétent ?

Le nombre croissant de tels scénarios en France, au Royaume-Uni et dans d'autres pays a suscité un besoin de clarification quant à la détermination du tribunal compétent en fonction des circonstances.

3.1 La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (la « Convention ») et son application à l'Angleterre et au Pays de Galles

*« Le vieillissement de la population mondiale, allié à une plus grande mobilité internationale, a rendu nécessaire une meilleure protection internationale des adultes vulnérables tant par des lois appropriées qu'à travers davantage de coopération internationale. L'augmentation de la durée de la vie dans de nombreux pays s'accompagne d'une augmentation conséquente des maladies liées au grand âge. Comme les voyages internationaux deviennent plus faciles, beaucoup de personnes atteignant l'âge de la retraite font le choix de passer la dernière partie de leur vie à l'étranger. »*¹⁰

Le droit de nombreux pays permet aux adultes de décider à l'avance comment leurs affaires seront gérées au cas où ils perdraient la capacité de gérer ces affaires eux-mêmes, mais ceci soulève des questions inévitables au sujet de la détermination de la loi applicable, des personnes qui vont s'occuper de tels adultes âgés et des pouvoirs qu'auront ces personnes. La Convention « répond à bon nombre de ces questions en fournissant des règles sur la compétence, la loi applicable et la reconnaissance internationale ainsi que l'application des mesures de protection. »¹¹

Le Royaume-Uni, l'Allemagne et la France ont déjà ratifié la Convention. Par conséquent, elle entrera en vigueur dans ces pays le 1^{er} janvier 2009. Cependant, dans le cas du Royaume-Uni, la ratification est limitée exclusivement à l'Écosse.

En Angleterre et au Pays de Galles, la loi « **MCA** » (*Mental Capacity Act*) de 2005, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007, contient une réglementation complète en ce qui concerne le traitement des personnes qui perdent la capacité, et les conflits de lois liés à cela.¹²

¹⁰ « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes – Aperçu de la Convention », disponible sur le site http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=71.

¹¹ Ibid.

¹² Voir Dicey, Morris & Collins *The Conflict of Laws* (Thomson, Sweet & Maxwell), chapitre 21.

L'article 63 et la cédula 3 de la loi MCA incorporent la Convention au Droit anglais, et ils font référence à l'application du Droit international privé en Angleterre et au Pays de Galles. Ceci est entré en vigueur avec l'adoption de la loi MCA le 1^{er} octobre 2007, à l'exception de certains articles qui ne produiront leurs effets complets en Angleterre et au Pays de Galles qu'après l'entrée en vigueur de la Convention le 1^{er} janvier 2009.

Un facteur qui complique les choses est donc le fait que la Convention entrera en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles le 1er janvier 2009, mais que comme cela aura été la conséquence de la législation interne et non de la ratification du traité, l'entrée en vigueur de la Convention ne sera reconnue ni par l'Écosse, l'Allemagne ou la France.

Il s'avère que le Ministère de la Justice est en train de prendre les mesures nécessaires pour assurer sa ratification complète pour l'Angleterre et le Pays de Galles.

3.2 **Dispositions de la loi *Mental Capacity Act* de 2005 concernant les questions de compétence des tribunaux**

La loi MCA esquisse les circonstances dans lesquelles la *Court of Protection* (voir ci-dessous) aura compétence sur les adultes incapables en application des dispositions de la Convention.

La *Court of Protection* aura compétence dans les circonstances suivantes :

- pour un adulte incapable résidant habituellement en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- pour les biens d'un adulte incapable (ceci comprend l'ensemble des choses non possessoires et intérêts portant sur des biens meubles et immeubles) situés en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- pour un adulte incapable qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles, ou qui y possède des biens, si l'affaire est urgente ;
- pour un adulte incapable qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles et à l'égard duquel une mesure de protection temporaire a été prise en ce qui concerne exclusivement l'Angleterre et le Pays de Galles.¹³

En vertu de la cédula 3, paragraphe 7, de la loi MCA, la *Court of Protection* peut également avoir compétence sur un ressortissant britannique si l'Article 7 de la Convention a été respectée. Cela signifie que si les autorités anglaises estiment qu'elles

¹³ Loi MCA de 2005, cédula 3, alinéa 7.

sont mieux placées pour prendre des mesures qu'un autre État contractant ayant compétence en raison du lieu de résidence habituelle de la personne concernée, elles peuvent prendre de telles mesures à condition d'en informer l'État de résidence habituelle. Ceci ne s'applique pas si l'État de résidence habituelle déclare qu'il a pris ou prendra les mesures appropriées, ou s'il a décidé qu'aucune mesure de ce type n'est nécessaire.

En vertu de la cédule 3, paragraphe 8, de la loi MCA et de l'Article 8 de la Convention, les autorités d'un État contractant ayant compétence sur un adulte incapable peuvent solliciter un transfert de compétence dans un autre pays si elles estiment que c'est dans le meilleur intérêt de cette personne. Cet article de la loi MCA entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Sur cette base, si le Lord Chancelier d'Angleterre donne son accord, la *Court of Protection* pourrait se reconnaître compétente sur quelqu'un :

- qui est un ressortissant britannique ;
- dont la résidence habituelle antérieure était en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- qui possède des biens en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- qui a choisi l'Angleterre et le Pays de Galles comme étant l'autorité juridiquement compétente pour prendre des mesures pour son compte et a documenté ce choix dans un document écrit concernant sa protection ;
- pour qui un résident habituel de l'Angleterre ou du Pays de Galles s'est montré prêt à assurer la protection si besoin est ; ou
- qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles, mais seulement en ce qui concerne la protection de sa personne.

Dans l'état actuel des choses, il existe une anomalie en rapport avec l'Article 8 de la Convention : la France ne peut adresser une demande qu'à un autre État contractant, mais en Droit international l'Angleterre et le Pays de Galles ne sont pas des États contractants. Ceci pose un problème technique intéressant sur le plan juridique. Selon une opinion, en vertu de la loi MCA, la *Court of Protection* en Angleterre et au Pays de Galles est compétente pour recevoir une demande d'un État contractant. La France pourrait donc faire une demande, apparemment en dehors des termes de la Convention, et le Tribunal anglais pourrait quand même se déclarer compétent.

Examinons par exemple le cas d'un homme de nationalité britannique qui, ayant décidé d'aller vivre en Provence après son départ en retraite, est devenu résident habituel de la

France et est ensuite devenu mentalement incapable. Sa fille habite toujours à Londres, et elle se déclare prête à accepter la responsabilité de ses affaires financières et personnelles. En vertu des termes de l'Article 5 de la Convention, c'est principalement à la France qu'il incombe de prendre des mesures pour son compte, mais la France pourrait penser qu'il serait dans le meilleur intérêt de cet homme de transférer cette responsabilité à la *Court of Protection* anglaise, de façon que sa fille puisse s'occuper de lui. La France ne pourrait pas faire une telle requête en vertu de l'Article 8, parce que l'Angleterre et le Pays de Galles ne sont pas au nombre des États contractants. Cependant, si elle présentait sa demande à l'Angleterre, l'Angleterre pourrait toujours l'accepter en vertu de la loi MCA.

3.3 **Quel droit la *Court of Protection* appliquera-t-elle ?**

En règle générale, la *Court of Protection* appliquera le Droit anglais. Cependant, si elle estime que, dans une affaire particulière, il existe une « connexion substantielle » avec un autre pays, elle pourra appliquer le droit de ce pays. De même, elle reconnaît que si une mesure de protection a été prise dans un État et est mise en œuvre dans un autre État, le droit de cet autre État régira ladite mise en œuvre.¹⁴ Ces dispositions sont fondées sur les Articles 13 et 14 de la Convention.

Par exemple, si la *Court of Protection* décide que les biens d'une personne situés à l'étranger doivent être vendus à l'étranger, le droit de cet autre pays devrait régir les modalités de la vente.

4. **La loi *Mental Capacity Act* de 2005**

4.1 **Contexte et droits de l'homme**

La loi MCA est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007 après de nombreuses années de consultations et de projets de réforme.

Un facteur important qui a influencé la réforme était le désir de mieux protéger les droits humains des personnes qui sont mentalement incapables. La 'Law Commission', qui conseille le Gouvernement en matière de réforme de la législation en Angleterre et au Pays de Galles, a produit un rapport en 1995 sur l'« Incapacité mentale ».

