

LA PROTECTION LÉGALE PROTÈGE-T-ELLE ADÉQUATEMENT LE PATRIMOINE DU MAJEUR VULNÉRABLE ?

Philippe MALAURIE

Volume 111, Number 2, September 2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044875ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044875ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

MALAURIE, P. (2009). LA PROTECTION LÉGALE PROTÈGE-T-ELLE ADÉQUATEMENT LE PATRIMOINE DU MAJEUR VULNÉRABLE ? *Revue du notariat*, 111(2), 277–286. <https://doi.org/10.7202/1044875ar>

LA PROTECTION LÉGALE PROTÈGE-T-ELLE ADÉQUATEMENT LE PATRIMOINE DU MAJEUR VULNÉRABLE ?

Philippe MALAURIE*

| | |
|--|-----|
| Résumé | 279 |
| INTRODUCTION | 279 |
| 1- Plan | 279 |
| I- LE SENS DES MOTS | 280 |
| 2- Question de langage : le majeur incapable ? | 280 |
| 3- Question de langage : le majeur vulnérable ? | 281 |
| 4- Question de langage : le majeur accompagné | 282 |
| 5- Question de langage : le majeur protégé | 282 |
| 6- Question de langage : du verbalisme ? | 282 |
| 7- Le risque des effets pervers | 283 |
| 8- Question de langage : une protection « adéquate » ? | 284 |
| II- LES PRINCIPES | 285 |
| 9- Médicalisation, contradictoire, nécessité, subsidiarité, proportionnalité et précarité | 285 |

* Professeur émérite, Université Panthéon-Assas (Paris II).

CONCLUSION 286

10- Le désespoir surmonté. 286

Résumé

La protection légale des personnes vulnérables est prévue par le Code civil dont les dispositions ont été profondément remaniées en 1968 et, à un moindre degré, en 2007.

Désormais, le « majeur protégé » par le droit civil (sous curatelle, tutelle ou sauvegarde de justice) doit être distingué du « majeur accompagné » du droit social (l'« accompagnement social personnalisé »), l'ancienne tutelle aux prestations sociales, qui ne constitue pas une véritable incapacité. La protection civile du majeur est dominée par des principes longtemps non écrits qu'a cru devoir énoncer la loi de 2007.

La loi fait ce qu'elle peut pour protéger ceux que frappe l'irréparable diminution de la vitalité par l'effet de l'âge, de la maladie ou d'autres épreuves ; elle ne peut y parvenir qu'en se fondant sur des réalités extrajuridiques, la volonté, la foi d'aider les exclus et la certitude que l'on peut y parvenir, grâce à l'espérance.

INTRODUCTION

1- Plan

Afin de répondre à la question posée par le colloque « La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérable ? », il faudra d'abord essayer de préciser le sens des mots. D'abord, ce qu'est le « majeur vulnérable », qui n'est pas l'expression retenue par le droit français contemporain de la protection civile des personnes, lequel, comme le colloque Jacques Cartier, écarte depuis 1968, la vieille référence aux « majeurs incapables » et la remplace par le désormais « majeur protégé » auquel s'ajoute depuis la loi de 2007 la « personne accompagnée ». En outre, la protection légale doit être distinguée de la protection conventionnelle résultant du mandat, fût-il le « mandat de protection future » admis dans notre droit depuis 2007, sous l'influence du droit québécois. Elle est loin d'être adéquate, car elle produit des effets pervers : la protection des personnes vulnérables est l'honneur du droit, l'honneur de protéger les faibles, les exclus, les brisés de la vie, mais cet honneur ne peut être

qu'imparfaitement accompli. Pour reprendre une des plus célèbres distinctions de Charles Péguy, « toute mystique se dégrade toujours en politique »¹ (I).

Après cette ballade sémantique, on ira aux principes juridiques dont la loi de 2007 voudrait qu'ils dominent la protection des personnes vulnérables. Notre droit contemporain aime à poser ce qu'il appelle des « principes » : médicalisation, subsidiarité, proportionnalité, précarité (II).

C'est alors qu'on pourra conclure par une profession de foi en l'espérance : la forme la plus haute de l'espérance c'est le désespoir surmonté.

I- LE SENS DES MOTS

2- Question de langage : le majeur incapable ?

En préambule, il faut avoir constamment présent un des plus difficiles défis de notre temps, le prolongement de la durée de la vie humaine ; comment le droit peut-il protéger les biens des personnes âgées et sur-âgées et en même temps en assurer la dignité ? Mes premières réflexions seront plus sémantiques que juridiques, glosant l'expression de « personne vulnérable » qu'utilise le colloque.

