

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=INSO&ID_NUMPUBLIE=INSO_138&ID_ARTICLE=INSO_138_0006

Incapables et/ou protégés ?. Sur le projet de réforme du droit des incapacités

par Jean HAUSER

| Caisse nationale des Allocations familiales | Informations sociales

2007/2 - N° 138

ISSN | pages 6 à 19

Pour citer cet article :

— Hauser J., Incapables et/ou protégés ?. Sur le projet de réforme du droit des incapacités, Informations sociales 2007/2, N° 138, p. 6-19.

Distribution électronique Cairn pour Caisse nationale des Allocations familiales.

© Caisse nationale des Allocations familiales. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Jean Hauser – professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux-IV (CERFAP)

Incapables et/ou protégés ?

Sur le projet de réforme du droit des incapacités



D'un droit qui visait d'abord à protéger le patrimoine, le législateur, dans son projet actuel de réforme des tutelles, fait place en priorité à la protection de la personne. Et selon deux principes : la subsidiarité, qui vient renforcer les liens du couple, et la prévisibilité, avec le mandat de protection future, par lequel la personne désigne à l'avance qui assurera sa protection.

Une société se reconnaît notamment à la façon dont elle traite ses incapables. Si les Romains pensaient que Jupiter rendait fous ceux qu'il voulait perdre, il nous appartient, au contraire, après des siècles d'évolution des idées, de les insérer dans un dispositif qui les sauve tout en respectant au maximum leur personnalité.

Traiter des insuffisances mentales par une diminution des moyens juridiques d'action est une méthode classique qui nous vient des Romains et, même si le raccourci est désormais contesté, le procédé n'est guère discutable dans son principe ⁽¹⁾. À la base, c'est la minorité qui justifie la technique de la privation de droits. Elle sert d'ailleurs de référence juridique dans le Code civil, où l'incapacité des majeurs n'est souvent traitée que par référence à la protection des mineurs ⁽²⁾. Le but de cette diminution de capacité n'est plus, au moins ouvertement, le même. À côté de l'idée de protection de la personne qui est devenue prépondérante, la protection des tiers,

héritiers essentiellement, était aussi, et parfois surtout, un élément essentiel. C'est que le majeur incapable mettait en péril l'héritage éventuel qu'il représentait en une époque où la transmission des biens était l'unique moyen de s'établir, à défaut d'un salariat organisé (3). La technique de l'incapacité avait donc aussi pour but d'éviter les actes inconsidérés ayant pour effet de ruiner le patrimoine familial. Ce raisonnement ne saurait être désormais dominant et notre époque, volontiers sociale et personnaliste, met plutôt l'accent sur la protection que sur l'interdiction patrimoniale (4).

Le changement doit aussi beaucoup à deux transformations extérieures au droit mais qui ont profondément marqué les réformes juridiques.

Pour les personnes mentalement atteintes, l'évolution considérable de la psychiatrie et de la psychologie ainsi que du regard jeté sur celles-ci a contribué à modifier totalement le point de vue. C'est en 1838 que, pour la première fois, on considère le fou comme un malade, opinion novatrice donnant naissance à une loi qui, à côté des dispositions du Code civil, régira pendant très longtemps (5) le droit des malades hospitalisés pour troubles mentaux.

En même temps, les catégories dépendantes de ces textes ont, elles aussi, sensiblement évolué. Si l'incapable de naissance, atteint d'une maladie originelle, demeure bien entendu une catégorie importante, ces dernières années ont vu croître une autre catégorie qui est celle des grands vieillards, en augmentation du fait de l'allongement de la vie (6). Or, il n'est pas certain que le problème juridique se pose de façon semblable pour ces derniers et pour les autres incapables majeurs. Ceux-là ont un passé juridique, ont pu réunir un patrimoine d'une certaine importance – dont la gestion va s'imposer – n'ont peut-être plus de parents proches s'ils ont survécu à leur descendance (7), ce qui est désormais courant, etc. Or le droit civil régissant les incapables majeurs, à l'époque devenu totalement obsolète, a été réformé par la loi du 3 janvier 1968, suivant de peu celle de 1964 sur les incapables mineurs, à laquelle d'ailleurs elle renvoyait pour partie. Si cette réforme traduisait un modernisme de bon aloi, on est tout de même obligé de constater que, près de quarante ans après, le texte est