Ce rapport fait référence à la « Déclaration des droits du déficient mental » des Nations Unies de 1971, selon laquelle « *Le déficient mental doit être protégé contre toute*

¹⁴ Loi MCA de 2005, cédula 3, alinéas 11 et 12.

exploitation, tout abus ou tout traitement dégradant. »¹⁵ La Commission des lois a identifié la Déclaration comme étant l'une des composantes d'un « *corpus considérable d'opinions internationales identifiant une discrimination inacceptable dans les façons dont les personnes souffrant d'handicaps mentaux (et en particulier des maladies mentales) ont été traitées dans le passé par les praticiens de la profession médicale, la loi et la société dans son ensemble.* »¹⁶

Le Royaume-Uni a finalement incorporé en son droit national certains articles de la Convention européenne des droits de l'homme par le biais de la loi *Human Rights Act* de 1998. Les notes explicatives qui accompagnent la loi MCA indiquent qu'elle « *satisfait à l'obligation positive de l'État en vertu de l'Article 8 ... pour assurer le respect de la vie privée.* »¹⁷

4.2 **Synopsis de la loi *Mental Capacity Act* de 2005**

Les principales modifications apportées par la loi MCA sont les suivantes :

- Pour la première fois, le niveau de capacité qu'une personne doit avoir pour pouvoir prendre une décision particulière est codifié, plutôt que basé en jurisprudence. Cinq principes légaux aident à décider comment les décisions doivent être prises et qui doit les prendre.
- Le type de procuration « *Enduring Power of Attorney* » est aboli et remplacé par un autre type de procuration appelé « *Lasting Power of Attorney* » (voir l'explication plus bas).
- La procuration *Lasting Power of Attorney* peut être utilisée pour prendre des décisions financières. Elle peut également servir à déléguer des décisions sur la santé et le bien-être (ce qui n'était pas autorisé auparavant).
- La *Court of Protection* est recréée bénéficiant d'un statut plus élevé.
- La *Court of Protection* peut traiter des questions de bien-être aussi bien que des affaires financières.

¹⁵ *Mental Capacity* (Law Com N° 231) p. 17, citant la *Déclaration des droits du déficient mental*, 1971 Assemblée générale de l'ONU, 26^{ème} session, Résolution 2856, paragraphe 6.

¹⁶ *Mental Capacity* (Law Com N° 231), p. 23.

¹⁷ Notes explicatives de la loi *Mental Capacity Act*, paragraphe 10, disponibles sur le site http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/en/ukpgaen_20050009_en.pdf.

- Un *Office of the Public Guardian* est constitué pour agir parallèlement à la *Court of Protection*.
- Un *Code of Practice* (le « **Code** ») accompagne la loi MCA. Le Code donne des conseils et des informations sur la façon dont la loi MCA est appliquée dans la pratique.¹⁸
- Un nouveau droit légal est créé – une autorité générale permettant d'agir dans des circonstances limitées pour le compte d'une personne rendue incapable.
- Les décisions de refus d'administration d'un traitement médical prises à l'avance faisant partie d'un testament de vie (« *Living Will* ») reçoivent une confirmation en droit.

5. **La Court of Protection**

La *Court of Protection* est le tribunal en Angleterre et au Pays de Galles qui est compétent pour juger les affaires des personnes mentalement incapables. La loi MCA a modifié son statut et ses procédures.

La *Court of Protection* peut désormais :

- décider si une personne a la capacité de prendre une décision particulière ;
- faire des déclarations, prendre des décisions ou prononcer des arrêtés portant sur les finances ou le bien-être de personnes n'ayant pas la capacité requise ;
- décider si une procuration de type *Lasting Power of Attorney* ou *Enduring Power of Attorney* est valide ;
- révoquer des représentants (Deputies) ou des mandataires (Attorneys), (les deux étant des personnes désignées pour servir de représentants légaux afin de prendre des décisions pour le compte des personnes n'ayant pas la capacité requise) qui ne s'acquittent pas de leurs responsabilités ; et
- désigner des représentants (Deputies).

6. **L'Office of the Public Guardian (« OPG »)**

L'*Office of the Public Guardian* a été créé en octobre 2007. Ce bureau a pour rôle de protéger les gens dont l'état mental est tel qu'ils ne sont pas en mesure de prendre des décisions.

¹⁸ Le *Code of Practice* est disponible sur le site <http://www.dca.gov.uk/legal-policy/mental-capacity/mca-cp.pdf>.

Il soutient et supervise les mandataires et représentants qui prennent des décisions pour le compte des personnes mentalement incapables et, si nécessaire, il coopère avec d'autres organisations pour faire des enquêtes en cas d'allégations d'abus par des mandataires ou représentants.

Il donne également des informations sur la capacité mentale au public ou aux professionnels qui peuvent en avoir besoin.

7. **Représentants (Deputies)**

Il est préférable de prendre des décisions individuelles pour chaque type particulier de transaction pour les personnes n'ayant pas la capacité nécessaire. Cependant, la *Court of Protection* a le pouvoir de désigner un représentant (appelé « Deputy ») afin de prendre des décisions pour le compte de quelqu'un qui n'en est pas capable et qui ne sera vraisemblablement pas capable d'en prendre à l'avenir non plus. Des représentants peuvent être nommés pour gérer les biens et les affaires d'une personne. La *Court of Protection* peut également nommer un représentant en matière de bien-être personnel dans des cas limités.

Un représentant doit avoir au moins 18 ans. Normalement, des individus recevant une rémunération pour s'occuper d'un incapable ne devraient pas occuper des fonctions de représentant en raison du risque de conflit d'intérêt.

La *Court of Protection* peut nommer deux représentants, ou plus, et préciser s'ils peuvent agir conjointement ou conjointement et solidairement, ou conjointement dans certains cas et conjointement et solidairement dans d'autres. Les pouvoirs et les devoirs d'un représentant seront définis par des décisions de la *Court of Protection*. L'OPG assurera la supervision de l'application des décisions judiciaires.

8. **Procurations durables *Enduring Powers of Attorney* et *Lasting Powers of Attorney***

La procuration *Enduring Power of Attorney* (« **EPA** ») et la procuration *Lasting Power of Attorney* (« **LPA** ») sont les documents permettant à un donateur de nommer un mandataire pour son compte au cas où le donateur perdrait sa capacité, mais ces deux types de procurations peuvent être utilisées comme des procurations ordinaires avant que le donateur ne devienne incapable.

8.1 **Compétence juridictionnelle pour les procurations *Enduring Power of Attorney* et *Lasting Power of Attorney***

En vertu de l'Article 15 de la Convention, les questions concernant les « *pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts* » sont régies par le droit du pays dans lequel le donateur réside habituellement au moment de la rédaction du document. Ceci peut être changé expressément par écrit stipulant

l'application du droit du pays dont la personne est un ressortissant, ou de celui du pays dans lequel il résidait habituellement auparavant, ou encore de celui du pays dans lequel les biens de cet adulte sont situés, pour ce qui est desdits biens. La façon dont ce pouvoir est exercé est régie par le droit de l'État dans lequel il est exercé.

Ainsi, si un ressortissant français résidait habituellement en Angleterre ou au Pays de Galles au moment où il a accordé une telle procuration, par défaut le droit qui lui serait applicable serait le Droit anglais. Cependant, il pourrait indiquer par écrit qu'il voudrait que le Droit français s'applique, sur la base de sa nationalité, ou sur celle de son ancienne résidence habituelle. Ceci pourrait sembler souhaitable, par exemple dans le cas d'un Français travaillant à Londres depuis de nombreuses années et y ayant établi sa résidence habituelle. Sauf indication contraire, le Droit anglais s'appliquera, mais s'il a l'intention de retourner vivre en France à l'avenir, il serait bénéfique d'appliquer le Droit français dès le début, pour le cas où il deviendrait incapable de façon imprévue.

Il est intéressant de noter que la Convention ne régit que les pouvoirs de représentation pouvant être utilisés quand un adulte devient incapable. Le Droit international ne précise pas clairement quelle est la situation pour les procurations EPA et LPA dans la mesure où elles sont utilisées lorsque le donateur est toujours capable. Selon certains, la procuration serait divisible, et cette Convention s'appliquerait seulement après que le donateur est devenu incapable, tandis que la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation s'appliquerait jusqu'à ce moment.¹⁹

8.2 **Procuration *Enduring Power of Attorney***

La procuration *Enduring Power of Attorney*, qui fut créée en 1985, était la première procuration en Droit anglais qui pouvait continuer à être utilisée après la perte de capacité par le donateur.

Depuis le 1^{er} octobre 2007, il n'est plus possible de créer de nouvelles procurations EPA, mais les procurations EPA existantes, celles qui sont enregistrées aussi bien que celles qui ne le sont pas, demeurent valides. Elles sont donc toujours utilisées aujourd'hui, et elles continueront à l'être pendant de nombreuses années.

Quand un mandataire estime que le donateur est mentalement incapable ou est en train de le devenir, ce mandataire doit enregistrer la procuration EPA auprès de l'OPG. Le mandataire pourra alors continuer à utiliser la procuration EPA. Quand la décision de

¹⁹ Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Rapport explicatif de Paul Lagarde, paragraphe 97.

notifier l'OPG de l'intention d'enregistrer la procuration est prise, le mandataire doit en informer le donateur et certains membres de sa famille stipulés.