Comme la loi contemporaine, le colloque, par pudeur de langage, ne veut plus parler de « majeur incapable » ni même d' « incapable majeur ». Le vocabulaire traditionnel du droit français était d'ailleurs plutôt que « majeur incapable », « l'incapable majeur » : l'inversion est apparemment insignifiante, mais elle souligne subtilement la différence avec l'incapable mineur, la minorité étant la seule incapacité tenant à l'âge : la vieillesse ne l'est pas et ne l'a jamais été.

D'ailleurs, même cette expression d'incapable majeur n'était guère employée ; notre ancien droit ne l'utilisait pas, mais concrètement parlait de « fous », de « surâgés » ou de « langoureux » ; donc de la cause de l'incapacité, non de ses effets. Le Code Napoléon (art. 489 anc.) était également concret : il se référait à « l'imbécillité », à la « démence » et à la « fureur ». Surtout, il définissait l'incapacité par son mode de protection : soit l'interdiction judiciaire qui entraînait

1. Ch. PEGUY, « Notre jeunesse », dans *Œuvres en prose complètes*, Pléiade, t. III, 1992, p. 20.

une mise en tutelle, soit un conseil judiciaire dans les cas de faiblesse d'esprit et de prodigalité.

À partir de 1838, a été ajoutée pour les aliénés une mesure administrative, l'internement, rarement accompagnée d'interdiction judiciaire. Il y avait donc déjà plusieurs catégories d'incapables.

Peu à peu, la société a pris conscience de ce qu'avait d'humiliant le mot d'incapacité, car il désigne l'état d'une personne inapte et l'inaptitude c'est une infériorité. Le premier exemple qu'en donne Littré en 1874 dans son *Dictionnaire de la langue française*² était un sens qu'il disait « défavorable » et qu'il empruntait à La Bruyère : « Il est savant, dit un politique, il est donc incapable d'affaires »³. Le professeur Nimbus ou son éminent collègue, le professeur Tournesol, sont de grands savants, mais sont des hommes d'affaires nuls, et Littré par anticipation les avait jugé « incapables » (dans le sens « défavorable ») ; pourtant ce fut le fait des plus grands et plus purs savants de ne s'être guère occupés des affaires ni de l'argent : Newton, Ampère, Pasteur, Berthelot, Einstein, etc. L'humiliation tenant à l'incapacité est donc évolutive et circonstanciée.

D'une manière générale, le langage juridique contemporain évite de plus en plus, depuis environ 1950, les mots juridiques jugés humiliants : il préfère aliéné à dément ou à fou, troisième et quatrième âge à vieillard, maison de santé à asile, compagnon ou compagne à concubin, etc. À l'humiliation du réel répond l'euphémisme du langage.

3- Question de langage : le majeur vulnérable ?

Vulnérable est un mot à image très parlante. Il vient du latin *vulnus* = blessure, souvent inscrit dans les horloges anciennes et les cadrans solaires de la Haute Provence : *vulnerant omnes ultima neecat* : toutes les heures blessent, la dernière tue, ce qui est surtout vrai de la vieillesse. La vulnérabilité n'est pas une notion de droit civil : elle relève du droit pénal où elle constitue une circonstance aggravante de nombreuses incriminations où elle est mal définie ; un texte (C. pén., art. 223-15-2) en énumère quelques causes : l'âge, la maladie, l'infirmité, la déficience physique ou psychique, etc.

2. Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1874, « v° Incapacité ».

3. LA BRUYÈRE, *Les Caractères*, XII, 1688, « Des jugements », n° 19 ; Pléiade, 1951, p. 368.

4- Question de langage : le majeur accompagné

Au contraire d'accompagnement, que maintenant on voit un peu partout ; l'étymologie de compagnon, c'est-à-dire l'origine d'accompagnement, est curieuse : d'abord le copain : il vient de *panis* (le pain) et de *cum* (avec) ; les mercenaires germaniques des armées romaines partageaient la même ration de pain. Puis le *comes* était devenu le compagnon de marche *suivant* son supérieur. Désormais, dans la loi de 2007, les places et les rôles sont devenus renversés : le travailleur social marche *devant* celui qui a besoin d'être soutenu, la personne en grande difficulté sociale, par exemple, le chômeur, le surendetté, le clochard, le drogué, l'alcoolique.

5- Question de langage : le majeur protégé

Depuis 1968, le langage qu'utilise le droit civil est devenu, sous l'influence de Jean Carbonnier, « le majeur protégé », qui remplace l'incapable majeur, jugé humiliant. Ce n'est qu'un mot : toute incapacité impose une protection et inversement, toute protection suppose une faiblesse : on ne protège pas les forts. Où est donc le progrès ?