inadapté sur bien des points en raison de l'évolution des idées et des catégories d'incapables précédemment décrites. Le législateur de 1968, quoique modérément, a continué à raisonner en termes d'incapacité et à donner la prépondérance à l'aspect patrimonial. Le contentieux s'est considérablement développé et bien des dispositions législatives sont devenues lacunaires. Les idées nouvelles, en même temps que l'encombrement des juridictions des tutelles, ont conduit à remettre en cause la répartition entre les différentes techniques de protection, souvent pour privilégier les plus légères, alors que la législation s'appesantissait surtout sur les plus lourdes (8). La nécessité d'une réforme d'un texte qui datait de près de quarante ans est apparue à la suite de ces mutations, mais on a alors découvert un paysage très différent de celui de 1968. La variété heureuse des mesures créées en 1968, impliquant notamment une participation importante de l'État, devait logiquement conduire à créer une sorte de "service public des tutelles" qui n'a été que très partiellement aménagé. En pratique, l'autorité publique a laissé se développer un important secteur de protection des incapables majeurs confié par délégation à différents organismes, avec la création, dans un certain désordre, de professions spécialisées aux statuts divers et qui avaient désormais leur mot à dire dans toute réforme, voire des revendications précises à formuler. Alors que la réforme de 1968 était encore de pur droit civil, celle du début du XXI^e siècle est inévitablement devenue juridico-sociale, avec ce qu'implique la participation de plusieurs ministères et des coûts sans rapport avec les réformes passées. La réflexion, entamée en 1995, a fait l'objet de nombreux rapports, études et commissions (9) et a nécessité quantité d'arbitrages sociaux et financiers qui ont certainement contribué à retarder l'éclosion de la réforme. Un projet, finalisé dans le courant de l'année 2006, devrait être soumis à la procédure parlementaire avant la fin de l'année mais la prudence reste de rigueur sur un dossier où les intérêts sont multiples et où le politique ne s'investit pas toujours avec conviction.

En dehors même de ces blocages, il n'est pas non plus exclu que la matière elle-même génère des questions de principe qu'il n'est pas toujours facile de trancher.

Quels sujets protéger ?

Si l'on sort de la définition juridique cadrée du droit des incapacités, qui repose nécessairement sur une décision judiciaire prise après des avis médicaux, l'incapacité est susceptible, à notre époque, de déclinaisons beaucoup plus variées (10). La complexité de la vie sociale ainsi que le désordre juridique des textes, notamment sociaux, qui devraient être au contraire parmi les plus simples, ont contribué à créer une catégorie intermédiaire de personnes que l'on ne définira plus par un classement juridique, fruit d'une procédure précise, mais par une catégorisation sociologique dont l'inconvénient classique est évidemment le caractère flou. Le 102^e congrès des notaires, s'il a accordé une place très importante aux incapables, a élargi son thème aux "personnes vulnérables", parmi lesquelles on retrouve de nombreuses catégories de personnes civiles non classées incapables, mais justifiant une protection particulière (11). Ainsi pourrait-on envisager que se recrée une branche du droit qui irait de la protection des consommateurs aux incapables, en passant par les surendettés, qui comprendrait une nébuleuse des "personnes vulnérables". Certes, l'incapacité apparaît plutôt comme une privation de droits en vue de la protection, alors que les mesures modernes de protection des personnes vulnérables consisteraient plutôt à accorder davantage de droits à ces personnes, mais la frontière est très floue. Quand le Code de la consommation interdit à un emprunteur d'accepter un prêt avant un certain délai, c'est la liberté de son consentement qui est certes protégée mais par un procédé qui consiste tout de même en une interdiction qui porte atteinte – pour la bonne cause – à sa liberté. Ainsi pourrait-on échapper, comme l'ont fait nombre de législations européennes, à la connotation négative du terme incapacité – que le projet de réforme abandonne – pour insister sur la protection du sujet, protection dont les limites devraient logiquement être rigoureusement réduites au strict nécessaire, ce qui pose alors un autre problème.

Existe-t-il une capacité naturelle ?