Cependant, les EPA ne sont pas sans problèmes. Citons notamment l'insuffisance des mécanismes de protection contre les abus. En outre, ces procurations sont limitées aux biens et aux affaires financières. Elles ne permettent donc pas de les utiliser pour des décisions concernant le bien-être personnel.

8.3 **Procuration *Lasting Power of Attorney***

Depuis le 1^{er} octobre 2007, il n'est plus possible de créer de procurations du type *Enduring Power of Attorney*. Un nouveau type de procuration, appelé *Lasting Power of Attorney* (LPA), a été introduit à leur place.

Il existe deux catégories de procurations LPA :

- une procuration LPA pour les biens et autres affaires (qui porte sur les questions financières et remplace effectivement une procuration EPA) et
- une procuration LPA pour le bien-être personnel (qui porte sur les décisions concernant le bien-être personnel et les soins de santé).

Une procuration LPA doit être produite dans le format prescrit.²⁰ Elle doit être signée par le donateur, le(s) mandataire(s) et au moins un fournisseur de certificat (voir plus bas).

Il est possible de nommer plusieurs mandataires. Ils peuvent être désignés pour agir conjointement, conjointement et solidairement, ou un mélange des deux, en fonction des divers types de décisions à prendre.

Le donateur peut limiter les pouvoirs de son mandataire, et il peut aussi donner des conseils au mandataire sur la façon d'exercer ses pouvoirs, mais sans que ce dernier ne soit tenu de les suivre.

Comme c'est le cas avec une procuration EPA, les mandataires peuvent faire des dons dans certaines circonstances limitées.

Le donateur peut nommer (mais il n'est pas tenu de le faire) jusqu'à cinq personnes à notifier au moment de l'enregistrement de la procuration LPA. À la différence des EPA, les personnes ainsi nommées ne doivent pas obligatoirement faire partie de la famille du donateur.

²⁰ Le format prescrit est stipulé dans la réglementation de 2007 concernant les procurations *Lasting Power of Attorney* et *Enduring Power of Attorney* ainsi que les conseils judiciaires (*Public Guardians*) (SI 2007/1253).

Au moins un fournisseur de certificat est nécessaire pour que la procuration LPA soit valide. La stipulation relative à un fournisseur de certificat est l'un des principaux nouveaux mécanismes de protection du régime de la procuration LPA. Le fournisseur de certificat a un rôle de contrôle, afin de confirmer que le donateur comprend bien le document qu'il signe. Un fournisseur de certificat peut être soit quelqu'un qui connaît personnellement le donateur depuis au moins deux ans, soit une personne ayant les compétences professionnelles et l'expertise nécessaires, notamment des professionnels dans les domaines du droit et des soins de santé. Certaines personnes ne peuvent pas être des fournisseurs de certificat, par exemple le mandataire et les membres de la famille du donateur ou du mandataire.

Une procuration LPA n'est pas valide avant d'avoir été enregistrée auprès de l'OPG. La procédure d'enregistrement comprend la notification des personnes devant être notifiées ainsi que le donateur et ses mandataires, et elle prend environ six semaines. Une fois enregistrée, une procuration LPA est immédiatement reconnaissable car elle est estampée par l'OPG sur toutes ses pages.

8.4 **Procuration *Lasting Power of Attorney* – Biens et affaires**

Il s'agit effectivement de la procuration qui se substitue à une procuration EPA. Les mandataires agissant en vertu d'une procuration LPA Biens et affaires peuvent prendre des décisions sur les questions financières et sur celles qui concernent les biens.

L'article 7.36 du Code contient une liste des types de décisions qu'un mandataire est en mesure de prendre (bien que le donateur puisse exclure certaines de celles-ci). Citons notamment :

- l'achat ou la vente de biens ;
- l'ouverture, la clôture ou la gestion d'un compte en banque, d'épargne ou autre compte ;
- la divulgation d'informations financières du donateur ;
- la revendication, la réception et l'utilisation de prestations, pensions, indemnités et remises pour le compte du donateur ;
- l'encaissement de revenus, d'héritages ou d'autres versements de sommes d'argent pour le compte du donateur ;
- la gestion des affaires fiscales du donateur ;

- le paiement des frais d'hypothèque, de loyers et autres dépenses domestiques du donateur ;
- l'assurance, l'entretien et la réparation des biens du donateur ;
- le placement de l'épargne du donateur ;
- l'offre de dons limités de la part du donateur ;
- le paiement de soins médicaux et résidentiels privés ou de soins infirmiers, ou la revendication du droit aux soins du NHS (*National Health Service*) ;
- l'utilisation de fonds du donateur pour acheter un véhicule ou tout autre matériel dont ce dernier peut avoir besoin ;
- le remboursement des intérêts et du capital de tout prêt contracté par le donateur.

8.5 **Procuration *Lasting Power of Attorney* – Bien-être personnel**

Une procuration *Lasting Power of Attorney* – Bien-être personnel est un document tout nouveau qui n'avait pas d'équivalent jusqu'alors en Droit anglais.

En vertu de cette catégorie de procurations LPA, des mandataires peuvent prendre des décisions sur le bien-être personnel du donateur. Ceci inclut une gamme étendue de sujets. Bien que cette expression ne soit pas définie dans la loi MCA, elle comprend les domaines suivants :

- la détermination de l'endroit où une personne devrait habiter et avec qui elle devrait vivre ;
- la gestion de la vie quotidienne, notamment l'alimentation et l'habillement ;
- avec qui la personne peut avoir des contacts ;
- l'acceptation ou le refus d'examens ou de traitements médicaux pour le compte d'une personne ;
- les arrangements requis pour qu'une personne puisse recevoir un traitement médical, dentaire ou ophtalmologique ;
- la fourniture et l'évaluation de services de soins communautaires ;
- les activités sociales et de loisirs, d'éducation et de formation ;
- le droit d'accès aux informations personnelles ;

- les plaintes relatives aux soins et aux traitements.

8.6 **Quelles décisions relatives au bien-être personnel sont exclues ?**

Certaines décisions qui pourraient être caractérisées comme des décisions de bien-être personnel sont spécifiquement exclues. Il s'agit des décisions suivantes :

- Le traitement de tout trouble mental d'un patient détenu en vertu de la loi *Mental Health Act* de 1983
- Les relations familiales, y compris le consentement au mariage, à l'union civile, aux relations sexuelles, au divorce, à la dissolution du mariage ou de l'union civile et au placement d'un enfant en vue d'adoption
- Le droit de vote

La loi MCA ne s'applique pas non plus aux adultes qui sont vulnérables, mais qui conservent néanmoins leur capacité mentale.

9. **Méthode d'évaluation de la capacité actuellement en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles – une combinaison de *common law* et de droit écrit**

9.1 **Comment la loi définit-elle la capacité et l'incapacité ?**

(a) Capacité

« ...signifie l'aptitude de quelqu'un à faire quelque chose et, dans un contexte juridique, cela fait référence à l'aptitude d'une personne à exécuter un acte juridique particulier tel qu'un testament, un legs ou un contrat, ou, de façon générale, l'aptitude à gérer ses biens et ses affaires. »²¹

(b) Incapacité

« ... l'incapacité de conclure une transaction peut être imposée par la loi pour des raisons de politique ou résulte de l'existence d'une affection mentale. ... De nos jours, l'incapacité du fait de la loi s'applique essentiellement aux enfants, la justification d'un tel principe étant qu'ils ont besoin d'être protégés de leur propre inexpérience et imprudence, ainsi que de la rapacité de tiers. Des considérations

²¹ Lush *Elderly Clients: A Precedent Manual* Jordans 1996, p. 53.

similaires s'appliquent dans le cas des adultes ayant une affection mentale qui les handicape. »²²

9.2 **Détermination de la capacité dans le contexte juridique**

Habituellement, il incombe au médecin d'évaluer la capacité et au juriste de décider si cette capacité est établie ou non. Déterminer si une personne est mentalement capable ou non est une fonction judiciaire ; les médecins sont des témoins experts qui présentent au tribunal les éléments de preuves dont celui-ci a besoin pour prendre une décision.

9.3 **La capacité selon les termes de la loi *Mental Capacity Act* de 2005**

La loi MCA repose sur cinq principes statutaires qui sont exposés à l'article 1 de la loi MCA :

- (a) Une personne doit être présumée capable sauf s'il est établi qu'elle ne l'est pas.
- (b) Une personne ne doit pas être traitée comme étant incapable de prendre une décision, sauf si toutes les mesures possibles pour l'aider à prendre une telle décision ont été prises sans produire de succès.
- (c) Une personne ne doit pas être traitée comme étant incapable de prendre une décision simplement parce qu'elle prend une décision dépourvue de sagesse.
- (d) Une action effectuée ou une décision prise en vertu de la loi MCA directement ou indirectement pour le compte d'une personne incapable doit être effectuée ou prise dans ses meilleurs intérêts.
- (e) Avant que cette action ne soit effectuée ou cette décision ne soit prise, il faut déterminer si le but visé par une telle action ou une telle décision pourrait être atteint tout aussi efficacement en employant une manière qui restreint moins les droits et la liberté d'action de la personne concernée.

