

Rapport

Protection juridique des majeurs vulnérables

Septembre 2016

Défenseurdesdroits
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Rapport

Protection juridique des majeurs vulnérables

Septembre 2016

Table des matières

Introduction 06

I. Les engagements internationaux de la France en matière de protection juridique des majeurs vulnérables 11

1) La convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) 11

2) La convention européenne des droits de l'homme (CEDH) 14

3) La convention de la Haye sur la protection internationale des adultes 14

II. Les évolutions nécessaires du régime français de protection des majeurs vulnérables 15

1) D'un système de décision substitutive vers un système de décision accompagnée 15

a. Le régime de protection juridique des majeurs en France : des principes à la réalité 17

b. Privilégier les mesures qui favorisent l'autonomie et évitent le prononcé d'une mesure incapacitante 18

c. Étendre la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) 18

d. Promouvoir la sauvegarde de justice comme mesure autonome 19

e. Étendre la mesure d'habilitation familiale 20

f. Promouvoir le mandat de protection future 21

2) L'instruction de la mesure de protection 22

a. L'évaluation préalable au prononcé éventuel d'une mesure de protection 23

b. Le besoin de mieux articuler la collaboration pluridisciplinaire entre les acteurs de la protection 25

3) Le prononcé de la mesure de protection 26

a. La recherche du consentement de la personne à protéger 26

b. L'assistance de la personne à protéger dans le cadre du prononcé de la mesure 27

c. L'audition des proches 28

4) L'exécution de la mesure de protection 28
a. L'exécution de la mesure par un curateur ou tuteur familial 29
b. L'exécution de la mesure par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs 30
c. L'exécution de la mesure par le préposé d'un établissement public 32
d. La fin de l'exécution de la mesure en cas de décès du majeur 34

5) Le contrôle de l'exécution de la mesure de protection 35

6) La durée de la mesure de protection 37

7) Du juge des tutelles au juge de la protection des majeurs 39

III. Les droits fondamentaux des majeurs protégés insuffisamment reconnus 40

1) Le droit de vote 40

2) Le droit au mariage et autres formes d'unions 41

3) Le droit de divorcer 42

4) Le droit de choisir son lieu de vie et au respect de sa vie privée 43

5) Le droit à l'autonomie et au respect de sa dignité 46

IV. La situation particulière des majeurs protégés français hébergés dans des établissements situés en Belgique 49

1) La compétence du juge des tutelles français à l'égard de ces majeurs 50

2) Les difficultés d'accès aux droits sociaux 51

3) Le rattachement fiscal 52

Conclusion 54

Synthèse 56

Annexes 64

Notes 84

Introduction

L'augmentation du nombre de majeurs n'étant plus en mesure de pourvoir à leurs intérêts a contraint le législateur à revenir, en 2007, sur le dispositif de la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs. Entrée en vigueur le 1er janvier 2009, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a profondément rénové le régime de la protection de ces derniers, avec pour ambition de réguler l'augmentation du nombre de mesures, d'harmoniser les pratiques des acteurs tutélaires et d'offrir une meilleure prise en charge de la vulnérabilité.

Aujourd'hui, la question de la protection juridique des majeurs vulnérables affecte de façon prégnante la vie d'un nombre croissant de personnes en situation de fragilité, de leurs familles ainsi que de l'ensemble des intervenants professionnels qui exercent dans le champ de la protection. Cette augmentation du nombre de personnes protégées s'explique, notamment, par l'allongement de l'espérance de vie et l'apparition corrélative de troubles dégénératifs. On signalera également la meilleure prise en compte du handicap ainsi que les transformations de la cellule familiale comme autres causes de cet accroissement.

Ce sont ainsi près de 800.000 personnes qui, n'étant plus en situation de pourvoir à leurs intérêts en raison de l'altération de leurs facultés mentales ou corporelles, seraient bénéficiaires d'une mesure de protection, 360.000 étant gérées dans le cadre familial, 360.000 par des mandataires associatifs, 40.000 par des mandataires judiciaires à la protection des majeurs indépendants (MJPM) et 40 000 par des mandataires préposés d'établissements publics de santé, sociaux et médico-sociaux. Malgré ces chiffres, dont le Garde des sceaux se faisait déjà l'écho à l'occasion des débats parlementaires de 2007, **le Défenseur des droits déplore néanmoins le peu de données disponibles afférentes au nombre exact de personnes protégées, à leur profil ainsi qu'à l'action des acteurs tutélaires**.

Dès avant la réforme de 2007, la question de la protection juridique des majeurs vulnérables a fait l'objet d'une attention continue du Médiateur de la République. Le Défenseur des droits poursuit cette action, dans le cadre de sa mission de **défense des usagers dans leurs relations avec les services publics**, en veillant à ce que le régime de protection des majeurs vulnérables soit adapté et respectueux des droits et libertés des personnes concernées.

En matière de **lutte contre les discriminations**, les réclamations reçues par le Défenseur des droits mettent en lumière les inégalités de traitement pouvant affecter les majeurs en raison de leur handicap, de leur état de santé, de leur âge ou, depuis la promulgation de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, de leur perte d'autonomie.

Dans ses analyses et recommandations, le Défenseur des droits s'appuie sur les réclamations concernant les majeurs protégés qui lui sont adressées, qu'il s'agisse des réclamations traitées par les services du siège ou par l'un des 400 délégués du Défenseur des droits présent dans l'un des points d'accueil répartis sur l'ensemble du territoire. Le Défenseur des droits a ainsi pu relever un certain nombre de difficultés récurrentes. Celles-ci concernent notamment :

- des contestations de placement sous mesure de protection par le majeur protégé ;
- des problèmes de gestion de la mesure de protection : retard dans le paiement des loyers, impôts, gestion des comptes bancaires (...) ;
- des contestations des comptes de gestion ;
- des absences de réponse du juge ;
- des contestations du montant des sommes allouées aux majeurs protégés par le curateur ou le tuteur ;
- des contestations de la nomination du MJPM, notamment lorsque les familles souhaitent gérer la mesure de protection ;
- des difficultés rencontrées par des majeurs sous mesure de curatelle qui sont accueillis dans des établissements de soins situés dans un pays limitrophe ;
- des difficultés liées à la mise en œuvre du mandat de protection future ;
- des difficultés d'appréciation du passage de l'aptitude à l'inaptitude (...).

Par ailleurs, dans le cadre de sa **mission de promotion de l'égalité et d'accès aux droits**, le Défenseur des droits a vocation à contribuer au changement des pratiques et, le cas échéant, à proposer des réformes.

C'est à ce titre qu'en 2012, le Défenseur des droits a été appelé à préfacer le Livre blanc sur la protection juridique des majeurs, avec la Convention nationale des associations de protection de l'enfant (CNAPE), la Fédération nationale des associations tutélaires (FNAT), l'Union nationale des associations familiales (UNAF) et l'Union nationale des associations de parents, de personnes handicapées mentales et de leurs amis (UNAPEI) et avec la participation d'associations de mandataires publics ou privés (association nationale des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, fédération nationale des mandataires judiciaires indépendants à la protection des majeurs,..). Destiné à mieux faire connaître la protection juridique des majeurs, ce Livre blanc a notamment permis d'appeler l'attention des pouvoirs publics sur une première série de préconisations visant à l'amélioration du dispositif institué par la loi du 5 mars 2007, à savoir : l'extension du principe de subsidiarité à l'indemnité complémentaire, l'organisation de la justice de la protection des majeurs en s'inspirant du modèle de la justice des mineurs, la possibilité de prélever la participation financière des personnes protégées par un tiers (Trésor public) et non par le mandataire judiciaire, etc.

De même, le 11 avril 2013, le Défenseur des droits a adopté une recommandation générale (Décision n° MSP-MLD- 2013-53), soulignant l'importance de promouvoir les droits de la personne âgée, afin de lui permettre de demeurer « actrice » des décisions la concernant, malgré les déclins cognitifs pouvant l'affecter.

Le Défenseur des droits a par ailleurs organisé, en novembre 2013, une table ronde consacrée aux droits des personnes âgées vulnérables hébergées en EHPAD. A cette occasion, il s'est notamment attaché à rappeler la nécessité de promouvoir les notions d'anticipation (avec la promotion du mandat de protection future), de collégialité (afin de lutter contre la logique de contrat d'adhésion) et de réactualisation (le déclin cognitif pouvant être passager, il importe de réévaluer le dispositif choisi) afin de favoriser la mise au jour d'un consentement libre et éclairé.

Le 20 mars 2014, le Défenseur des droits a organisé un colloque portant sur les droits fondamentaux et l'avancée en âge, afin de nourrir la concertation lancée par le gouvernement dans le cadre du projet de loi sur l'adaptation de la société au vieillissement.