L'idée qu'il puisse y avoir un minimum de droits liés à la personnalité dont l'individu ne puisse être privé,

même s'il est mentalement atteint, n'est pas nouvelle. Si l'on admet que l'exercice d'un droit suppose un jugement lié à la personnalité elle-même de l'individu et que son exercice par représentation est inconcevable – songeons par exemple à tous les droits liés à la parenté, à la filiation, etc. – deux solutions demeurent. Ou bien l'individu conserve une lucidité suffisante, fût-elle passagère, pour exercer ce droit naturel, ou bien il en est hors d'état et le droit devient impossible à exercer. La question est particulièrement délicate. Le droit classique ne l'avait pas complètement ignorée et on admettait que certaines décisions échappaient à toute représentation pour rester de la seule compétence de l'individu lui-même (12). L'affirmation de cette capacité naturelle comme un principe général s'imposait dans le cadre d'une réforme mais ne résolvait pas, pour autant, les problèmes concrets posés. Plusieurs pistes méritent d'être explorées. Si les pouvoirs du représentant pour exercer seul ces droits "naturels" ne peuvent être envisagés, le recours au juge des tutelles peut venir en renfort de la décision. L'exploitation de l'exception des intervalles lucides (voir déjà C. civ., art. 501) est susceptible d'être réaffirmée plus nettement en encourageant les juges à utiliser une possibilité qu'ils n'ont pas toujours exploitée. Chaque personne protégée est un cas particulier et peut conserver des îlots nombreux de capacité partielle dont il convient de tenir compte. Ainsi, s'il convient d'affirmer que l'incapable est d'abord et toujours une personne, on ne peut ignorer tout de même que c'est une personne protégée. Telle est l'équation délicate que doit résoudre le législateur moderne.

L'incapable est une personne

Avant comme après la réforme de 1968, la personne de l'incapable n'avait pas constitué un élément essentiel pour le législateur. Lors de la réforme, on en avait donné pour justification technique la difficulté à catégoriser les actes concernant la personne. Il est vrai que, contrairement aux actes patrimoniaux, qui obéissent à la trilogie traditionnelle des actes conservatoires, d'administration et de disposition, on voit mal comment on pourrait aboutir à l'équivalent. En même temps, notre époque, si soucieuse d'affichage de bons

sentiments (sinon de textes concrets), imposait que fût affirmée la prépondérance de la personnalité de l'incapable. À vrai dire, en dehors de ce souci d'affirmation de principes souvent abstraits et plus médiatiques que juridiques, l'impossibilité de créer en droit des catégories d'actes relatifs à la personne était devenue moins évidente, dans la mesure où les droits de la personnalité se sont développés et ont accédé à la qualification juridique. De plus, la multiplication considérable de ces actes, notamment médicaux, imposait une prise en compte de cette nouvelle dimension (13). L'avant-projet de réforme ne pouvait l'ignorer.

> La personne de l'incapable

Si la question n'a été abordée que tardivement (14) par les juristes, pour les raisons ci-dessus exposées, ses divers aspects ont ensuite été rapidement approfondis par la doctrine, suscitant dès lors l'amorce d'une véritable théorie générale des actes concernant la personne de l'incapable (15). Cette évolution doit beaucoup à deux facteurs parallèles.

Du côté des incapables mineurs, modèle d'organisation de l'incapacité, la personne de l'incapable a fait l'objet d'un intérêt croissant sous l'influence d'un droit de l'enfance devenu (plus ou moins) autonome et de textes internationaux (plus ou moins) généraux ouvrant la voie à toutes sortes d'interprétations et de réformes parfois plus théoriques que concrètes. Certes, les possibilités "d'émancipation" d'un majeur incapable sont sans commune mesure avec celles d'un mineur proche de sa capacité mais on s'est aperçu qu'il était envisageable de personnaliser l'incapacité, même sans aboutir à une classification stricte, soit en jouant sur les possibilités d'exception (16), soit en développant plus nettement les régimes allégés, par exemple la curatelle, au détriment de régimes plus lourds comme la tutelle.

D'un autre côté, il est vite apparu que le "vécu" de l'incapable, notamment du vieillard protégé, devenait un problème majeur qui, aux confins du droit civil et du droit social, était finalement fort mal réglé. On avait estimé, jusque-là, que la personne de l'incapable majeur était une question qui intéressait principalement sa famille et que sa protection devait être assurée

dans ce cadre, raisonnement largement dépassé dans la mesure où la personne est placée en établissement. Parallèlement, si, jadis, les décisions relatives à la personne étaient au fond rares, elles étaient devenues, avec les progrès de la médecine, beaucoup plus fréquentes et, en même temps, beaucoup plus difficiles à prendre. La tentation a été, notamment en droit sanitaire, de renvoyer systématiquement la décision au juge des tutelles (17) mais la méthode a ses limites.