9.4 **Bref examen de la capacité en *common law***

Les critères de détermination de la capacité en *Common law* coexistent toujours avec la loi MCA, et ils sont toujours utiles, par exemple pour aider à déterminer les niveaux de capacité requis dans des cas particuliers.

²² Ibid.

(a) **La jurisprudence *Re Beaney deceased***

Le principal critère en *common law* pour ce qui est de l'évaluation de la capacité de faire un don entre vifs est énoncé dans un cas de jurisprudence connu sous le nom de *Re Beaney deceased* [1978].²³ L'affaire concernait un don entre vifs portant sur le principal bien de la personne, sa résidence, à sa fille aînée. Mme Beaney en était à un état avancé de démence, et, quelques jours après son admission dans un hôpital, elle avait signé un acte de donation entre vifs transférant le titre de propriété de sa maison à sa fille, qui s'était occupée d'elle pendant un certain nombre d'années. L'année suivante, elle mourut *ab intestat* en laissant peu de biens à diviser entre ses trois enfants. Ses deux enfants les plus jeunes réclamèrent une déclaration d'annulation du don entre vifs pour cause d'incapacité mentale de leur mère à faire ce don au moment pertinent.

Il a été jugé que le niveau de compréhension dépend du type de transaction. Pour un don entre vifs, s'il s'agit d'un petit cadeau de faible importance par rapport à l'ensemble du patrimoine de la personne concernée, il n'est exigé qu'un faible niveau de compréhension. Cependant, si le don représente le seul bien de valeur importante du patrimoine de cette personne, et s'il équivaut donc à l'exercice d'un droit de préemption sur la future succession, dans un tel cas la personne doit avoir un niveau de compréhension égal à celui qu'elle devrait avoir pour signer un testament.

Le degré de compréhension est donc :

- évalué de façon subjective ; et
- étroitement lié à la fonction en ce sens qu'il varie selon la transaction concernée.

Le juge a estimé que la démence de Mme Beaney était à un stade très avancé et qu'elle n'avait donc pas pu avoir un intervalle de lucidité. Elle n'était pas capable de comprendre qu'elle effectuait un don de bien absolu, et par conséquent, le juge a annulé le don.

²³ 1 WLR 770.

(b) **La jurisprudence *Masterman-Lister v Brutton & Co (1&2)*[2002]²⁴ et l'approche subjective**

Cette affaire concerne la détermination du statut de patient ou non d'une personne aux fins de conduite d'un procès (ce qui fait référence à quelqu'un qui peut être incapable de gérer ou d'administrer ses biens et ses affaires pour cause de trouble mental).

La Cour d'appel a jugé que, aux fins de la conduite d'une procédure judiciaire, le critère de capacité à appliquer est basé sur la détermination de la capacité de compréhension par une partie, avec l'assistance des explications d'experts juridiques et d'autres conseillers suivant les besoins de l'affaire, des questions pour lesquelles son consentement ou sa décision sera vraisemblablement nécessaire pendant le déroulement de la procédure.

10. Décisions prises pour le compte de personnes qui ne sont plus capables

10.1 Testaments statutaires et autres décisions prises par la *Court of Protection*

L'article 16 MCA 2005 confère à cette instance judiciaire des pouvoirs décisionnaires étendus en ce qui concerne une personne incapable. Une telle personne est définie comme « P » (précédemment elle était appelée « le patient » mais ceci n'est plus une terminologie acceptable maintenant parce qu'une telle personne, P, peut ne pas être considérée capable de réaliser une transaction, mais elle peut être considérée capable de réaliser d'autres types de transactions) :

« s.16(2) *La Cour peut –*

- a) par le biais d'un arrêt, prendre une décision ou des décisions pour le compte de P en rapport avec l'objet ou les objets de l'affaire, ou*
- b) nommer une personne (un « représentant ») habilitée à prendre des décisions pour le compte de P en rapport avec l'objet ou les objets de l'affaire. »*

Les pouvoirs de prise de décisions de la Cour en rapport avec les biens et les affaires de P couvrent expressément les autorisations suivantes :

- un don de biens appartenant à P ;
- la liquidation des biens de P ; et

²⁴ EWCA Civ 1889.

- la signature d'un testament pour le compte de P.

Si la *Court of Protection* autorise la signature d'un testament, ce document sera appelé un testament statutaire.

Le critère de capacité dépend du moment et de la fonction :

« s.2(1) Aux fins de la présente loi, une personne est censée être incapable en liaison avec une action si, **au moment de la décision**, elle n'est pas en mesure de prendre cette décision elle-même **en relation avec ladite action** en raison de diminution des fonctions mentales ou de perturbations dans le fonctionnement de l'esprit ou du cerveau. »

« s.3(1) Aux fins de l'article 2, une personne est censée être incapable de prendre une décision pour son propre compte si elle ne peut pas –

- a) comprendre les informations associées à la prise de décision,
- b) se souvenir de ces informations,
- c) utiliser ou analyser ces informations dans le cadre de son processus de prise de décision, ou
- d) communiquer sa décision (soit en parlant, soit par une interprétation gestuelle, soit par tout autre moyen). »

Cinq principes fondamentaux doivent être appliqués par la *Court of Protection* pour déterminer si un testament statutaire sera imposé :

- la supposition selon laquelle P a joui d'un bref intervalle de lucidité au moment de la rédaction du testament ;
- pendant cet intervalle de lucidité, il est supposé que P a une connaissance complète du passé et comprend qu'après la signature du testament, il aura une rechute qui le remettra dans son état mental réel, sur la base du diagnostic médical ;
- le cas particulier de P – et non celui d'une personne hypothétique – doit être pris en compte. Par conséquent, les antipathies ou les profondes affections particulières de P pour une certaine personne ou pour une certaine cause sont des facteurs à considérer ;
- on doit supposer que P agit de façon raisonnable, et qu'il bénéficie des conseils d'un juriste compétent ; et

- l'approche utilisée pour juger le cas de P doit être comparée à un examen général de l'ensemble de la situation plutôt qu'à un examen minutieux des composantes individuelles de sa situation.

10.2 Impact du critère des « meilleurs intérêts »

L'article 1(5) MCA 2005 stipule que toute action entreprise ou décision prise au nom ou pour le compte de la personne incapable doit être entreprise ou prise dans ses meilleurs intérêts.

L'article 4 MCA 2005 stipule que la détermination des meilleurs intérêts d'une personne ne doit pas être effectuée seulement sur la base de l'âge et de l'apparence physique de la personne, de son état ou d'un aspect de son comportement qui pourrait conduire à des conclusions injustifiées sur ce que pourraient être ses meilleurs intérêts. Au lieu de cela, il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et, en particulier, la personne effectuant la détermination doit tenir compte de ce qui suit :

- a) s'il semble vraisemblable que P, à un moment quelconque, aura un intervalle de lucidité en liaison avec l'affaire en question ; et*
- b) si cela semble vraisemblable, à quel moment cela se produira.*

Il existe une obligation de permettre et d'encourager P à participer autant que possible et dans les limites de ce qui est raisonnablement réaliste. Par conséquent, il peut être approprié à un moment quelconque pendant le processus d'évaluation de la demande que quelqu'un aille voir P.

Les souhaits et sentiments passés et présents de P (et, en particulier, toutes les déclarations écrites pertinentes qu'il a faites pendant qu'il était capable), les croyances et valeurs qui influenceraient probablement sa décision s'il était capable, et les autres facteurs dont il tiendrait probablement compte s'il en était capable doivent être pris en compte.

Le demandeur doit tenir compte, s'il est possible et approprié de consulter de telles personnes, des points de vue de :

- a) quiconque a été désigné par la personne comme quelqu'un qui doit être consulté sur le sujet en question ou des points similaires,*
- b) quiconque administre des soins à la personne ou a un intérêt dans son bien-être,*
- c) toute personne ayant reçu une procuration Lasting Power of Attorney de la personne, et*

d) tout représentant désigné par la Cour pour la personne (s.4(7) MCA 2005).

Paul Hewitt

Tel : +44 (0)20 7597 6197

Fax : +44 (0)20 7597 6543

Email : paul.hewitt@withersworldwide.com

www.withersworldwide.com

Reform of Guardianship Law
Protection in Common Law
A cross-border comparison between
France and Great Britain

Paul Hewitt
Associé
Withers LLP

Reform of Guardianship Law

Protection in Common Law - A cross-border comparison between France and Great Britain

1. Population movement between Great Britain and France

There is a significant population of Britons who now live on this side of the Channel, and similarly of French citizens who have chosen the United Kingdom as their home.