Enfin, le 10 décembre 2015, le Défenseur des droits était partenaire, aux côtés du Ministère de la Justice et de la Fédération nationale des associations gestionnaires au service des personnes handicapées et fragiles (FEGAPEI), de l'organisation d'un séminaire à destination des magistrats et des greffiers, dans le cadre du projet « Access to Justice for Persons with Intellectual Disabilities/Accès à la justice pour les personnes ayant une déficience intellectuelle » (AJuPID) financé par la Commission Européenne. Ce projet visait à identifier les pratiques de cinq pays européens – la Bulgarie, la Finlande, la France, la Hongrie et l'Irlande – allant dans le sens d'une égale reconnaissance devant la loi et l'accès à la justice des personnes ayant une déficience intellectuelle.

Par ailleurs, le Défenseur des droits a été désigné par le Gouvernement comme **mécanisme indépendant chargé du suivi de l'application de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)**. Il assure, à ce titre, au sein d'un dispositif national de suivi, une mission de protection, de promotion et de suivi de l'application de la Convention.

La mission de protection consiste à accompagner, en toute indépendance, les personnes handicapées dans la connaissance et la défense de leurs droits. Il s'agit, pour le Défenseur des droits, de l'ensemble de ses activités liées au traitement des réclamations individuelles : accès aux droits (information, conseil, réorientation), médiation, recommandation, observations devant les juridictions, transaction, etc. A ce titre, il lui appartient, notamment :

- d'intégrer la CIDPH comme norme juridique à part entière dans le traitement des réclamations ;
- de faire évoluer l'interprétation du droit par les juridictions à la lumière des principes inscrits dans la CIDPH à l'occasion, notamment, des observations présentées devant les tribunaux ;
- d'émettre des recommandations à l'égard des pouvoirs publics pour modifier, abroger ou abolir les lois, règlements, pratiques qui seraient sources de discriminations envers les personnes handicapées.

La mission de promotion consiste, en lien avec la société civile et l'État, à sensibiliser les personnes handicapées ainsi que les différents acteurs impliqués dans la mise en œuvre des droits garantis par la CIDPH (organismes publics et parapublics, associations, décideurs, élus, avocats, magistrats, etc.) à l'existence même de la Convention, aux droits qu'elle contient, à la portée juridique de la Convention, à ses impacts en matière de politiques publiques, etc.

La mission de suivi de l'application de la CIDPH consiste à veiller à la conformité de la législation, des politiques publiques et des pratiques mises en œuvre par les différents acteurs, publics et privés, aux stipulations de la Convention. Il s'agit, notamment, pour le Défenseur des droits d'assurer une veille juridique, de participer à la définition d'orientations stratégiques, de formuler des recommandations en vue de modifier les pratiques et de faire des propositions de réformes, etc.

Dans le cadre du suivi de la Convention, le Défenseur des droits coordonne un Comité de suivi, constitué de représentants du Conseil français des personnes handicapées pour les questions européennes et internationales (CFHE), du Conseil national consultatif des personnes handicapées (CNCPH), de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) et du Comité interministériel du handicap (CIH).

En tant que mécanisme indépendant, le Défenseur des droits a vocation à élaborer un rapport alternatif destiné à éclairer le Comité des droits de l'ONU sur la mise en œuvre de la CIDPH par la France, s'agissant notamment de la conformité de la législation et de pratiques avec l'article 12 de la convention relatif à la « Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité ».

Méthodologie

Outre l'analyse des réclamations adressées au Défenseur des droits, ce rapport a pu être élaboré grâce aux témoignages et auditions des acteurs de terrain en prise quotidienne avec les problématiques abordées.

Dans le cadre de ses relations avec la société civile, le Défenseur des droits a constitué un comité d'entente handicap, composé des principales associations représentatives des grandes catégories de handicap. Il se réunit régulièrement pour faire le point de la situation et des besoins en matière de respect des droits des personnes handicapées.

Le Défenseur des droits est aussi à l'écoute des acteurs de terrain (juges d'instance, mandataires judiciaires, médecins et personnels de santé, associations tutélaires, ...). Une série d'entretiens a ainsi été menée auprès de ces différents acteurs.

Le Défenseur des droits a également participé à diverses manifestations (colloques, journées d'étude, séminaire, ...) sur la thématique de la protection juridique des majeurs.

Le Défenseur des droits remercie l'ensemble des personnes et institutions qui ont nourri ses réflexions et permis la réalisation du présent rapport.

I. Les engagements internationaux de la France en matière de protection juridique des majeurs protégés

La question de la protection juridique des majeurs vulnérables est encadrée par divers instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme, parmi lesquels la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international sur les droits civils et politiques, la Convention relative aux droits des personnes handicapées, la Convention de la Haye sur la protection internationale des adultes et la Convention européenne des droits de l'homme.

1) La convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)

La Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) a été adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, le 13 décembre 2006. Ratifiée par la France, elle est entrée en vigueur le 20 mars 2010. Elle a pour objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées, sans discrimination d'aucune sorte fondée sur le handicap.

L'article 1er de la CIDPH dispose que : « *Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres* ». Les incapacités de la personne peuvent être liées à une déficience d'origine congénitale ou acquise suite à une maladie, un accident ou une dégénérescence sénile. Au sens de cette définition, les majeurs vulnérables sont des personnes handicapées dont les droits sont garantis par ce texte.

Selon de l'article 2 de la CIDPH, il convient d'entendre par « discrimination fondée sur le handicap » toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance

ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres. La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable.

On entend par « aménagement raisonnable » les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales.

Conformément aux principes généraux consacrés par le droit international des droits de l'homme, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 12 de la CIDPH affirme « *le droit pour les personnes handicapées à la reconnaissance en tout lieu de leur personnalité juridique* » ainsi qu'à la jouissance « *de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres* ».

La capacité juridique représente, pour la personne handicapée, la capacité d'avoir des droits et des obligations mais également la capacité d'exercer ces droits et d'exécuter ces obligations. **A ce titre, l'article 12 indique qu'il appartient aux Etats de prendre « *les mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique* » et de « *faire en sorte que ces mesures soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus* ».**

Le sens et la portée de ces dispositions ont été précisés par le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU, dans son observation générale n°1 (2014) sur l'article 12, en date du 19 mai 2014.

A la lumière des principes généraux énoncés à l'article 3 de la CIDPH, le Comité réaffirme ainsi que le fait qu'une personne soit reconnue comme une personne handicapée ou souffre d'une incapacité ne saurait justifier qu'elle soit privée de sa capacité juridique ni, par conséquent, d'aucun des droits prévus à la Convention.

En ratifiant la CIDPH, l'État français s'est engagé à prendre toutes les mesures appropriées, y compris d'ordre législatif, afin de modifier ou abroger les dispositions légales ou réglementaires et les pratiques qui sont sources de discrimination envers les personnes protégées ou à protéger, et de garantir la mise en œuvre des droits fondamentaux.

Article 12*

Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité

1. Les Etats Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.
2. Les Etats Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres.
3. Les Etats Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.
4. Les Etats Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.
5. Sous réserve des dispositions du présent article, les Etats Parties prennent toutes mesures appropriées et effectives pour garantir le droit qu'ont les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier ; ils veillent à ce que les personnes handicapées ne soient pas arbitrairement privées de leurs biens.

* de la CIDPH

2) La convention européenne des droits de l'homme (CEDH)

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la restriction ou la privation de la capacité juridique est susceptible de constituer une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et familiale)en référence, notamment, aux principes concernant la protection juridique des majeurs formulés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans sa recommandation n° R (99) 4 du 29 février 1999.

Parmi ces principes figure celui de la préservation maximale de la capacité, au titre duquel ***« Une mesure de protection ne devrait pas automatiquement conduire à une restriction totale de la capacité juridique. Toutefois, une limitation de cette dernière devrait être possible lorsqu'elle apparaît de toute évidence nécessaire à la protection de la personne concernée. En particulier, une mesure de protection ne devrait pas automatiquement priver la personne concernée du droit de voter, de tester, de donner son accord ou non à une quelconque intervention touchant à sa santé, ou de prendre toute autre décision à caractère personnel, ce à tout moment, dans la mesure où sa capacité le lui permet »***.

Dans une récente affaire (CEDH, 23 février 2016, CAM c. Turquie, n°51500/08), la Cour européenne des droits de l'homme rappelle qu'elle doit tenir compte de l'évolution du droit international, en l'occurrence la Convention relative aux droits des personnes handicapées, et considère que la Convention européenne des droits de l'homme doit être lue à la lumière des exigences de ces textes s'agissant notamment du principe général de non-discrimination à l'égard des personnes handicapées. Pour autant, à ce jour, la Cour ne s'est pas encore prononcée sur une éventuelle violation de l'article 8 de la CEDH en référence à l'article 12 de la CIDPH.