Si la difficulté était donc clairement identifiée, sa solution demeurait délicate. Dans le cadre même du Code civil, code à vocation de principes généraux, il était inconcevable de viser dans le détail une multitude d'actes, énumération impossible et dangereuse qui, dans tous les cas, ne pouvait prétendre à l'exhaustivité. Ici, comme dans d'autres domaines (18), le partage des matières entre le Code civil et les codes spécialisés s'imposait, ces derniers contenant déjà un grand nombre de dispositions répondant imparfaitement aux questions posées (19). Selon une méthode très répandue dans la légistique moderne, il était en revanche possible de mentionner solennellement dans le Code civil, en bonne place, un certain nombre de principes généraux. Le procédé a certes ses inconvénients mais il offre, à l'usage, deux intérêts indéniables (et d'ailleurs, dans certaines matières, les rédacteurs eux-mêmes du Code civil y ont eu recours).

Tout d'abord, il est un moyen de combler les lacunes des textes particuliers en offrant au juge un guide pour "dire" la loi sans outrepasser, au moins apparemment, son pouvoir. Ensuite, il offre à ce même juge un instrument d'interprétation des textes particuliers, chaque fois qu'une obscurité surgit, par le simple jeu du principe classique règle/exception. Enfin, il ouvre la voie, sur la base de ce *corpus* général, à la construction progressive et pragmatique, par la jurisprudence, d'une théorie générale de la protection de la personne de l'incapable (20).

> Le projet de réforme

L'article 413 nouveau (21) affirme *ab initio* que "les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent

titre. Cette protection a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle doit être appliquée dans le respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine. Elle doit favoriser autant que possible l'autonomie de la personne protégée" (22).

La sous-section 3 de la section IV sur la tutelle et la curatelle porte expressément sur *"les effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne"*. Parmi des dispositions beaucoup plus détaillées que dans la formulation actuelle, on notera l'affirmation de l'exclusion de la représentation pour les actes strictement personnels, avec une présomption de caractère personnel pour certains actes (notamment relatifs à la filiation). L'article 451 alinéa 1 reprend, là encore avec insistance, le principe évoqué plus haut : *"La personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne, dans la mesure où son état le permet"* et la suite des textes, jusqu'à l'article 456, dispose sur des matières aussi variées que la décision autorisant une atteinte corporelle, le domicile ou la résidence de la personne protégée, son mariage, la conclusion d'un pacte civil de solidarité (23), etc.

On voit bien que la technique a ses limites inévitables et que la règle devrait être que chaque texte particulier concernant la personne ou la famille devrait comporter une indication sur le cas particulier des personnes protégées (24). Il appartiendra ensuite à la doctrine, dont c'est un des rôles essentiels, de synthétiser cet ensemble législatif.

Si la personnalité de l'incapable est très légitimement devenue un souci majeur du législateur, il n'en reste pas moins que l'important pour le protégé demeure le choix de la technique de protection qui lui est appliquée, avec le vœu qu'elle soit la plus adéquate et la plus limitée possible.

L'incapable est une personne protégée

L'histoire nous enseigne que la protection a d'abord été le fait de la famille. Contrairement à ce qui se dit, et parfois s'écrit, cette constatation est loin d'être obsolète. Certes, la vénérable forme de la tutelle avec un conseil de famille est en constante décadence (25). Cela ne signifie pas pour autant que la famille se désintéresse

de cette question mais simplement que seule la famille étroite, conjoint, descendants et ascendants exerce la protection et souvent sous des formes simplifiées qui ne se traduisent même pas toujours par une tutelle. Ici encore la réaffirmation d'un principe est susceptible d'orienter l'évolution.

Dans le même temps, et pas seulement en droit des incapacités, l'idée que l'individu, qui peut déjà prévoir en grande partie l'évolution de son patrimoine, au cours de sa vie et à la veille de sa mort, pourrait aussi utilement prévoir l'arrivée d'une éventuelle incapacité personnelle et patrimoniale s'est imposée. La possibilité, qui se heurtait au principe de l'indisponibilité des droits relatifs à la personne, a connu un développement important dans la plupart des droits occidentaux mais son fondement juridique en droit français demeure douteux. Sur ce point, si la réforme est adoptée, l'avenir devrait offrir à la pratique juridique un procédé très revendiqué par les citoyens français, un peu las de l'inaction de leur législateur et des promesses non tenues.