OECD statistics based on censuses from 2000 indicate that a sizeable proportion are aged over 65.¹

More recent official statistics are not yet available and there are conflicting estimates. However, it is evident that the numbers have increased. It is estimated that 260,000 Britons now live in France on a full-time or part-time basis,² and there are an estimated 500,000 second homes owned in France by Britons.³

Moving in the other direction, it is estimated that, since 1999, approximately 15,000 French citizens have moved to the United Kingdom annually.⁴ There are now some 300,000 French living in the United Kingdom, 70% of whom live in Greater London.⁵

British citizens aged over 15 living in France in 2000

	No of British in France	Expressed as % of total
15-24 years	9,223	12%
25-64 years	56,330	74%
65+ years	10,870	14%
Total	76,423	100%

¹ Statistics available on <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx?QueryName=254&QueryType=View>.

² <http://www.guardian.co.uk/world/2008/mar/07/france>.

³ <http://www.newstatesman.com/200408020014>.

⁴ <http://www.guardian.co.uk/world/2006/apr/08/france.ashleyseager>.

⁵ <http://www.telegraph.co.uk/core/Content/displayPrintable.jhtml;jsessionid=FYO0HF11E2YS3QFIQMFCFGGAVCBQYIV0?xml=/propery/2007/02/22/lpfrench122.xml&site=16&page=0> and <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/mar/23/immigration.france>.

French citizens aged over 15 living in Britain in 2000

	No of French in Britain	Expressed as % of total
15-24 years	18,327	21%
25-64 years	58,831	69%
65+ years	8,181	10%
Total	85,339	100%

2. Statistics relating to dementia

2.1 Alzheimer Europe

Alzheimer Europe is a European initiative pushing for greater recognition of Alzheimer's disease and dementia as a European public health priority. It is supported by the French government. The 'Paris Declaration' includes the following sobering statement:

*'In 2006, close to 5.4 million citizens in the European Union are living with Alzheimer's disease or another form of dementia. With the ageing of the populations in all the Member States of the European Union, these numbers are set to increase and researchers have predicted a doubling of these figures by 2040 in Western Europe and a trebling of these figures in Eastern Europe.'*⁶

2.2 Statistics of people with dementia in Europe

Alzheimer Europe have collated statistics on the numbers of people suffering from dementia in Europe from two major studies, Eurodem and Ferri.⁷

⁶ 'Paris Declaration on the political priorities of the European Alzheimer movement' available on <http://www.dementia-in-europe.eu/upload/SLK56FS387ZG/downloads/ZRCNLVXRLDJS.pdf>.

⁷ Statistics available on the Dementia in Europe website at <http://www.dementia-in-europe.eu/?lm2=OWQAUJKRXAEZ>.

Country	Age Group	Number with dementia (EURODEM)	% of population	Number with dementia (Ferri et al)	% of population
France (2005 figs)	30-99	847,808	1.36%	760,715	1.22%
UK (2004 figs)	30-89	660,573	1.11%	621,717	1.04%

A major new study on the impact of dementia in the United Kingdom was published in February 2007. It suggests that the number of people with dementia in the United Kingdom has increased to 700,000. It estimates that 1,000,000 people in the United Kingdom will suffer from dementia by 2025.⁸

2.3 Relevance to legal practitioners in France and the United Kingdom⁹

The ageing population in Europe and a corresponding rise in the numbers of people with capacity issues has led to legal reform in many member states of the European Union, including the United Kingdom.

The levels of cross border migration, including significant numbers of retired citizens, mean there is an increasing chance that lawyers will have to deal with foreign nationals with issues of capacity.

Example A

An elderly British couple have a 'maison secondaire' in France. They are noticeably forgetful. They decide to gift the maison secondaire to their local cleaning lady who they have known for three years.

Whose law applies to resolve any doubt as to whether they have a proper understanding (the requisite degree of mental capacity) to make such a gift of real property?

⁸ *The Rising Cost of Dementia in the UK* A report into the prevalence and cost of dementia prepared by the Personal Social Services Research Unit (PSSRU) at the London School of Economics and the Institute of Psychiatry at King's College London, for the Alzheimer's Society, 2007, at http://www.alzheimers.org.uk/site/scripts/documents_info.php?categoryID=200120&documentID=342.

⁹ The United Kingdom has three constituent jurisdictions – (1) England & Wales, (2) Scotland, and (3) Northern Ireland. The Channel Islands are Crown dependencies and are not part of the United Kingdom (they owe allegiance to the reigning monarch direct – tradition has it that they do so in the monarch's capacity as Duke of Normandy). The Isle of Man is likewise a Crown dependency. Neither the Channel Islands nor the Isle of Man are part of the European Union.

Would the answer be different if the couple had moved to France and become habitually resident?

Example B

The same elderly British couple also have a bank account in France. They decide to give €200,000 to their gardener in return for a promise that he will look after their vegetable plot for the rest of their lives.

Which court would deal with the issues of capacity? Does the answer differ according to whether they are temporarily or habitually resident in France?

Example C

You are asked for advice in relation to the affairs of a recently widowed French lady. She has a daughter living in Paris and a son who lives in London. She chooses to move to London to live with her son rather than with her daughter in Paris.

She sells the former matrimonial home (in France) and deposits the proceeds in her bank account. Subsequently she says that she has decided to transfer the sale proceeds to her son as a gift.

Leaving aside any issues relating to inheritance, who would decide whether she has capacity to make this gift?

3. Which court has jurisdiction?

An increase in such scenarios, in France, the United Kingdom and elsewhere, has given rise to the need for clarification as to which court has jurisdiction and in what circumstances.

3.1 The Hague Convention for the International Protection of Adults 2000 (the 'Convention') and its application to England & Wales

*'The aging of the world's population, combined with greater international mobility, has created the need for improved international protection for vulnerable adults by means of legal regulation and international co-operation. The increased lifespan in many countries is accompanied by a corresponding increase in the incidence of illnesses linked to old age. As international travel becomes easier, many people reaching the age of retirement decide to spend the last part of their lives abroad.'*¹⁰

¹⁰ 'The Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults – Outline of the Convention, available at <http://www.hcch.net/upload/outline35e.pdf>.

Many legal systems allow adults to arrange in advance how their affairs will be managed in the event that they become no longer capable of managing their affairs themselves, but this raises inevitable questions about which law will apply, who will look after those adults, and with what powers. The Convention 'addresses many of these issues by providing rules on jurisdiction, applicable law and international recognition and enforcement of protective measures.'¹¹

The United Kingdom, Germany, and France have now ratified the Convention. It will therefore come into force in those countries on 1 January 2009. However, in the United Kingdom, the ratification has been limited to Scotland only.

In England & Wales, the Mental Capacity Act 2005 ('**MCA**'), which came into force on 1 October 2007, provides a complete set of rules concerning people who lack capacity and the conflict of laws.¹²

Section 63 and Schedule 3 of the MCA give effect to the Convention, and make related provision for the private international law of England & Wales. This came into force with the MCA in 1 October 2007, save that certain sections come fully into force in England & Wales once the Convention comes into force, on 1 January 2009.

A complicating factor is therefore that by 1 January 2009 the Convention will have full effect in England & Wales, but because this was achieved by virtue of domestic legislation rather than by ratifying the treaty, this will not be recognised by Scotland, Germany and France.

It is understood that the Ministry of Justice is working on full ratification for England & Wales.

3.2 **Provisions of the Mental Capacity Act 2005 relating to jurisdiction**

The MCA outlines the circumstances in which the Court of Protection (see below) will have jurisdiction over adults lacking capacity, based on the provisions of the Convention.

The Court of Protection will have jurisdiction in the following circumstances:

- for an adult lacking capacity habitually resident in England & Wales;
- for the property in England & Wales of an adult lacking capacity (this includes any chose in action or any interest in real or personal property);

¹¹ Ibid.

¹² See Dicey, Morris & Collins *The Conflict of Laws* (Thomson, Sweet & Maxwell), chapter 21.

- for an adult lacking capacity who is present in England & Wales, or who has property there, if the matter is urgent
- for an adult lacking capacity who is present in England & Wales who has a temporary protective measure proposed in relation to him, which only relates to England & Wales.¹³

Under MCA schedule 3, paragraph 7, the Court of Protection can also have jurisdiction over a British citizen if Article 7 of the Convention has been complied with. This means that if the English authorities feel that they are better placed to take measures than a Contracting State which has jurisdiction by reason of habitual residence, they can take action if they inform the State of habitual residence. This does not take effect if the State of habitual residence states that they have or will take the relevant measures, or has ruled that none are needed.