3) La convention de la Haye sur la protection internationale des adultes

La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes définit les règles sur la compétence, la loi applicable et la reconnaissance internationale ainsi que l'application de mesures de protection. Elle établit également un mécanisme de coopération entre les autorités des États contractants.

La Convention renforce d'importantes obligations issues de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, notamment les dispositions des articles 12 sur la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, et 32 sur la coopération internationale.

II. Les évolutions nécessaires du régime français de protection des majeurs vulnérables

Si les dispositions de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme du droit des incapables majeurs ont poursuivi l'objectif d'une meilleure reconnaissance des droits et capacités des majeurs vulnérables ainsi que de la préservation de leurs droits personnels, leur confrontation avec les engagements internationaux auxquels la France est partie amène à s'interroger sur leur conformité avec les principes généraux consacrés par le droit international des droits de l'homme, s'agissant d'une part des conditions d'exercice de la capacité juridique par la mise en œuvre d'un mécanisme de décision accompagnée et, d'autre part, des conditions et modalités d'instruction, de mise en œuvre et de contrôle des mesures de protection.

1) D'un système de décision substitutive vers un système de décision accompagnée

En application de l'article 12 de la CIDPH, les États sont tenus de prendre les mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique. Ces mesures doivent être entourées de garanties pour éviter que des abus et des atteintes aux droits de l'homme soient commis

Ces mesures d'accompagnement doivent permettre de respecter les droits, la volonté et les préférences des personnes concernées et ne doivent pas seulement viser à répondre objectivement à son intérêt supérieur. Les conflits d'intérêts et les abus d'influence doivent être écartés. **Les mesures doivent être proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée. Elles doivent être graduées, limitées dans le temps et contrôlées périodiquement**.

Selon le Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies, la conception du handicap axée sur les droits de l'homme et l'exercice de la capacité juridique sur la base de l'égalité avec les autres suppose de **passer d'un système de**

prise de décisions substitutive (type tutelle), dans lequel la personne est privée de sa capacité juridique, à un système de prise de décisions assistée[1].

Le régime de prise de décisions substitutive se définit, notamment, comme un système dans lequel la personne chargée de prendre les décisions peut être désignée par un tiers sans l'accord de l'intéressé, et dans lequel les décisions prises sont fondées sur l'intérêt supérieur de la personne concernée et non sur sa volonté et ses préférences. A l'inverse, un régime de prise de décisions assistée comprend diverses possibilités d'accompagnement qui donnent la priorité à la volonté et aux préférences de la personne.

Le Comité des droits considère ainsi que **le paradigme « de la volonté et des préférences » doit remplacer le paradigme « de l'intérêt supérieur »**. La protection des personnes contre l'abus d'influence doit respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, **y compris son droit de prendre des risques et de faire des erreurs**.

Toutefois, la question reste entière pour ce qui concerne les situations dans lesquelles une personne, même accompagnée, serait dans l'incapacité totale d'exprimer sa volonté ou ses préférences (ex : coma, démence sénile) et ne pourrait donc exercer ses droits.

Force est de constater que la Convention reste totalement muette sur ce point. Les observations générales du Comité, bien que très éclairantes sur le sens à donner aux stipulations de la Convention, sont dénuées de tout caractère contraignant et ne peuvent avoir pour effet d'étendre la portée des obligations prévues par la CIDPH. Par conséquent, la portée des stipulations de l'article 12 de la CIDPH doit s'analyser en cohérence avec les autres textes internationaux et notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Le principe de non-discrimination en droit international des droits de l'homme ne semble pas *a priori* interdire la mise en place d'un mécanisme ayant pour effet de limiter l'exercice des droits dès lors que la mesure de limitation repose sur des motifs objectifs et raisonnables[2].

Le Défenseur des droits considère néanmoins que, conformément à la CIDPH, le recours à un tel mécanisme ne saurait s'entendre qu'à titre exceptionnel, c'est-à-dire dans les cas où la personne est dans l'incapacité totale d'exprimer sa volonté ou ses préférences et à défaut de pouvoir mettre en place d'autres formes d'accompagnement adapté pour répondre à ses besoins. Lorsqu'un tel dispositif de représentation s'avère indispensable à la protection de la personne ou de ses biens, il doit alors s'exercer dans le respect d'une interprétation optimale de la volonté et des préférences de la personne.

a. Le régime de protection juridique des majeurs en France : des principes à la réalité

En application des articles 8 et 414 du code civil, la capacité de jouissance des droits civils est reconnue à « tout français » ayant atteint l'âge de la majorité légale. **Il résulte de ces textes une présomption de pleine capacité de jouissance et d'exercice pour toutes les personnes majeures**.

C'est seulement en cas de nécessité qu'une personne majeure peut voir sa capacité juridique limitée. C'est le cas, en application de l'article 425 du code civil, si elle 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.

Selon l'article 415 du code civil, les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire (...). **Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne**. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci.

La loi prévoit les cas dans lesquels une personne, bénéficiaire d'une mesure de protection, conserve une totale autonomie dans l'exercice de ses droits. Il en va ainsi, sous réserve de dispositions légales particulières, des actes énumérés à l'article 458 du code civil dont la nature implique un consentement strictement personnel : la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou de changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. Selon l'article 459 alinéa 1 du code civil, la personne protégée prend également seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet.

De la combinaison des articles 425 et 428 du code civil, il résulte qu'une personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison de l'altération de ses facultés, empêchant l'expression de sa volonté, peut bénéficier d'une mesure de protection juridique qui ne peut être ordonnée par le juge que si elle est nécessaire et si d'autres mesures moins contraignantes, subsidiaires, ne peuvent pas être appliquées.

Bien que la réforme de 2007 ait consacré le principe de subsidiarité des mesures de protection juridique en favorisant le recours à des mesures alternatives, force est de constater que le report escompté sur ces mécanismes alternatifs ne s'est que très faiblement produit.

Le Défenseur des droits constate, qu'en pratique, les principes de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité ne sont pas respectés et que la plupart des majeurs placés sous un régime de protection juridique relève aujourd'hui d'une mesure de tutelle (53%) et se trouvent ainsi privé de capacité juridique.

b. Privilégier les mesures qui favorisent l'autonomie et évitent le prononcé d'une mesure incapacitante

Il convient tout d'abord de rappeler que le droit commun de la représentation ou les règles applicables entre époux peuvent, dans certains cas, permettre de garantir la protection d'une personne en respectant ses choix.

Le droit commun de la représentation

La protection de la personne peut être garantie par les mandats qu'elle a pu donner à un proche, notamment sur ses comptes bancaires ou par acte sous signature privée ou notarié.

La gestion courante du patrimoine du mandant et ses besoins de la vie quotidienne sont ainsi assurés et aucune restriction de capacité n'intervient.

Les règles applicables entre époux

L'ouverture d'une mesure de protection n'est pas nécessaire dès lors que l'intérêt de l'époux défaillant peut être protégé par les règles du régime matrimonial.

Il convient ici de se reporter aux dispositions des articles 217 et 219 du code civil, régime primaire des droits et devoirs respectifs des époux, et à celles des articles 1426 et 1429 du code civil applicables au seul régime de communauté.

Dans ces deux cas, la représentation n'est pas subie, le représentant et les modalités de représentation ayant été choisis par la personne représentée.

Recommandation

Rappeler l'existence des dispositions du droit commun de la représentation et des règles applicables entre époux sur les fascicules et sites internet d'information sur les droits pour favoriser la pratique du mandat de représentation (différent du mandat de protection future) et rappeler les devoirs d'assistance et de représentation des conjoints.

c. Étendre la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ)

Parmi les innovations importantes de la loi de 2007, la création de la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) dont l'objectif est de permettre le suivi des personnes qui, sans présenter d'altération de leurs facultés personnelles, connaissent des difficultés sociales et budgétaires les mettant en péril.

Dans le prolongement de ce dispositif contractuel entre le majeur et le département, et en cas d'échec de celui-ci, le législateur a prévu la saisine du juge des tutelles en vue du prononcé d'une mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ). N'étant pas une

mesure de protection mais simplement d'accompagnement, la MAJ ne créée aucune incapacité juridique pour la personne qui en bénéficie. Elle entraîne la désignation d'un professionnel dont la mission est de percevoir pour un temps défini les prestations sociales désignées par le juge sur un compte bancaire ouvert au nom du bénéficiaire de ces prestations.

Ce dispositif intéressant souffre, toutefois, de deux principales limites qui en réduisent la portée.