> Le principe de subsidiarité

L'idée que l'application du droit des incapacités n'est que subsidiaire n'est pas nouvelle. Après tout, il y a de nombreux incapables, notamment des vieillards, qui sont protégés sans que la famille unie, qui s'acquitte bien de ses devoirs, ait demandé l'ouverture d'un régime de protection. Dès la réforme de 1968 avait été affirmée la prépondérance de certaines solutions civiles, hors droit des incapacités. Cette subsidiarité devrait devenir un principe nettement affirmé dans la réforme en cours. Les articles 422 et suivants du projet de réforme reprennent des dispositions déjà prévues dans la législation antérieure mais l'application en a, par avance, été aménagée. *“La mesure de protection juridique ne peut être ordonnée qu'en cas de nécessité”*, affirme d'emblée le texte qui ajoute qu'elle ne le sera que si la protection par les moyens du régime matrimonial ne suffit pas. L'affirmation traduit clairement tout d'abord le relatif repliement de la protection sur la famille la plus étroite, le couple, et, parallèlement, l'idée que, la protection de la personne étant naturellement assurée par le conjoint, celle du patrimoine devrait l'être non moins

naturellement par le jeu du régime matrimonial (26) avant d'envisager toute autre mesure. La possibilité (voir C. civ., art. 498) n'a pas toujours connu le développement qu'elle méritait car elle encourait le reproche, de la part des juges des tutelles notamment, de négliger la protection du conjoint, mieux assurée par l'ouverture d'une véritable tutelle, alors que les autorisations prévues dans le cadre du régime matrimonial étaient de la compétence du tribunal de grande instance, présumé moins soucieux de cette protection. Un décret du 29 octobre 2004 (NCPC, art. 1286) a écarté cette crainte en donnant compétence au juge des tutelles quand ces articles sont invoqués du fait de l'atteinte mentale du conjoint. Finalement, le juge des tutelles dispose donc d'un ensemble de mesures supplémentaires en dehors des régimes classiques de protection.

L'article 422 du projet accentue encore cette subsidiarité en rappelant que la mesure doit être proportionnée au degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé et individualisée en fonction de celui-ci.

En réalité, il faut aller plus loin pour mesurer ce que pourra être l'impact de la réforme si elle est adoptée. En effet, la subsidiarité est affirmée, non seulement à l'occasion de l'ouverture de la mesure, mais également lors de son renouvellement. L'article 435 impose au juge de fixer la durée de la mesure de curatelle ou de tutelle, cette durée ne pouvant, dans tous les cas, excéder cinq ans. Cet aspect de la réforme a fait l'objet de vives discussions avec les praticiens qui lui reprochent sa lourdeur mais il conditionne probablement l'effet de la subsidiarité dans le temps et évitera que ne subsistent inutilement des protections que, parfois, l'intéressé lui-même a oubliées. Il convient de vérifier régulièrement que la protection se justifie.

> Le principe de prévisibilité

Plus nouvelle apparaîtra la possibilité de prévoir l'arrivée d'une incapacité. L'idée s'est longtemps heurtée au principe général de l'indisponibilité des droits liés à la personne. Comme il n'était pas concevable de disposer des modalités de sa mort, il n'était pas concevable de disposer de sa capacité. Or on mesure facilement que le premier principe a lentement évolué et que cette évolution

s'est traduite par des textes permettant à l'individu de décider des conditions (éventuelles) de sa fin de vie. Sur l'incapacité hypothétique qui peut atteindre un individu on retrouve l'effet majeur de la longévité, qui fait que chacun peut envisager qu'un jour ou l'autre, il aura peut-être besoin d'être protégé et souhaite alors prévoir les modalités de cette protection et ceux qui en seront chargés. Le droit français, à travers le projet de réforme, devrait franchir ce pas, à l'instar de très nombreux droits en Europe, au prix d'une modification qui n'est pas sans conséquences philosophiques.