Under MCA schedule 3, paragraph 8 and Article 8 of the Convention, the authorities of a Contracting State who have jurisdiction over an adult lacking capacity can make a request to have jurisdiction transferred elsewhere, if they consider it to be in his interests. This section of the MCA will come into force on 1 January 2009. On this basis, if the Lord Chancellor agrees, the Court of Protection could accept jurisdiction over someone:

- who is British;
- whose previous habitual residence was England & Wales;
- who has property in England & Wales;
- who chose England & Wales as the authority able to take measures on his behalf in a written document related to his protection;
- who has someone prepared to undertake his or her protection who is habitually resident in England & Wales; or
- who is present in England & Wales, but in relation to the protection of his person only.

As things stand, the anomaly is that under Article 8 of the Convention, France may only make a request to another Contracting State, and in international law, England & Wales are not Contracting States. This raises an interesting technical legal problem. One view is that it seems that, under the MCA, the Court of Protection in England & Wales has the

¹³ MCA 2005 schedule 3 para 7.

jurisdiction to receive a request from a Contracting State. France could therefore make a request, seemingly outside the terms of the Convention, and the English Court could still accept jurisdiction.

Consider, for example, a British man who moved to Provence for his retirement, became habitually resident in France and then lost capacity. His daughter still lives in London, and would be prepared to take responsibility for his financial and personal affairs. Under the terms of Article 5 of the Convention, France has primary responsibility to take measures on his behalf, but France might think it was in his best interests to transfer this responsibility to the English Court of Protection, so that his daughter could care for him. France could not make the request under Article 8, because England and Wales is not a Contracting State. However, if they made a request to England, England could still accept the request under the MCA.

3.3 Which law will the Court of Protection apply?

As a general rule, the Court of Protection will apply English law. However, if it thinks that a matter has a 'substantial connection' with another country, it may apply that country's law. Similarly, it recognises that if a protective measure was taken in one state and implemented in a second state, the law of that second state governs its implementation.¹⁴ These provisions are based on Articles 13 and 14 of the Convention.

For example, if the Court decides that a person's property abroad needs to be sold abroad, the law of the second country should apply to the sale.

4. Mental Capacity Act 2005

4.1 Background and Human Rights

The MCA came into force on 1 October 2007. It followed many years of proposals for reform.

An important factor that influenced reform was a desire to better protect the human rights of those who are mentally incapacitated. The Law Commission, which advises the government on law reform in England & Wales, produced a report in 1995 on 'Mental Incapacity'.

It cited the United Nations' 1971 'Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons', which stated that '*the mentally retarded person has a right to protection from*

¹⁴ MCA 2005 schedule 3 paragraphs 11 and 12.

*exploitation, abuse and degrading treatment.*¹⁵ The Law Commission identified the Declaration as part of a '*considerable body of international opinion which identifies unacceptable discrimination in the ways in which those who have mental disabilities (and especially mental illness) have been dealt with in the past by medical practitioners, the law and society as a whole.*'¹⁶

The United Kingdom finally gave effect in domestic law to sections of the European Convention on Human Rights by the Human Rights Act 1998. The explanatory notes which accompany the MCA note that it '*meets the state's positive obligation under Article 8 ... to ensure respect for private life.*'¹⁷

4.2 Overview of the Mental Capacity Act 2005

The main changes effected by the MCA are:

- For the first time, the level of capacity that a person must have to make a specific decision is given a statutory footing. Five statutory principles assist in deciding how decisions are made and who makes them.
- Enduring Powers of Attorney were abolished and replaced by Lasting Powers of Attorney (see below for explanation).
- Lasting Powers of Attorney can be used for financial decisions. They can also be used for delegating decisions about health and welfare (not previously permitted).
- A new Court of Protection was established with a higher status.
- The Court of Protection can decide welfare matters as well as financial matters.
- The Office of the Public Guardian was set up to act alongside the Court of Protection.
- A Code of Practice (the '**Code**') accompanied the MCA. The Code gives guidance and information about how the MCA works in practice.¹⁸

¹⁵ *Mental Capacity* (Law Com No.231) p. 17, citing the *Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons*, 1971 UN General Assembly, 26th Session, Resolution 2856, para 6.

¹⁶ *Mental Capacity* (Law Com No.231), p. 23.

¹⁷ Mental Capacity Act Explanatory Notes, para 10, available at http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/en/ukpgaen_20050009_en.pdf.

¹⁸ The Code of Practice is available online at <http://www.dca.gov.uk/legal-policy/mental-capacity/mca-cp.pdf>.

- A new legal right was created – a general authority to act in limited circumstances for an incapacitated person.
- Advance decisions to refuse medical treatment (*Living Wills*) were given statutory confirmation.

5. **The Court of Protection**

The Court of Protection is the court in England & Wales which deals with the affairs of those who lack mental capacity. The MCA changed its status and procedures.

The Court can now:

- decide whether a person has capacity to make a particular decision;
- make declarations, decisions or orders involving the finances or welfare of people without capacity;
- decide whether a Lasting Power of Attorney or an Enduring Power of Attorney is valid;
- remove Deputies or Attorneys (who are the people appointed to act as representatives to make decisions for those who lack capacity) who fail to carry out their duties; and
- appoint Deputies.

6. **The Office of the Public Guardian ('OPG')**

The Office of the Public Guardian was established in October 2007. Its role is to protect people whose mental incapacity means that they are unable to make decisions.

It supports and supervises Attorneys and Deputies who make decisions on behalf of those who lack mental capacity, and if necessary acts with other organisations to investigate allegations of abuse by Attorneys and Deputies.

It also provides information on mental capacity to the public or professionals who may need it.

7. **Deputies**

The preference is to make individual orders in relation to specific types of transaction for those who lack capacity. However, the Court of Protection has the power to appoint a Deputy to make decisions for someone whose lack of capacity to make such decisions is likely to continue in the future. Deputies can be appointed to manage a person's property and affairs. It is also possible for the Court to appoint a personal welfare Deputy in limited cases.

A Deputy must be at least 18 years of age. Paid care workers should not normally act as a Deputy, because of the potential for there to be a conflict of interest.

The Court can appoint two or more Deputies and state whether they could act jointly or jointly and severally or jointly in respect of some matters and jointly and severally in respect of others. The powers and duties of a Deputy will be set out in orders made by the Court. They will be supervised by the OPG.

8. **Enduring Powers of Attorney and Lasting Powers of Attorney**

The Enduring Power of Attorney ('EPA') and Lasting Power of Attorney ('LPA') are the documents by which a donor appoints an Attorney to make decisions for him in the event of him losing capacity, but both can be used as normal powers of attorney before the donor loses capacity.

8.1 **Jurisdiction relating to Enduring Powers of Attorney and Lasting Powers of Attorney**

Under Article 15 of the Convention, matters relating to '*powers of representation granted by an adult, either under an agreement or by a unilateral act, to be exercised when such an adult is not in a position to protect his or her interests*' are governed by the law of the country where the donor is habitually resident at the time of writing the document. This can be changed, if specified in writing, to the law of the state of which that person is a national, or in which he was formerly habitually resident, or in which that adult's property is located, with respect to that property. The manner in which the power is exercised is governed by the law of the state in which it is exercised.

Thus if a French national was habitually resident in England & Wales at the time of granting a power, by default the law applicable to it would be English law. However, he could specify in writing that he would like French law to be applied, on the basis of his nationality, or former habitual residence. This might be seen as desirable, for instance in the case of a Frenchman working in London for many years who has become habitually resident. Unless otherwise specified, English law will apply, but if his intention is ultimately to return to France, it would be beneficial to apply French law from the outset, in case he unexpectedly loses capacity.

Interestingly, the Convention only relates to powers of representation to be used when an adult loses capacity. It is not clear in international law what the position is for EPAs and LPAs in so far as they are used when the donor still has capacity. One view is that the power would be divisible, so that the Convention would apply after the donor has lost

capacity, and the *Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency* would apply beforehand.¹⁹

8.2 **Enduring Powers of Attorney**

Enduring Powers of Attorney, introduced in 1985, were the first English power of attorney which could continue to be used once the donor had lost capacity.

Since 1 October 2007, it has no longer been possible to create new EPAs, but existing EPAs, both registered and unregistered, remain valid. They are therefore still in use, and will be for many years to come.

When an Attorney believes that the donor is or is becoming mentally incapable, the Attorney is under a duty to register the EPA with the OPG. On that basis the Attorney is entitled to continue to use the EPA. When a decision is made to inform the OPG of an intention to register the power, the Attorney must notify the donor and specified relatives.

However, there are problems with EPAs. Notably, there are limited safeguards against abuse. They are restricted to property and financial affairs and so there is no possibility of using them for personal welfare decisions.

8.3 **Lasting Powers of Attorney**

Since 1 October 2007, it has no longer been possible to create an Enduring Power of Attorney. Instead a new power of attorney, the Lasting Power of Attorney, was introduced.