Tout d'abord, cette mesure ne peut être prononcée qu'à la demande du procureur de la République, en application des dispositions de l'art. 495-2 du Code civil, lequel agira en pratique à la demande des services du département.

Ensuite, la MAJ ne s'appliquent qu'aux personnes majeures bénéficiaires de prestations sociales. Ce critère exclut de facto de ces dispositifs les majeurs dont le niveau d'altération des facultés n'est pas suffisant pour prononcer une mesure de protection juridique, mais qui rencontrent de grandes difficultés dans la gestion de leurs ressources, constituées d'éléments autres que des prestations sociales.

Recommandation

Assouplir les conditions de prononcé d'une mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) en :

- élargissant la mesure aux personnes majeures faisant face à de grandes difficultés dans la gestion de leurs ressources lorsque ces difficultés sont susceptibles de les mettre en danger, et ce quand bien même elles ne seraient pas bénéficiaires de prestations sociales ;
- permettant au juge des tutelles de prononcer une MAJ, dans le cadre d'une requête pour ouverture d'une mesure de protection juridique, dès lors que la MAJ apparaît plus appropriée à la situation du majeur concerné.

d. Promouvoir la sauvegarde de justice comme mesure autonome

Il convient de rappeler que la sauvegarde de justice est une mesure autonome, en application de l'article 433 al.1 du code civil. Cette mesure doit être favorisée par rapport à la curatelle et à la tutelle (article 440 du code civil). La personne placée sous sauvegarde de justice (pour une durée maximum de 2 ans) conserve l'exercice de ses droits (art 435 du code civ.).

Cette mesure permet, dans un temps assez court (en moyenne moins d'un an), au mandataire désigné (familial ou non) d'aider à la mise en place des nouvelles conditions de vie du majeur hors d'état d'exercer seul ses droits et de restructurer son patrimoine. Après ces démarches, le maintien d'une mesure d'assistance (à part un accompagnement personnel qui peut être accompli par des proches) ou de

représentation n'est, le plus souvent, plus nécessaire. Les mandats préalables à la mesure (notamment la procuration sur les comptes bancaires) peuvent alors perdurer.

Recommandation

Le recours à la sauvegarde de justice comme mesure autonome doit être promue. Elle ne doit plus être seulement une mesure prononcée au cours de l'instruction préalable au prononcé d'une mesure de curatelle ou de tutelle.

e. Étendre la mesure d'habilitation familiale

Selon l'article 494-1 du code civil, créé par l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015, lorsqu'une personne est hors d'état de manifester sa volonté en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles, le juge des tutelles peut habiliter une ou plusieurs personnes choisies parmi ses proches à la représenter ou à passer un ou des actes en son nom, afin d'assurer la sauvegarde de ses intérêts.

Cette nouvelle mesure, écrite sur le modèle de l'habilitation de l'époux, a été adoptée pour éviter le prononcé d'une tutelle, lorsque la situation familiale est consensuelle. Le juge habilite le représentant familial après avoir vérifié que les intérêts de la personne sont préservés et qu'il n'y a pas d'accord entre les membres de la famille allant à l'encontre des intérêts de la personne. Il s'agit d'un contrôle a priori. Il n'existe pas de contrôle de la gestion a posteriori par le dépôt de comptes de gestion.

Il pourrait être envisagé d'étendre la mesure, à une simple assistance d'un majeur, capable d'exprimer sa volonté mais trop âgé ou malade pour exercer seul ses droits, notamment pour restructurer son patrimoine, simplifier sa gestion quotidienne, ou préparer son installation en maison de retraite. Ainsi une habilitation familiale prévoyant l'assistance temporaire de la personne permettrait d'adapter cette mesure aux exigences de la CIDPH.

L'exemple type est celui de la personne âgée, propriétaire de son logement, qui perçoit une retraite et possède quelques placements financiers. La restructuration du patrimoine effectuée, la mesure d'assistance devient alors inutile.

Recommandation

Étendre la mesure d'habilitation familiale aux majeurs ayant besoin d'une assistance temporaire dans la gestion de leur patrimoine.

f. Promouvoir le mandat de protection future

A plusieurs reprises, le Défenseur des droits a appelé de ses vœux l'anticipation de la mesure de protection, à la faveur notamment du mandat de protection future (cf. avis du Défenseur des droits n°14-09 du 11 juillet 2014 sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement).

Le mandat de protection future permet à une personne qui n'est pas déjà placée sous protection juridique (tutelle ou habilitation familiale) et qui est en mesure d'exprimer un consentement libre et éclairé, d'anticiper l'organisation de sa vie quotidienne, de ses affaires courantes ainsi que de la gestion de ses biens en cas d'altération à venir de ses facultés mentales ou physiques (art 477 du code civil).

La prise en compte préalable de l'altération éventuelle de ses facultés mentales ou physiques, permet à toute personne de prévoir jusque dans le détail ses conditions de vie lorsqu'elle ne pourra plus y pourvoir seule : choix du représentant, du lieu de vie, des options de gestion du patrimoine (...)

L'établissement d'un mandat de protection future permet de s'assurer de la prise en compte de ses volontés lorsque l'expression d'un avis ou d'un consentement sera devenue difficile ou impossible. Devenu inapte à pourvoir seul à ses intérêts, le majeur bénéficiera des conditions de vie qu'il a choisies et qui respectent sa volonté.

La législation en vigueur prévoit que le mandat de protection future peut être un acte sous signature privée, sur papier libre contresigné par un avocat, ou en utilisant un formulaire certifié CERFA ou un acte notarié.

Le recours au mandat de protection future notarié permet de concilier liberté individuelle et sécurité juridique. Le notaire doit respecter ses obligations de conseil et doit tenir compte de la composition du patrimoine et de la famille de la personne qui le consulte pour rédiger le mandat. Le recours au notaire permet ainsi d'être bien informé et de s'assurer des conséquences de la mise en place du mandat de protection future tant sur l'aspect personnel que patrimonial.

Le recours au mandat de protection future ne doit pas correspondre à un début de déjudiciarisation de la protection juridique des majeurs. La sécurité juridique initiée par la rédaction notariée du mandat est ainsi complétée par le contrôle du juge prévu par la loi dans le cadre de l'exécution du mandat. Ainsi, à titre d'exemple, il revient au juge :

- d'autoriser un acte à titre gratuit ;
- d'autoriser un acte de disposition concernant la résidence principale ou secondaire, que le mandat soit notarié ou sous seing privé ;
- d'autoriser les actes relatifs aux comptes bancaires du mandant, que le mandat soit notarié ou sous-seing privé ;
- d'intervenir en cas de gestion déraisonnable (alerté par le contrôleur par exemple) ;

- d'intervenir en cas de conflit sur le lieu de résidence et de conflit avec l'entourage ;
- de décharger, le cas échéant, le mandataire de ses fonctions ;
- de suspendre le mandat par une mesure de sauvegarde de justice ;
- de révoquer le mandat en cas de recouvrement des facultés mentales ou au contraire de décision sur une mesure de protection (tutelle, curatelle) ;

Recommandation

Le Défenseur des droits considère que juge pourrait intervenir lors de la mise à exécution du mandat pour vérifier le passage du majeur protégé de l'aptitude à l'inaptitude, et ce, par voie d'homologation, ainsi que cela se pratique, notamment au Québec, dont la France s'est inspirée pour introduire le mandat de protection future dans sa législation.

Afin de sécuriser le mandat de protection future, le Défenseur des droits est favorable au mandat notarié. Toutefois, afin de ne pas pénaliser financièrement les mandants et, en conséquence, ne pas dissuader de recourir au mandat de protection future, le Défenseur des droits propose qu'une réflexion sur les coûts occasionnés par la systématisation d'un tel recours à l'acte notarié soit engagée.

Il convient, en outre, de promouvoir le mandat de protection future auprès des acteurs intervenant auprès des majeurs : professionnels de la santé, travailleurs sociaux, notaires (...).

Si le Défenseur des droits relève par ailleurs avec satisfaction la création, qu'il avait appelée de ses vœux, d'un répertoire des mandats à l'article 477-1 du Code civil (cf. avis n°14-09 du 11 juillet 2014 sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement), il demeurera vigilant sur les modalités concrètes d'accès qui seront mises en œuvre par décret. Ce registre, dont la tenue devrait être confiée aux notaires, devra être accessible aux juges qui devront le consulter avant toute décision de mesure de protection.

2) L'instruction de la mesure de protection

Le prononcé des mesures de protection et leur exécution doivent être conformes aux dispositions de l'article 415 du code civil relatives au respect des libertés individuelles, aux droits fondamentaux et à la dignité de la personne, à l'intérêt et à l'autonomie de la personne protégée.