Il est probable que ce principe de prévisibilité sera mis en exergue par les médias et par les commentateurs non juristes de la réforme, alors que celle-ci comporte bien d'autres aspects essentiels. Sous l'appellation de "*mandat de protection future*", les articles 470 et suivants du projet ne font que reprendre ce que des législations étrangères, notamment la législation québécoise, qui fut la première, ont prévu depuis longtemps. Il s'agit bien entendu d'une sorte de mandat que la personne donnera à l'avance à une ou à des personnes désignées pour le cas où son état nécessiterait l'ouverture d'un régime de protection. Le projet prévoit aussi cette possibilité pour

EN ATTENDANT LE VOTE DE LA LOI...

Au moment où les articles qui composent ce numéro commençaient à parvenir à la rédaction, le Conseil des ministres adoptait le texte d'un projet de loi portant réforme des tutelles. Ce dernier a été présenté devant l'Assemblée nationale le 16 janvier 2007 adopté en première lecture et la loi, qui sera votée, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

La philosophie du projet – déjà très présent dans les esprits et développé dans les textes préparatoires sur lesquels les auteurs s'appuient dans ce dossier – consiste à corriger les dysfonctionnements qualitatifs et quantitatifs du système actuel en proposant de mettre de l'ordre dans les idées au moyen d'une ligne de partage claire entre les mesures de protection juridique et celles d'accompagnement social, et en redistribuant les compétences entre l'État et le département dans leur mise en œuvre.

Au-delà des réorganisations du dispositif actuel, le projet de loi prévoit aussi la mise en place d'un dispositif innovant plusieurs fois évoqué dans ce numéro : le mandat de protection future. Il vise à permettre à toute personne qui en possède la capacité de désigner, pour le jour où elle ne disposera plus des moyens de le faire par elle-même, la ou les personnes qui seront chargées de la représenter.

QUELQUES CHIFFRES

- 700 000 personnes, soit près de 1 % de la population française, se trouvent sous un régime de protection juridique.
- Le taux de croissance est de 8 % par an.
- Il existe 80 juges des tutelles en équivalent temps plein pour traiter ces dossiers.
- Le coût du dispositif est estimé à 517 millions d'euros.

La rédaction

les parents qui assument la charge matérielle et affective d'un enfant majeur alors que, pour l'instant, il n'est pas juridiquement possible de prévoir un tuteur datif sur un majeur, une désignation judiciaire demeurant nécessaire. Le projet de texte prévoit de façon relativement détaillée ce mandat dont la possibilité fait actuellement l'objet de demandes pressantes auprès de la pratique. C'est cette dernière, et notamment la pratique notariale (27), qui tient largement son avenir entre ses mains car le texte ne saurait tout prévoir et les formules qui seront proposées seront essentielles.

La nécessité de la réforme est acquise auprès des acteurs concernés. Rappelons-nous que c'est spécialement en droit des incapacités qu'il nous appartient de montrer l'exemple de notre humanisme.

NOTES

1 - Sur la création d'une véritable tutelle par le droit romain, au-delà de la curatelle, par l'extension de la gestion d'affaires qui a conduit à remplacer le malade, voir J.-P. Lévy et A. Castaldo, **Histoire du droit civil**, Dalloz, n° 197, 2002.

2 - Le bon sens populaire ne dit-il pas du vieillard atteint de difficultés mentales qu'il est "retombé en enfance" ?

3 - L'examen régulier de la jurisprudence (voir notre chronique régulière à la **Revue trimestrielle de droit civil**) nous montre toutefois qu'à travers les recours procéduraux des familles contre des protections dont elles n'avaient pas voulu s'occuper, cet aspect successoral n'est pas totalement obsolète.

4 - Le projet de réforme et les législations européennes modernes n'utilisent plus le mot d'incapacité mais celui de protection, même si, pour protéger, on est bien obligé parfois de diminuer les capacités d'action de la personne... Sur le droit comparé, voir notamment J. Pousson-Petit, "La protection personnelle des malades mentaux dans les principaux droits européens", **European Review of Private Law**, 1995, p. 384 et *sqq.* Sur un aspect particulier du droit espagnol, voir C. Lasarte Alavarez et L. Blanco Perez Rubio, "L'exercice de la tutelle des mineurs et des incapables par des personnes morales", **Revue internationale de droit comparé**, n° 3, 2005, p. 654 et *sqq.* Sur le droit québécois, voir la revue du curateur public, **L'agora**, n° 60, hiver 2006.

5 - Jusqu'à la loi du 27 juin 1990, la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux restera régie par ce vénérable texte. Sur la loi de 1990, voir notamment J.-M. Auby, **Jurisclasseur périodique**, 1990, I, p. 3463.