An LPA can be in one of two forms:

- a property and affairs LPA (which deals with financial matters and effectively replaces an EPA), and
- a personal welfare LPA (which covers decisions concerning personal welfare and healthcare).

An LPA must be produced in the prescribed form.²⁰ It must be signed by the donor, the Attorney(s) and at least one certificate provider (see below).

¹⁹ Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults, Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraph 97

²⁰ The prescribed form is set out in the Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations 2007 (SI 2007/1253).

More than one Attorney may be appointed. They may be appointed jointly, jointly and severally, or a mixture of jointly and jointly and severally for different types of decision.

The donor can restrict an Attorney's powers, and can also give an Attorney non-binding guidance as to how to use those powers.

As with an EPA, Attorneys can make gifts in certain limited circumstances.

The donor may (but does not have to) name up to 5 people whom they wish to be notified when the LPA is registered. Unlike EPAs, the named persons do not have to be related to the donor.

At least one certificate provider is required for a valid LPA. A certificate provider is one of the key new safeguards of the LPA regime. The certificate provider's role is one of scrutiny to confirm that the donor fully understands the document he is signing. A certificate provider can either be someone who has known the donor personally for at least two years or a person with relevant professional skills and expertise including healthcare professionals and legal professionals. Some people cannot be certificate providers, importantly the Attorney and relatives of the donor or the Attorney.

An LPA is not valid until it has been registered with the OPG. This process involves notifying the notifiable persons and the donor and Attorneys and takes around six weeks. A registered LPA is immediately recognisable as it is stamped by the OPG on all pages.

8.4 Lasting Power of Attorney – Property and Affairs

This is effectively a replacement for an EPA. Attorneys acting under a property and affairs LPA can make decisions about financial and property matters.

Paragraph 7.36 of the Code gives a list of the kinds of decisions which an Attorney would be able to make (although the donor may exclude some of these). These might include:

- buying or selling property;
- opening, closing or operating any bank, building society or other account;
- giving access to the donor's financial information;
- claiming, receiving and using benefits, pensions, allowances and rebates on the donor's behalf;
- receiving any income, inheritance or other entitlement on behalf of the donor;
- dealing with the donor's tax affairs;

- paying the donor's mortgage, rent and household expenses;
- insuring, maintaining and repairing the donor's property;
- investing the donor's savings;
- making limited gifts on the donor's behalf;
- paying for private medical care and residential care or nursing fees or applying for entitlement to NHS care;
- using the donor's money to buy a vehicle or any other equipment for other help they need;
- repaying interest and capital on any loan taken out by the donor.

8.5 **Lasting Power of Attorney – Personal Welfare**

A Lasting Power of Attorney Personal Welfare is a new document which had no previous equivalent in English law.

Under this kind of LPA, Attorneys can make decisions about the donor's personal welfare. This includes a wide range of matters. Although there is no definition of the term in the MCA it would include:

- determining where a person should live and with whom they should live;
- day to day care including diet and dress;
- who the person may have contact with;
- consenting to or refusing medical examination or treatment on a person's behalf;
- arrangements needed for a person to be given medical, dental or optical treatment;
- assessment for, and the provision of, community care services;
- social, leisure activities, education and training;
- rights of access to personal information;
- complaints about care and treatment.

8.6 What personal welfare decisions are excluded?

Some decisions which might be characterised as personal welfare decisions are specifically excluded. These are:

- The treatment of the mental disorder of a patient detained under the Mental Health Act 1983
- Family relationships, including consenting to marriage, civil partnership, sexual relations, divorce, dissolution of marriage or civil partnership, and placing a child for adoption
- Voting rights

The MCA also does not apply to adults who are vulnerable, but who nonetheless still have capacity.

9. How capacity is now assessed in England & Wales – a blend of common law and statute

9.1 How does the law define capacity and incapacity?

(a) Capacity

*'...means someone's ability to do something and, in a legal context, it refers to a person's ability to perform a specific juristic act, such as making a will, a gift, a contract.., or generally being able to manage his or her property and affairs.'*²¹

(b) Incapacity

*'... the inability to enter into a transaction, is either imposed by the law for policy reasons or arises by reason of mental disorder. ... Nowadays, incapacity by operation of the law applies principally to children, the underlying policy being that they need to be protected from their own inexperience and imprudence and from the rapacity of others. Similar considerations apply in the case of mentally disabled adults.'*²²

²¹Lush *Elderly Clients: A Precedent Manual* Jordans 1996, p53.

²² Ibid.

9.2 **Determining capacity in the legal context**

Usually it is the doctor's function to assess capacity and the lawyer's to decide if it is established or not. The determination of whether a person is mentally capable or not is a judicial function; doctors are expert witnesses who provide the court with the evidence it needs to decide.

9.3 **Capacity under the Mental Capacity Act 2005**

The MCA is based on five statutory principles, which are set out in section 1 MCA:

- (a) A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks it.
- (b) A person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success.
- (c) A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision.
- (d) An act done or decision made under the MCA for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.
- (e) Before the act is done or decision made, regard must be had to whether the purpose for which it is needed can be as effectively achieved in a way that is less restrictive of the person's rights and freedom of action.

9.4 **Some considerations of capacity in common law**

Common law tests of capacity still exist alongside the MCA, and provide further guidance, for instance as to levels of capacity required in particular circumstances.

(a) ***Re Beaney deceased***

The principal common law test in relation to assessing capacity to make a lifetime gift is set out in a case known as *Re Beaney deceased* [1978].²³ The case concerned a lifetime gift of the individual's principal asset, her home, to her eldest daughter. Mrs Beaney suffered from advanced dementia and a few days after being admitted to hospital she signed a deed of gift transferring her home to her daughter who had cared for her for a number of years. The following year she died intestate leaving few assets to be divided between her three children.

²³ 1 WLR 770.

Her younger children applied for a declaration to have the gift set aside on the basis of her mental incapability to make the gift at the relevant time.

It was held that the level of understanding required depends on the type of transaction. For a lifetime gift, if it is a small gift which is trivial in relation to the person's other assets, a low level of understanding is needed. However, if the gift disposes of the person's only valuable asset, and therefore pre-empts the succession of the estate, then the person needs as much understanding as if they were signing a will.

The degree of understanding is therefore:

- Subjectively assessed, and
- Function-specific in that it will vary according to the transaction concerned.

The Judge held that Mrs Beaney's dementia was very advanced and it was therefore impossible for her to have a lucid interval. She was not capable of understanding that she was making an absolute gift of property and accordingly the deed of gift was set aside.

(b) ***Masterman-Lister v Brutton & Co (1&2)[2002]*²⁴ and the subjective approach**

The case addresses whether a person was a patient for the purposes of conducting litigation (meaning someone unable to manage or administer his property and affairs by reason of mental disorder).

The Court of Appeal held that, for the purposes of conducting legal proceedings, the test of capacity to be applied is whether a party is capable of understanding, with the assistance of such explanation from legal experts and others as the matter might require, the issues on which his consent or decision is likely to be necessary in the course of the proceedings.

10. Decisions made on behalf of those who have lost capacity

10.1 Statutory Wills and other decisions taken by the Court of Protection

Section 16 MCA 2005 gives the court wide powers to make an order concerning a person who lacks capacity. That person is defined as 'P' (previously one referred to 'the patient')

²⁴ EWCA Civ 1889.

but that is no longer acceptable terminology because someone, P, may lack capacity in relation to one transaction but not in relation to other types of transaction):

“s.16(2) The court may –

- a) by making an order, make the decision or decisions on P’s behalf in relation to the matter or matters, or*
- b) appoint a person (a “deputy”) to make decisions on P’s behalf in relation to the matter or matters.”*

The court’s power to make decisions in relation to P’s property and affairs extends expressly to authorising:

- a gift of P’s property;
- the settlement of P’s property ; and
- the execution for P of a Will.

If the Court of Protection authorises the execution of a Will that document is known as a statutory will.

The test for capacity is time and function specific:

*“s.2(1) For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if **at the material time** he is unable to make a decision for himself **in relation to the matter** because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain.”*

“s.3(1) For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable –

- a) to understand the information relevant to the decision,*
- b) to retain the information,*
- c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or*
- d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means).”*

There are 5 core principles to be applied by the Court of Protection in determining whether a statutory will may be made:

- the assumption that P is having a brief lucid interval at the time when the will was made;
- during that lucid interval it is to be assumed that P has full knowledge of the past and will realise that as soon as the will is executed he will relapse back into his actual mental state with his actual prognosis;
- P and not a hypothetical person has to be considered. Therefore, P's particular antipathies or deep affections for a particular person or cause must be considered;
- P must be assumed to be acting reasonably and must be assumed to be being advised by a competent solicitor; and
- the approach of P is "broad brush" rather than an "accountant's pen".

10.2 Impact of 'best interests' test

Section 1(5) MCA 2005 states that any act done, or decision made, for or on behalf of the person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.