L'examen des réclamations dont a été destinataire le Défenseur des droits, de la doctrine en la matière et de la jurisprudence impose de proposer des améliorations des conditions des règles d'instruction de la mesure et de son exécution.

a. L'évaluation préalable au prononcé éventuel d'une mesure de protection

Le certificat médical circonstancié

L'article 425 du code civil prévoit que l'évaluation médicale est un préalable indispensable à toute mesure de protection juridique. Dans ce cadre, l'objectif principal du certificat médical est de permettre au juge des tutelles de décider si une mesure de protection est nécessaire et dans l'affirmative de déterminer laquelle et la plus adaptée.

La gestion courante du patrimoine du mandant et ses besoins de la vie quotidienne sont ainsi assurés et aucune restriction de capacité n'intervient.

Le certificat doit donc clairement indiquer si, notamment, la personne 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* », condition nécessaire pour qu'elle puisse bénéficier d'une mesure de protection juridique et si le besoin porte sur « *la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci* » ou s'il ne porte que sur « *l'une de ces deux missions* » .

Ainsi le certificat médical circonstancié doit décrire avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé, donner au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération et préciser les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote (article 1219 du code de procédure civile).

Au-delà de l'exigence d'un certificat médical, condition préalable actuellement au prononcé d'une mesure de protection judiciaire, c'est la motivation de ce dernier qui permet au juge des tutelles d'adapter au mieux sa décision. En pratique cette rédaction est de qualité inégale d'un médecin à l'autre, tant dans sa motivation que dans sa forme.

Recommandation

Le Défenseur des droits recommande que les médecins rédigent avec davantage de précision les certificats médicaux qui doivent être circonstanciés et lisibles. L'établissement d'un certificat « dactylographié » pourrait également être imposé aux médecins.

L'article 431 al 2 du code civil prévoit que le coût du certificat médical est fixé par décret en Conseil d'Etat. Ainsi, l'article R.217-1 du code de procédure pénale (modifié par décret n°2008-1485 du 22 décembre 2008) prévoit que le médecin auteur d'un tel certificat reçoit, à titre d'honoraires, la somme de 160 euros.

Recommandation

Dans un contexte de pénurie de médecins habilités à intervenir dans le cadre de la protection des majeurs, le Défenseur des droits recommande de réévaluer la tarification des certificats médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs.

Lorsque le majeur à protéger refuse de se soumettre à l'examen par un médecin habilité par le procureur, le plus souvent, seul est joint à la requête, un certificat médical constatant la carence de l'intéressé.

Recommandation

Le Défenseur des droits recommande que, malgré le constat de carence rédigé par le médecin habilité, le certificat puisse être suffisamment circonstancié afin d'établir l'existence ou non d'une altération sérieuse des facultés mentales ou physiques après l'avis du médecin traitant, notamment, et recueil de tout élément utile auprès des proches et des établissements de santé ou médicosociaux.

La formation des médecins habilités

Afin d'exercer sa mission, le médecin doit être inscrit sur la liste établie par le procureur de la République (article 431 alinéa 1 du code civil). L'inscription sur cette liste ne requiert à l'heure actuelle aucune compétence spécifique.

Recommandation

Le Défenseur des droits recommande :

- rendre obligatoire le suivi d'une formation adaptée par les médecins habilités à la protection juridique des majeurs ;
- que soit créé, à cette fin, un diplôme universitaire d'expertise médicale en matière de protection des majeurs (un tel diplôme interuniversitaire est déjà mis en place en partenariat entre les universités de Paris Diderot et de Créteil).
- la mise en place d'actions de sensibilisation de nature à inciter davantage de médecins à s'inscrire sur les listes.

L'évaluation pluridisciplinaire du majeur à protéger

Le Défenseur des droits souhaite rappeler que si l'ouverture par le juge d'une mesure de protection juridique ne se fonde aujourd'hui que sur l'évaluation médicale du majeur à protéger, il n'en demeure pas moins qu'une évaluation pluridisciplinaire du majeur permettrait au juge, de bénéficier d'un recueil de renseignements sur la situation socio-économique ou médico-sociale de la personne lui permettant de prononcer une mesure de protection plus adaptée, graduée et individualisée.

En effet, le Défenseur des droits constate que le dispositif permettant au juge des tutelles de faire procéder à « une enquête sociale ou à des constatations par toute personne de son choix » (article 1221 du code de procédure civile) reste trop peu appliqué.

Recommandation

Le Défenseur des droits recommande donc de mettre en place une évaluation pluridisciplinaire de la personne à protéger et d'ajouter au certificat médical une évaluation médico-sociale de la personne à protéger.

b. Le besoin de mieux articuler la collaboration pluridisciplinaire entre les acteurs de la protection

La protection des personnes vulnérables réunit des acteurs multiples, qui concourent chacun, à leur niveau, au processus de prise en charge de la personne vulnérable. A ce jour, aucun dispositif législatif ou règlementaire n'institue cependant entre eux de collaboration interdisciplinaire pourtant indispensable à la mise en œuvre des mesures judicaires ou extra-judiciaires qui sont prononcées au bénéfice des personnes protégées.

Certaines expérimentations locales de partenariats ont toutefois été menées en 2014, à l'initiative d'un juge des tutelles du tribunal d'instance de Montreuil, en Seine Saint Denis. En raison de changements d'affectations du magistrat, celles-ci n'ont cependant malheureusement pas été poursuivies plus avant. Aussi le Défenseur des droits préconise-t-il de généraliser la création de comités locaux interdisciplinaires, sous la coordination du président de chaque tribunal de grande instance.

Réunissant notamment un représentant de l'Etat, des juges des tutelles, un greffier des tutelles, un directeur de greffe, le bâtonnier, le procureur de la République, le président du conseil départemental, de la direction régionale de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale (DRJSCS), de l'agence régionale de santé (ARS), des mandataires, des professionnels associatifs et individuels, des mandataires familiaux ainsi qu'un médecin figurant sur la liste établie par le procureur, ces comités locaux auraient notamment pour mission :

- d'évoquer des situations dont la résolution exige un partenariat interdisciplinaire approfondi ;
- d'alerter les autorités locales compétentes concernant des problématiques locales particulières ;
- de proposer la mise en œuvre d'actions locales de nature à favoriser le développement du partenariat interdisciplinaire.

Recommandation

Institutionnaliser la création de comités locaux interdisciplinaires dans le ressort de chaque tribunal de grande instance.

3) Le prononcé de la mesure de protection

Parmi les principes essentiels retenus par la réforme de la protection juridique des majeurs en 2007 figurent le nécessaire respect des droits fondamentaux et de la dignité de la personne, ainsi que la sauvegarde de son autonomie (article 415 du Code civil). La Convention relative aux droits de personnes handicapées stipule, quant à elle, que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique doivent respecter la volonté et les préférences de la personne concernée.

a. La recherche du consentement de la personne à protéger

En premier lieu, le juge doit s'efforcer de recueillir et de tenir compte de l'avis de la personne dont la mise sous protection juridique est demandée. A cet effet, l'article 432 du code civil (complété par les articles 1220 et 1220-1 du code de procédure civile) édicte que le juge doit procéder à l'audition préalable du majeur à protéger, en prévoyant toutefois une possibilité de passer outre par décision spécialement motivée et sur avis conforme du médecin habilité « *si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté* ».

L'audition apparaît comme un acte procédural déterminant, qui respecte l'autonomie et la dignité de la personne. Cela constitue ainsi pour celui-ci un droit fondamental. L'audition est aussi un moyen pour le juge de pouvoir apprécier au mieux l'état et la situation de la personne, de sorte qu'il puisse statuer de la manière la plus éclairée et proportionnée possible.

Alors que le législateur a conféré à la dispense d'audition un caractère exceptionnel, dans la mesure où le juge a la faculté de se déplacer dans le lieu de vie du majeur concerné, **l'attention du Défenseur des droits a été appelée sur le recours beaucoup trop fréquent aux dispenses d'audition**. Cette situation est inacceptable au regard de l'atteinte aux droits fondamentaux de la personne qu'elle constitue.

Recommandation

Afin de favoriser l'obligation d'auditionner le majeur à protéger tant que cela n'est pas de nature à porter atteinte à sa santé, le Défenseur des droits recommande de :

- limiter la dérogation au principe de l'audition obligatoire du majeur au seul risque relatif à sa santé ;

- renforcer l'information dispensée aux médecins agréés, afin de les sensibiliser sur le caractère exceptionnel de la dispense d'audition et de les inciter à mieux caractériser les capacités décisionnelles restantes de la personne ;
- sensibiliser les futurs magistrats et notamment les juges des tutelles, au cours de leur formation initiale et continue, sur le caractère indispensable de cette audition.

b. L'assistance de la personne à protéger dans le cadre du prononcé de la mesure

Selon l'article 432 du Code civil, la personne à protéger peut être accompagnée, lors de son audition, par un avocat ou, sous réserve de l'accord du juge, par toute autre personne de son choix.