En l'état du langage, protection humilie moins qu'incapacité et donc « protégé » s'est facilement substitué à « incapable ». Pour l'instant, le mot se porte bien parce qu'il ne fait pas mal. Mais à l'avenir ? Dans le droit international public d'avant-hier, le *protecto-rat* supposait la domination d'un État plus puissant sur un autre plus faible ; il n'est plus en odeur de sainteté. Il a été remplacé (avant-hier) par *mandat* dans la SDN et *tutelle* dans l'ONU, un langage d'hier.

6- Question de langage : du verbalisme ?

Il arrive très souvent en droit que les mots soient changés, non la teneur des règles ou la réalité des choses : le verbalisme est congénital à la loi contemporaine et même à toute pensée humaine. Mais ce n'est pas ce qui s'est ici passé en 1968 et en 2007 ; en affirmant que l'incapacité du majeur est devenue une protection est né un droit rajeuni, plus souple et plus circonstancié : plus humain.

Mais le mot d'incapacité est pourtant demeuré dans le vocabulaire législatif et n'a pas été complètement remplacé : dans un texte

fondamental, dominant tout le droit des incapacités, l'article 1123 C.civ. énonce :

Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». Le commentaire est élémentaire : la capacité est la règle, l'incapacité l'exception et cette exception n'est admise que si la loi la prévoit expressément. Cette nécessité de l'intervention législative pour qu'il y ait une incapacité est une garantie contre l'arbitraire de l'administration, des médecins, de la famille, des juges ou de la convention et plus encore, elle est un principe fondateur de la République ; selon l'art. 8 C.civ., « tout Français jouira des droits civils », mettant fin à « des siècles de sociétés de classe et de castes [qui] *vécurent sous le signe des discriminations*.⁴

Telle est la première conclusion que l'on peut tirer de cette petite promenade linguistique : le majeur vulnérable n'est connu dans le droit civil qu'en qualité de majeur protégé ; cette qualité (si l'on ose dire) constitue une incapacité, qui reste une notion irremplaçable, enracinée dans l'histoire d'aujourd'hui, à la fois cause et effet de la protection. Ce qui mène à une nouvelle question, qui cette fois ne relève pas seulement du langage.

7- Le risque des effets pervers

Ces remarques terminologiques révèlent qu'à travers les hésitations de la langue et son évolution non seulement que la question est difficile – l'antagonisme entre la liberté et la protection –, mais surtout que les lois de protection civile des personnes vulnérables peuvent avoir des effets pervers. Ou bien, on ne protège pas assez ; – mal défendue – la personne vulnérable devient la victime de prédateurs ou d'elle-même ; ou bien, on protège trop – la protection opprime et fait perdre à la personne sa dignité.

Jean Carbonnier, après avoir rédigé la loi de 1968, en avait souligné la nécessité et les dangers indissociables :

Procédant des meilleures intentions, une législation protectrice ne fera qu'ajouter de son métal à cet appareil répressif par lequel les sociétés modernes, avec des hypocrisies variables, rejettent de leur sein ceux qui ont le malheur *d'avoir des mécanismes mentaux dissidents* [...] *Pourtant, il faut tenter de vivre, ce qui implique un certain*

4. Pierre CATALA, « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », JCPN, 2008.1267.

devoir de légiférer –non pas en visant à l'absolu, mais en proposant pour les difficultés les plus quotidiennes, un modus vivendi empirique.⁵

8- Question de langage : une protection « adéquate » ?

Pour protéger « adéquatement » le patrimoine des personnes protégées, la loi a prévu des mesures aussi circonstanciées que possible, presque du cas par cas ; en outre, elle a créé en 1964 un nouveau juge et en 2007 de nouvelles institutions protectrices des majeurs.

Une autorité judiciaire spécialisée, le juge des tutelles, a été créé par la loi de 1964 relative aux mineurs. Ce juge des tutelles est devenu compétent pour la protection de tous les incapables. C'est un magistrat du tribunal d'instance, héritier du juge de paix, plus proche des familles que ne l'est le tribunal de grande instance. Il exerce une quadruple mission : 1) judiciaire – il rend des jugements, 2) administrative – avec le procureur de la République, il surveille les administrateurs légaux, 3) de gestion : il autorise à passer des actes de disposition et 4) quasi familiaux – il préside les conseils de famille.

La loi de 2007 a créé deux nouvelles institutions : l'accompagnement social et les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. D'une part, elles ont été substituées aux anciennes tutelles aux prestations sociales des mesures d'« accompagnement social » pour les personnes en grande difficulté sociale, assurant la gestion de leurs prestations sociales : la protection prend alors la forme de l'accompagnement, aidant les personnes à se réinsérer. D'autre part, la loi a créé des « mandataires judiciaires à la protection des majeurs » assurant la protection des majeurs lorsque leurs familles ou leurs proches ne peuvent le faire ; ce sont des professionnels de la gestion minutieusement contrôlés, se substituant aux anciens tuteurs et curateurs d'État.