Section 4 MCA 2005 stipulates that determining a person's best interests is done not merely on the basis of the person's age or appearance or condition or aspect of behaviour which might lead to unjustified assumptions about what might be in his best interests. Instead, all relevant circumstances must be considered and, in particular, the person making the determination must consider:

- a) whether it is likely that P will at some time have capacity in relation to the matter in question; and*
- b) if it appears likely that he will, when that is likely to.*

There is an obligation to permit and encourage P to participate as fully as possible as far as is reasonably practicable. Therefore, it may be appropriate at some point during an application for someone to visit P.

P's past and present wishes and feelings (and, in particular, any relevant written statement made by him when he had capacity), the beliefs and values that would be likely to influence his decision if he had capacity, and the other factors that he would be likely to consider if he were able to do so must be considered.

The applicant must take into account, if it is practicable and appropriate to consult them, the views of:

- a) *anyone named by the person as someone to be consulted on the matter in question or on matters of that kind,*
- b) *anyone engaged in care of the person or interested in his welfare,*
- c) *any donee of a Lasting Power of Attorney granted by the person, and*
- d) *any deputy appointed for the person by the Court (s.4(7) MCA 2005).*

Paul Hewitt

Tel : +44 (0)20 7597 6197

Fax : +44 (0)20 7597 6543

Email : paul.hewitt@withersworldwide.com

www.withersworldwide.com

CONVENTION NATIONALE des AVOCATS – LILLE
Vendredi 17 octobre 2008 9 H00 – 12 H 45

LA REFORME DES TUTELLES –

Une approche comparative des systèmes de protection majeurs en droit international

Comment est née la

**LOI n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant
réforme de la protection juridique des majeurs (1)?**

Comme nous l'avons pu entendre au cours des différentes interventions depuis ce matin, la loi nationale a été largement inspirée par des législations européennes et il m'a été confié la mission d'évoquer avec vous la mesure de protection des majeurs en Allemagne.

Le législateur allemand a été amené à élaborer dès la fin des années 80 une protection plus adaptée aux personnes vulnérables et a légiféré, résultat de la loi du 12 septembre 1990, rentrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992 (qui a été modifiée en fonction des besoins).

Auparavant, existaient une loi de tutelle des majeurs (Vormundschaft) ainsi qu'une loi de protection en cas de défaillance physique (Gebrechlichkeitspflegschaft).

Le nouveau texte a mis fin à ces deux mesures qui se sont révélées inadaptées et inefficaces et surtout ancrées sur des critères qui ne permettaient pas de prendre en considération la personne même à protéger!

Certes, sous une influence économique, les anciens textes se préoccupaient plus particulièrement de sécuriser le patrimoine de la personne à protéger qu'elle-même.

Sous influence des philosophes, sociologues, politiciens et juristes le gouvernement allemand a souhaité une législation plus appropriée et modulable en fonction de la gravité du caractère du trouble / maladie dont la « personne concernée » (Betroffene) est touchée.

La loi sur la protection légale (rechtliche Betreuung) a été incorporée dans le BGB équivalent de notre Code Civil à partir des § 1896 du BGB.

Selon cet article,

» Un majeur qui en raison d'une maladie physiologique, psychologique ou mentale ne peut plus gérer même partiellement ses affaires, le tribunal chargé de protection (Vormundschaftsgericht) à sa demande ou sur demande administrative peut nommer un protecteur (Betreuer).

Cette demande peut aussi être faite par une personne ne disposant pas de la capacité juridique. Si le majeur n'est pas en mesure de gérer ses affaires personnelles en raison d'une incapacité

physique, le protecteur ne peut être nommé qu'à sa demande à moins qu'il n'est plus en mesure de faire connaître sa volonté ».

Il faut mémoriser qu'en 1999, 850 000 personnes étaient concernées par cette mesure sur tout le territoire national (la réunification des deux Allemagnes a eu lieu en 1989/ 1990 enclenchée sur un plan international par l'effondrement du mur de Berlin).

Tous les politiques ont été alertés par le phénomène de l'allongement de l'espérance de vie et le vieillissement corrélatif de la population.

En France, Madame Rose BOUTARIC dans son rapport présenté en vue de l'élaboration de la réforme sur la loi des tutelles au Conseil économique et social a évoqué que plus de 1 % de la population française se trouve actuellement sous un régime de protection juridique (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice), et que le taux de croissance de ces mesures est d'environ 8 % par an. Ses prévisions sont au plus juste étant donné que le nombre des personnes protégées se situe aujourd'hui à 800 000 et pourraient même avoisiner un million de personnes.

Les critiques de l'ancien système en Allemagne étaient multiples car il plaçait la personne à protéger non seulement dans un état de dépendance par rapport à son tuteur mais ne laissait en outre aucune place pour que la volonté et les souhaits de la personne concernée puissent s'exprimer et influencer sur son mode de vie. N'évoquons pas non plus la surcharge des personnes désignées « tuteurs » pour assurer le bon déroulement de la mesure (aspect financier, formation, disponibilité,...).

Aujourd'hui nous parlons d'une **PROTECTION - Betreuung (littéralement "régime des soins")**

La personne à protéger n'est plus déclarée incapable au sens du terme juridique.

La personne majeure qui ne peut plus en raison de sa maladie pourvoir à ses affaires se verra désignée un « protecteur ».

Toutes les dispositions pour enclencher cette protection sont établies dans le **§ 1896 al.1 du BGB**.

Une des conditions principales pour justifier cette mesure est la nécessité d'une aide / intervention.

Celle-ci peut être fondée en l'état

- a) d'une maladie psychologique
- b) d'une maladie mentale
- c) d'un état dépressif
- d) d'un état d'incapacité physique (paralysie)
- e) d'un état de dépendance et de nécessité de prise en charge

à l'aide de toutes mesures d'investigations (témoignages, expertises médicales, ...).

Il est expressément rappelé que le texte vise que la mesure de protection doit s'avérer nécessaire voire indispensable pour la personne à protéger.

L'intervention du protecteur est particulièrement détaillée par la désignation et il est souligné que le législateur a conçu la protection comme une aide à la personne à protéger et chaque intervention dans la sphère et dans l'intimité doit être limitée par le principe du droit fondamental constitutionnel de la « **nécessité** ».

C'est dans ce contexte qu'il faut d'abord chercher dans l'entourage familial / amical de la personne à protéger pour désigner un tuteur "protecteur".

Le § 1898 BGB permet au tribunal de désigner plusieurs tuteurs "protecteurs" ou une personne morale (organisme professionnel ou encore une association légalement habilitée (§1900 BGB).

Il s'agit en effet d'apprécier en fonction des besoins spécifiques de la personne la mise en place d'une mesure de protection (aide à domicile, simple accompagnement pas de nécessité).

Le tuteur "protecteur" doit se soucier de l'état de santé de l'incapable, éviter l'aggravation de cet état ou encore permettre son amélioration (§ 1901 BGB).

Si la personne a mandaté un professionnel aux fins de s'occuper de la gestion de ses affaires patrimoniales avant l'apparition des signes de faiblesse le tribunal devra en tenir compte, également si la personne est toujours capable de missionner quelqu'un (un comptable, conseiller) pour gérer son patrimoine.

Exception, lorsque le mandataire désigné doit être contrôlé, et que la personne à protéger n'est plus en mesure d'effectuer ce contrôle, c'est alors § 1896 al. 3 qui prévoit la nomination d'un contrôleur du protecteur.

Autrement, le mandat trouve sa pleine application.

A tout moment, la personne protégée et son protecteur peuvent informer le tribunal qu'il n'y a plus besoin de maintenir de cette mesure.

La durée de la mesure de protection est limitée à 5 ans. Il appartient au juge de lever la mesure de protection si les circonstances ayant justifiées sa mise en place ont disparu (§ 1908 d BGB).

La loi distingue entre mesure de protection et déclaration d'incapacité, qui est précisée dans le § 104 Nr. 2 BGB et qui dispose « *Est incapable qui n'est pas libre de manifester sa volonté en raison de son état de perturbation malade psychique et s'il ne s'agit pas d'un état passager* ».

Une règle particulière :

Si, effectivement le tribunal s'est réservé un droit d'autorisation pour que les affaires menées par la personne à protéger accompagnée de son protecteur soient valables, il faut préalablement en

référer à la juridiction, surtout, si la personne mettrait en danger ses propres intérêts ou s'il risque d'être impliqué dans des affaires quelque peu délicates et en prévention du risque de ne pas pouvoir ultérieurement justifier de son état d'incapable.

La personne à protéger peut se marier, faire son testament (sous réserve de comprendre sa déclaration et d'en mesurer les conséquences), et un droit d'autorisation n'existe pas dans ces domaines car l'intervention du protecteur n'est pas requise et le droit vote est conservé par le protégé.

Exception, si une mesure de protection élargie est mise en place !