L'article 1214 du Code de procédure civile complète cette disposition en prévoyant que « *dans toute instance relative à l'ouverture, la modification ou la mainlevée d'une mesure de protection, le majeur à protéger ou protégé peut faire le choix d'un avocat ou demander à la juridiction saisie que le bâtonnier lui en désigne un d'office* » et que « *les intéressés sont informés de ce droit dans l'acte de convocation* ».

Compte tenu des conséquences résultant d'une mesure de protection juridique à l'égard des libertés fondamentales du majeur concerné, il paraît légitime de s'interroger sur l'opportunité de rendre obligatoire la présence de l'avocat aux côtés du majeur afin de le représenter, s'il n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté, ou de l'assister lors de son audition et tout au long de l'instruction de la mesure.

Recommandation

Le juge doit pouvoir demander la désignation d'office d'un avocat dans l'hypothèse où le majeur se trouve hors d'état d'exprimer sa volonté, afin notamment que des recours puissent être exercés dans l'intérêt de ce dernier.

Cette proposition renvoie à la question de la représentation insuffisante de la volonté et des intérêts de la personne concernée au moment de l'instruction de la demande de protection juridique, surtout lorsqu'il apparaît que l'entourage de celle-ci n'est pas à même d'assurer convenablement cette représentation, en raison d'un manque de considération à l'égard du majeur ou d'un conflit d'intérêts par exemple.

Dans le cas où de nouvelles mesures conduiraient à un renforcement de la présence de l'avocat, le Défenseur des droits insiste pour rappeler l'importance de l'abondement des crédits à l'aide juridictionnelle. En effet, les caractéristiques sociales de la population protégée font apparaître un nombre important de bénéficiaires de prestations sociales[3].

Recommandation

En s'inspirant du dispositif existant à l'égard des mineurs, donner la possibilité au juge des tutelles de nommer un administrateur ad hoc pour accompagner le majeur concerné durant la phase d'instruction de la mesure lorsqu'il constate que les intérêts de la personne à protéger, qui ne serait pas elle-même en mesure d'exprimer sa volonté et ses préférence, ne peuvent être correctement défendus par son entourage.

Afin d'éviter la création d'un acteur supplémentaire dans ce dispositif, une solution alternative consisterait à confier cette tâche au mandataire spécial pouvant être désigné par le juge dans le cadre d'une sauvegarde de justice soit à titre de mesure autonome, soit pour la période provisoire d'instruction de la requête. Il faudrait alors élargir les missions de ce mandataire énoncées à l'article 437 du Code civil, celles-ci étant actuellement limitées à l'accomplissement des actes rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée.

c. L'audition des proches

En dehors de la personne demandant à exercer la mesure, dont l'audition est de droit, le juge a la liberté d'apprécier l'opportunité d'entendre les personnes de l'entourage du majeur mentionnées à l'article 430 du Code civil.

Recommandation

Prévoir plus systématiquement l'audition des proches du majeur concerné, éventuellement lors d'une audition commune, pour permettre au juge d'avoir une meilleure vision du contexte familial de celui-ci et de pouvoir ainsi se prononcer de manière plus éclairée sur le choix de la mesure de protection et ses modalités d'exécution. Préciser que cette audition est de droit lorsqu'elle est demandée par l'un des proches mentionnés à l'article 430 du code civil.

4) L'exécution de la mesure de protection

La loi de 2007 institue clairement un ordre de priorité à respecter par le juge lorsqu'il désigne la personne chargée de la mesure de protection ; l'article 449 du code civil privilégie en effet la nomination d'un curateur ou tuteur familial, l'article 450 prévoyant en dernier ressort, « *lorsqu'aucun membre de la famille ou aucun proche ne peut assumer la curatelle ou la tutelle* », la désignation d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

Dans tous les cas, et conformément à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, l'aide à l'autonomisation de la personne vulnérable et le respect de ses droits, de sa volonté et de ses préférences doivent être une considération primordiale.

a. L'exécution de la mesure par un curateur ou tuteur familial

Les personnes majeures reçoivent la protection que leur état ou leur situation rend nécessaire. L'article 415 alinéa 3 du code civil dispose que cette protection est « un devoir des familles et de la collectivité publique ». Ce n'est que dans l'hypothèse où aucun membre de l'entourage n'est susceptible d'exercer la mesure, que le juge nomme un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Assurer le rôle d'aidant est difficile. Cette responsabilité engendre de nombreuses conséquences sur le plan juridique, relationnel, émotionnel. Aussi suppose-t-il que l'aidant puisse s'engager de façon éclairée.

Les tuteurs familiaux appelés à exercer ou exerçant une mesure de protection juridique bénéficient, à leur demande, d'une information qui leur est dispensée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Concrètement, celle-ci est délivrée par un document prévoyant :

- un rappel du fait que la protection d'une personne vulnérable est d'abord un devoir des familles, et subsidiairement une charge confiée à la collectivité publique ;
- une explication précise du contenu des principes fondamentaux de la protection juridique issus de l'article 428 du code civil, que sont le principe de nécessité, le principe de subsidiarité et le principe de proportionnalité ;
- une présentation de la législation sur la protection des personnes majeures vulnérables ;
- le contenu de la charte des droits et libertés de la personne majeure protégée figurant à l'annexe 4-3 du décret n° 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales ;
- la description du contenu des mesures de protection juridique des majeurs ;
- l'énoncé des droits et obligations de la personne chargée d'exercer la mesure de protection.

Il conviendrait d'aider davantage les tuteurs familiaux à assumer le rôle qui leur est confié, en les formant et en leur apportant une aide tout au long de l'exercice de la mesure. Ce soutien technique lui serait utile notamment dans la rédaction des requêtes destinées au juge ou autres actes de gestion.

Recommandation

Le Défenseur des droits recommande la mise en place d'un dispositif national de formation et de soutien à l'attention des tuteurs familiaux. Cette formation devrait mettre l'accent sur les modalités d'accompagnement des majeurs protégés dans le respect de leurs droits, de leur volonté et de leurs préférences.

Par des permanences au sein des tribunaux, des maisons de justice et du droit et des collectivités territoriales, les tuteurs et les curateurs familiaux recevraient une information sur le cadre juridique relatif à la protection des majeurs, sur les enjeux éthiques qui s'y rattachent ainsi que sur les réponses aux différentes situations de crise susceptibles de se produire.

b. L'exécution de la mesure par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs

Dès 2012, l'apparition d'un dispositif de protection juridique à deux vitesses était pointée par le Livre blanc sur la protection juridique des majeurs[4]. De nouveau, le Défenseur des droits est appelé à dresser le même constat, plusieurs éléments pouvant selon lui contribuer à fluidifier davantage l'exécution de la mesure par les mandataires judiciaires, au profit du majeur protégé.

S'agissant de la participation financière du majeur protégé à sa mesure, celle-ci est calculée sur la base d'une assiette de ressources qu'il demeure difficile à appréhender.

D'une part, conformément aux dispositions précitées de l'article R. 471-5-2 du code de l'action sociale et des familles, aucun prélèvement n'est effectué sur la tranche des revenus annuels inférieure ou égale au montant annuel de l'allocation aux adultes handicapés (AAH) en vigueur au 1er janvier de l'avant-dernière année civile, créant ainsi un effet de seuils à l'endroit de majeurs en situation de précarité qui, bien que disposant d'un montant de ressources très légèrement supérieur à celui de l'AAH, sont appelés à contribuer au financement de leur mesure.

Pour une personne dont les ressources avoisineraient 1,2 SMIC, la rémunération annuelle du MJPM variera ainsi de 20% (soit 264,36€ pour 2011) selon que les ressources se situent juste au-dessus ou juste en dessous du pallier. Et pour une personne dont les ressources oscilleraient autour de 2,5 SMIC, l'effet de seuil sera de près de 800€.

D'autre part, il apparaît que deux majeurs placés sous un même régime de protection et dotés d'un patrimoine équivalent pourront se voir appliquer un barème différent selon les catégories de mandataires décidés par le juge des tutelles (introduction de coefficients de pondération applicables aux seuls MJPM libéraux par exemple).

En conséquence, selon que l'exercice de la mesure de protection est confié à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM) individuel ou à une association, il en coûtera différemment au majeur protégé, en application du décret n° 2008-1554 du 31 décembre 2008 relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection.

Recommandation

Le Défenseur des droits propose que soit engagée une réflexion sur l'utilité de la création d'une grille tarifaire unique commune à l'ensemble des mandataires, dans le prolongement des dispositions de l'article 419 du code civil.