La promenade sémantique est terminée, et s'achève, je le crains, sur une carence. La protection est-elle « adéquate » ? Bien sûr qu'elle ne l'est pas à 100 % : une règle de droit l'est rarement⁶.

5. Jean CARBONNIER, « Les incapables majeurs », dans *Essais sur les lois*, éd. Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 63, aux p. 71-72, reproduisant sa préface à J. MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs*, éd. Defrénois, 1969.

6. Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », dans *Flexible droit*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 136, à la p. 142.

Celle de 2007 est, en l'état, complètement ineffective. Elle ne sera applicable qu'au 1^{er} janvier 2009 et ses décrets d'application ne sont pas encore publiés.

Une inefficacité temporaire qui sera sans doute prochainement corrigée. Mais de leur nature, les lois protégeant les personnes vulnérables ont congénitalement un pouvoir limité. Elles font sans doute ce qu'elles peuvent mais elles ne peuvent empêcher l'inéluctable.

II- LES PRINCIPES

9- **Médicalisation, contradictoire, nécessité, subsidiarité, proportionnalité et précarité**

L'essentiel a été dit, car il se trouve dans les mots de la loi dont on vient de tenter une rapide sémantique, plus que dans les « principes » qu'elle affiche.

Les principes qui les dominent sont d'abord ceux qui résultent de la réalité : la médicalisation de la protection judiciaire : il existe et doit exister une collaboration constante entre le médecin et le juge des tutelles.

De plus en plus, les procédures tendant aux mesures de protection doivent respecter le principe du contradictoire (C.pr.civ., art. 16) et du procès équitable (Conv. EDH, art. 6), donnant ainsi au majeur le droit à être entendu.

La loi de 2007 a aussi soumis les régimes de protection à trois principes qualifiés de fondamentaux, déjà reconnus par la jurisprudence, mais non écrits : 1^o) La protection judiciaire d'un majeur ne peut être prise que s'il en a absolument besoin et ce besoin doit avoir été médicalement établi. 2^o) Elle suppose aussi que d'autres institutions moins contraignantes, telles que le mariage ou le pacs, n'y parviennent pas. 3^o) Enfin, l'importance de la protection dépend de l'étendue de l'altération.

Cette juridicisation croissante de la protection des majeurs fait illusion : comment savoir si le vieux monsieur ou la vieille dame qui ont un peu perdu la tête devraient être protégés contre les prédateurs, protection qui risque de les enfoncer encore davantage dans

la décrépitude ? Il est plus important de faire confiance au juge que d'énoncer des règles passablement emphatiques.

Enfin, la loi a voulu rendre temporaires ces mesures, bien qu'en fait l'altération des facultés mentales s'efface rarement : cinq ans renouvelables pour la curatelle ou la tutelle, sauf si l'altération paraît irrémédiable (art. 442 nouv.), un an pour la sauvegarde, renouvelable une fois, de façon à ce que des personnes momentanément fragilisées ne soient protégées à vie.

CONCLUSION

10- Le désespoir surmonté

L'altération et la perte progressive des facultés mentales, la dépendance croissante et la déchéance irrémédiable de la personne protégée sont des réalités fatales, presque aussi irrémédiables que la mort, et tenant à la condition humaine. Le droit ne peut empêcher l'inévitable. Le bilan du droit des personnes vulnérables ne serait-il donc qu'une grande illusion ? Beaucoup de droit, beaucoup de verbalisme, beaucoup de bruit pour rien ?

Ce scepticisme désabusé serait l'erreur que commettent tous ceux qui restent à la source des choses, du droit et de l'homme. Il méconnaît que derrière le droit, la médecine et l'aide sociale, il y a l'honneur d'être un homme, l'honneur de la main tendue aux vieillards diminués, aux handicapés, aux idiots, aux exclus sociaux, à tous les blessés de la vie : une réalité humaine plus profonde et plus grande que le droit et l'aide sociale et même que la médecine.

Il y a dessus, derrière et dessous les formes extérieures de la solidarité humaine qu'institue le droit une expérience intérieure radicale, l'espérance qui est bien au-delà du droit. Pour que les personnes vulnérables soient des hommes et des femmes qui continuent, malgré la diminution de leurs facultés, à avoir leur dignité ou qu'ils la retrouvent, le droit, l'aide sociale et même la médecine ne suffisent pas ; il faut une foi, la conviction quotidiennement et intérieurement vécues que « la plus haute forme de l'espérance, c'est le désespoir surmonté »⁷.

7. Georges BERNANOS, « La France contre les robots », dans *Essais et écrits de combat*, Pléiade, t. II, 1995.