6 - Sur cette catégorie, voir notamment, en dernier lieu, **Gérontologie et société**, Fondation nationale de gérontologie, n° 115, décembre 2005. Voir aussi, sur l'éventuelle autonomie d'un droit de la vieillesse, J.-F. Burgelin et J.-P. Gridel (sous la dir. de), **Vieillesse démographique et droit**, Dalloz, 1999.

7 - Voire leur descendance est dans le même état et justifie aussi une mesure de protection.

8 - Entre 2000 et 2003, les ouvertures d'un régime de protection des majeurs, toutes modalités confondues, sont passées de 57 841 à 61 188, soit une augmentation de près de 1 000 par an, avec une prépondérance des mesures allégées de type familial, soit la tutelle sous forme d'adminis-

tration légale, de 15 271 à 16 773 (**Annuaire statistique de la justice 2005**, p. 83). On compte actuellement environ 700 000 majeurs sous protection.

9 - Sur cette réforme, voir, en dernier lieu, M. Bauer, T. Fossier, L. Pecaut-Rivolier, **La réforme des tutelles, ombres et lumières**, Dalloz 2006. Adde, J.-M. Plazy, "La réforme du droit des majeurs protégés annoncée", **Revue Lamy**, n° 15, avril 2005, p. 29 et *sqq.*

10 - Sur ce point, voir J. Hauser, "La notion d'incapacité", **Les petites affiches**, 17 août 2000, p. 3.

11 - "Les personnes vulnérables", 102^e congrès des notaires de France, Strasbourg, mai 2006. Le projet crée une "assistance judiciaire" pour gérer les prestations sociales (art. 488 et suivants), afin d'éviter l'ouverture inutile d'un régime d'incapacité.

12 - Par exemple, l'établissement d'une filiation.

13 - J. Hauser, "Le consentement aux soins des majeurs protégés", **Les petites affiches**, 19 mars 2002, p. 4 et *sqq.*

14 - L'ouvrage fondamental sur le sujet demeure celui de J.-M. Plazy, **La personne de l'incapable**, La Mouette, 2001.

15 - Voir, par exemple, V. Doumeng, **La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel** (2 tomes), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

16 - Notamment l'article 501 du code civil, qui permet au juge d'alléger le régime sur certains actes, mais il est encore peu utilisé.

17 - Voir, par exemple, pour la redoutable décision concernant la stérilisation contraceptive, l'article L. 2123-2 al. 2 du CSP.

18 - Par exemple, tout le droit dit de la bioéthique.

19 - Pour ne prendre qu'un exemple, la loi du 4 mars 2002 sur le droit des personnes malades a envisagé, dans l'article L. 1111-2 al. 5 du CSP, la situation des personnes en tutelle quant au droit de recevoir elles-mêmes l'information si leur état le permet.

20 - La jurisprudence sur ce point s'enrichit d'ailleurs très rapidement.

21 - Sur ce projet de réforme qui a été transmis au Conseil d'État en juin 2006, voir notamment, en dernier lieu, T. Fossier, "Noces d'émeraude entre notaires et juges : vers la réforme des tutelles ?", **Droit de la famille**, 2006.

22 - L'article 419 pose le principe de la double protection, sauf dissociation expressément prévue entre la personne et les biens.

23 - Sur ce dernier point, la loi du 23 juin 2006 relative aux successions a, dans une annexe, réformé le PACS et porté remède aux graves défauts du texte de 1999 concernant les incapables majeurs.

24 - En fait, tout dépend de la présence ou non, dans la commission de réforme d'un texte ou au Parlement, d'une personne sensibilisée au droit des personnes protégées...

25 - De 158 en 2000, la tutelle avec conseil de famille ne représente plus que 112 cas en 2003 (**Annuaire statistique de la justice préc. eod. loc.**). Elle concerne en général les patrimoines importants.

26 - Les articles 217 et 219, 1426 et 1429 (C. civ.) répondent à cette utilité en permettant de suppléer ou de remplacer le conjoint hors d'état de manifester sa volonté.

27 - Le projet de texte prévoit (art. 470 al. 4) que le mandat est conclu par acte notarié ou sous seing privé ; la forme notariée n'étant exigée que pour le cas particulier des parents prévoyant un tuteur datif pour leur enfant majeur.