Il recommande, par ailleurs, l'évolution de l'assiette de calcul de la participation du majeur protégé, afin d'assurer une équité entre les majeurs contributeurs. Pour ce faire, il pourrait notamment être tenu compte de l'ensemble des revenus fiscaux, afin de déterminer le niveau de participation de la personne.

Le Défenseur des droits observe, par ailleurs, l'incompréhension croissante de la part des majeurs protégés eux-mêmes, de leurs familles ainsi que de l'ensemble des intervenants professionnels exerçant dans le champ de la protection, quant aux modalités concrètes qui sont mises en œuvre pour le calcul de la participation publique subsidiaire au financement de la mesure.

Lorsque le financement de la mesure ne peut être intégralement assuré par la personne protégée, il est en effet pris en charge par la collectivité publique, selon « *des modalités de calcul communes à tous les mandataires judiciaires à la protection des majeurs* » (article 419 du Code civil), et tenant compte des conditions de mise en œuvre de la mesure, quelle que soit la source de ce financement.

Si la mise en place par le législateur d'une dotation globale de financement pour les services tutélaires et d'indicateurs permettant une objectivation des coûts visait, avant tout, à rétablir l'égalité dans les financements entre mandataires, on rappellera cependant que :

- la détermination de cette dotation s'appuie notamment sur 13 indicateurs d'activité qui visent à prendre en compte de manière objective la charge des structures : nature de la protection, situation de la personne protégée et temps de travail effectif des personnels d'exécution. (articles L. 361-1 et R. 314-193-1 du code de l'action sociale et des familles) ;
- les mandataires libéraux perçoivent en revanche une rémunération à la mesure, sur la base de tarifs déterminés par trois indicateurs, versée par les caisses : CAF, CARSAT, MSA, ARCCO (...) ;

Recommandation

Afin d'améliorer la compréhension du dispositif de financement subsidiaire, les mandataires n'étant pas exempts de risques d'erreurs ou de mauvaises interprétations dans le calcul et l'imputation du financement, le Défenseur des droits préconise la recherche d'une plus grande convergence tarifaire, afin de contribuer à une meilleure compréhension des financements entre mandataires.

A l'occasion de ses contacts avec les associations de mandataires, le Défenseur des droits a également été sensibilisé à des problèmes pouvant fragiliser la situation des mandataires, notamment les retards de financement incombant au département qui peuvent entraver le bon déroulement de la mesure et donc, par ricochet, nuire à la personne protégée.

c. L'exécution de la mesure par le préposé d'un établissement public

En application de l'article 451 du code civil, « *si l'intérêt de la personne hébergée ou soignée dans un établissement de santé ou dans un établissement social ou médico-social le justifie, le juge peut désigner, en qualité de curateur ou de tuteur, une personne ou un service préposé de l'établissement inscrit sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs au titre du 1° ou du 3° de l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles, qui exerce ses fonctions dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. La mission confiée au mandataire s'étend à la protection de la personne, sauf décision contraire du juge.* »

L'article L. 472-5 du CASF précise que « *Lorsqu'ils sont publics, les établissements mentionnés aux 6° et 7° du I de l'article L. 312-1 qui hébergent des personnes adultes handicapées ou des personnes âgées et dont la capacité d'accueil est supérieure à un seuil fixé par décret [80 places cf. art D. 472-13 CASF] sont tenus de désigner un ou plusieurs agents comme mandataires judiciaires à la protection des majeurs pour exercer les mesures ordonnées par l'autorité judiciaire au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire.* »

Les préposés d'établissements publics de santé, sociaux ou médico-sociaux ne bénéficiant pas de financements publics spécifiques, il leur appartient de « négocier » un budget auprès des agences régionales de santé (ARS) sans indicateur ni norme, dans le cadre de la dotation annuelle de financement (DAF) de l'établissement.

Lorsque le volume des mesures à gérer le justifie, les agences régionales de santé (ARS) doivent être sensibilisées à l'opportunité de créer des services dédiés à la protection juridique au sein des établissements publics de santé, sociaux ou médico sociaux.

Le seuil d'une cinquantaine de mesures paraît être pertinent, au-dessous duquel des conventions sont à passer avec des services déjà existants au sein d'établissements plus importants et à l'expertise précieuse.

Pour répondre pleinement à cette mission, l'ensemble des établissements ainsi chargés d'une mission de protection juridique doivent se voir reconnaître des crédits eux- même dédiés, sur la base d'indicateurs d'activité adaptés, intégrant aussi bien des

données qualitatives (par la nature juridique et/ou sociale de l'accompagnement requis par chaque dossier) que volumétriques (par le nombre de mesures traitées).

En ces temps de contrainte budgétaire, des dotations ainsi fléchées permettraient de sauvegarder, au sein de chaque établissement concerné et avec l'appui des autorités, le minimum indispensable au fonctionnement correct d'une mission jugée souvent moins importante que d'autres et donc exposée à des coupes budgétaires péjoratives.

De plus, malgré l'objectif initial d'aligner les niveaux de professionnalisme exigés des mandataires, le législateur n'a cependant pas créé de statut particulier dédié aux MJPM. Si les universitaires qui ont contribué à la formation des MJPM ne semblent pas avoir relevé de différences flagrantes entre le personnel associatif et les personnes physiques qui exercent seules le mandat qui leur a été confié par le juge des tutelles, le Défenseur des droits relève cependant de fortes altérités tenant aux modalités de financement de leur activité, ainsi qu'aux modalités d'engagement de leur responsabilité civile professionnelle qui, en l'état, s'avèrent dirimantes pour la création d'un statut unique.

Le Défenseur des droits regrette néanmoins l'hétérogénéité de statuts qui peut affecter les personnes exerçant en qualité de préposés d'établissements (hôpital ou en établissements publics sociaux et médico-sociaux). Il apparaît ainsi qu'une grande diversité de grades et de statuts peuvent être observés, entre différents mandataires, selon la nature de l'établissement dans lequel ils exercent, alors même qu'ils exercent un métier à niveau de responsabilité équivalent. Concrètement, de nombreux préposés sont ainsi positionnés en catégorie C, alors qu'ils sont appelés à constituer un lien essentiel entre la famille et l'établissement dans lequel ils interviennent.

Recommandation

Afin d'éviter que les préposés d'établissement ne se retrouvent dans une situation de précarité qui excède celle des majeurs qu'ils sont appelés à protéger, le Défenseur des droits préconise la constitution d'un réel statut du préposé d'établissement. Matériellement, celui-ci devrait être applicable aux préposés intervenant en établissements hospitaliers, mais également à ceux qui exercent en établissements publics sociaux et médico-sociaux. Il est recommandé de prévoir une entrée dans la carrière des MJPM dans la catégorie B de la fonction publique hospitalière ou territoriale, selon la nature de l'établissement en question. Outre l'entrée dans la carrière, le statut devrait également prévoir les modalités de déroulement de carrière ainsi que le régime de rémunération et indemnitaire.

Au-delà même de la question du statut des préposés, le Défenseur des droits appelle également l'attention des ARS sur la nécessité de promouvoir plus avant le rôle et les missions des préposés près des directeurs d'établissements (les préposés constituant

rappelons-le le dispositif le moins onéreux au sein des dispositifs de la protection juridique).

Il conviendrait enfin que les Agences régionales de santé (ARS) soient sensibilisées à l'opportunité de créer des services médico-sociaux de protection juridique au sein des établissements hospitaliers. La mise en œuvre de cette préconisation permettrait d'éviter que ne se trouvent installés au sein d'établissements de santé, dans des services qui sont soumis aux règles d'organisation sanitaires et non sociales, des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

d. La fin de l'exécution de la mesure en cas de décès du majeur

L'attention du Défenseur des droits a été appelée sur les difficultés pouvant se faire jour à l'occasion de l'arrêt de la mesure de protection, en cas de décès du majeur.

Exemple

L'attention du Défenseur des droits a été appelée par Monsieur B sur les difficultés qu'il a rencontrées à la suite du décès de son père, majeur protégé placé sous une mesure de tutelle confiée à Madame C, mandataire judiciaire privée à la protection des majeurs.

Monsieur B évoque les manquements commis par Madame C qui lui aurait annoncé ainsi qu'à son frère et à sa sœur le décès de leur père très tardivement. Ces derniers auraient, ainsi, été privés de la possibilité d'assister à ses obsèques. En outre, il dénonce la gestion financière de la tutrice telle qu'établie dans les derniers comptes de gestion de son père ainsi que le règlement de sa succession. Il indique que la tutrice serait encore en possession de certains biens de son père dont il aimerait obtenir la restitution. Monsieur B aurait fait part de ses difficultés au juge des tutelles, sans toutefois obtenir de réponse. Le Défenseur des droits a sollicité la tutrice s'agissant, notamment, des difficultés rencontrées par Monsieur B pour obtenir la restitution des biens à caractère personnel ayant appartenu à son père. Celle-ci lui a rapidement fait part des démarches accomplie pour le majeur protégé dans le cadre de son mandat et lui a ainsi indiqué ne plus être en possession des biens de Monsieur B. Le Défenseur des droits a parallèlement attiré l'attention du juge des tutelles sur cette réclamation.

Prévu à l'article 443 du code civil, le principe de cessation immédiate des missions du tuteur, dès le décès, fait l'objet d'une jurisprudence constante de la part de la Cour de cassation (cf. Cass. 1re civ., 6 déc. 1989, n° 88-11.994, Cass. 1re civ., 28 mars 2006, n° 03-14.666). Aussi, le juge admet-il tout au plus que le mandataire puisse payer les funérailles au titre des créances privilégiées (cf. art. 2331 du code civil).

En pratique, il apparait toutefois opportun qu'en l'absence d'héritiers signalés auprès du mandataire, ce dernier puisse poursuivre sa mission quelques semaines après le décès du majeur afin de pouvoir effectuer un certain nombre de paiements.

Recommandation

Modifier l'article 418 du Code civil afin qu'en cas de décès de la personne protégée et en l'absence d'héritiers qui se seraient signalés auprès du mandataire, le juge puisse l'autoriser à poursuivre sa mission jusqu'à deux mois après le décès, afin de pouvoir effectuer un certain nombre d'actes consécutifs au décès.

5) Le contrôle de l'exécution de la mesure de protection

Une mesure de protection n'est véritablement efficace que si elle est contrôlée. Le juge, désigné par la Constitution comme le garant des libertés individuelles, assure cette mission. L'examen des réclamations adressées au Défenseur des droits confirme le constat des professionnels sur l'insuffisance du contrôle de la gestion des intérêts patrimoniaux de majeur protégé. La défaillance du contrôle peut laisser perdurer une mauvaise gestion ou ne pas sanctionner des détournements de fonds. La diminution ou la perte du patrimoine peut avoir de graves conséquences sur les conditions de vie du majeur protégé. Les choix faits, dans l'intérêt du majeur, par exemple, de vivre à domicile ou dans un établissement correspondant à sa situation financière et qu'il aura, le cas échéant décrit dans un mandat de protection future, devront être revus. La dignité et l'intérêt de la personne pourraient être atteints.

Exemple

L'attention du Défenseur des droits a été appelée par Madame C, sur la situation de sa mère placée sous une mesure de curatelle renforcée dont la gestion a été confiée à une association. Cette association signifiant rapidement au juge ne pas être en mesure d'exécuter cette curatelle en raison d'une surcharge de travail, la situation complexe de la protégée, notamment au niveau financier, se dégrade (comptes bancaires bloqués). De plus, l'association signifie à Madame C son opposition à la prise en charge temporaire de la mesure, dans l'attente de la nomination d'un nouveau curateur.

Le Défenseur des droits engage une médiation auprès de l'association, qui maintient toutefois sa position indiquant notamment que l'établissement ne pourra assurer la prise en charge de la protégée qu'en cas de dessaisissement d'une autre mesure. Le Défenseur des droits transmet alors cette réclamation au juge des tutelles. En raison de l'urgence de la situation, un courrier est transmis au Centre communal d'action sociale ainsi qu'aux huissiers de justice afin de leur demander de bien vouloir suspendre la procédure.

Suite à l'action du Défenseur des droits, le juge des tutelles lui communique la copie du courrier qu'il adresse au Président de l'association afin de lui rappeler, notamment, qu'en application de l'article 450 du code civil, le mandataire judiciaire ne peut pas refuser d'exercer les actes urgents que commande l'intérêt de la personne protégée. Il demande en conséquence à se voir communiquer l'ensemble des mesures prises par l'association. Le juge des tutelles autorise ensuite l'association à l'ouverture d'un compte bancaire au nom de la protégée, afin de percevoir et régler ses dépenses. Le Défenseur des droits s'est ensuite vu confirmer l'exercice de la mesure de curatelle par le Président de l'association. A cet égard une visite au domicile de l'intéressée a été effectuée.

Aux termes de l'art 416 du code civil, le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort. Ils peuvent notamment à ce titre visiter les personnes protégées.

L'art 463 du même code prévoit, qu' « à l'ouverture de la mesure ou, à défaut, ultérieurement, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué décide des conditions dans lesquelles le curateur ou le tuteur chargé d'une mission de protection de la personne rend compte des diligences qu'il accomplit à ce titre. »

S'agissant du mandat de protection future, l'art 479 indique que le mandat fixe les modalités de contrôle de son exécution.

Le tuteur ou le curateur en cas de curatelle renforcée est soumis à plusieurs obligations spécifiques : procéder à un inventaire des biens de la personne protégée dans les 3 mois de l'ouverture de la tutelle (art 503 du code civil) ; soumettre chaque année le compte de gestion sauf s'il en a été dispensé par le juge, accompagnés des pièces justificatives, en vue de sa vérification, au directeur de greffe (art 511).

Au cours de divers entretiens, il a été signalé au Défenseur des droits la remise effective des comptes au greffe et non le contrôle des comptes en eux-mêmes.

Exemple

L'attention du Défenseur des droits a été appelée par Madame J sur les difficultés rencontrées dans le cadre de la gestion de sa curatelle. Madame J conteste notamment un placement correspondant à une assurance-vie que sa précédente curatrice aurait effectué pour son compte et souhaite mettre un terme à ce placement (ce placement augmentant le niveau de ses ressources et faisant obstacle à l'octroi de l'allocation de solidarité aux personnes âgées). Madame J, ainsi que son fils, se sont adressés au juge des tutelles, aucune réponse ne leur aurait été apportée.

Le contrôle financier de la curatelle et de l'organisme en charge de cette mesure ressortant de la compétence exclusive du Juge des tutelles, le Défenseur des

droits a indiqué à la réclamante ne pouvoir intervenir directement dans sa réclamation. En revanche, il a été rappelé à la réclamante que le juge des tutelles pouvait prononcer, en vertu de l'article 417 du Code Civil, des injonctions contre le curateur ou le dessaisir en cas de non-respect de ses obligations relatives à la remise des comptes, et que, conformément aux dispositions de l'article 510 du Code Civil, une copie de son compte et des pièces justificatives devait être remise au majeur protégé chaque année par le curateur. Le Défenseur des droits a ainsi transmis pour information cette réclamation au juge des tutelles du tribunal d'instance concerné ainsi qu'aux services de l'association tutélaire.

Il convient ici de souligner que les problèmes découlant de l'absence de contrôle ou de contrôle incomplet sont dus pour une grande part à l'insuffisance des moyens humains et techniques confiés à la justice dédiée à la protection des majeurs : en France, 80 juges équivalents temps plein (ETP) sont dédiés aux mesures de protection des majeurs ; en moyenne 3000 dossiers sont confiés à chaque ETP.

Si l'augmentation de moyens doit être sollicitée, des solutions alternatives existent tels le recours au subrogé-tuteur ou au subrogé-curateur pour contrôler les comptes de gestion du tuteur ou du curateur.

Recommandation

Le contrôle des comptes établis par les mandataires judiciaires pourrait aussi être confié, soit à l'administration fiscale, soit aux directions régionales de la jeunesse des sports et de la cohésion sociale (DRJSCS).

6) La durée de la mesure de protection

Le relèvement du seuil de la durée maximale de la mesure initiale, décidé par le législateur en 2015, ne respecte pas le principe de brièveté de la mesure prévu par l'article 12 de la CIDPH

La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 avait fixé à cinq ans maximum, sous peine de caducité et sans dérogation possible, la durée de la mesure de protection initiale (curatelle ou tutelle) prononcée par le juge des tutelles, afin de permettre une révision régulière de la situation du majeur protégé. Faute de renouvellement, la tutelle ou la curatelle prenait donc automatiquement fin à l'expiration de la durée décidée par le juge.

En cas de renouvellement, la mesure de protection pouvait être prolongée pour une nouvelle période maximale de cinq ans, la loi prévoyant cependant la possibilité pour le juge de reconduire la mesure pour une durée plus longue qu'il pouvait librement déterminer lorsque l'altération des facultés personnelles de l'intéressé n'apparaissait manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données

acquises de la science, cette situation devant être attestée par le certificat médical délivré par le médecin habilité.

Les difficultés pratiques générées par la mise en œuvre de ces dispositions s'étant traduites par un alourdissement conséquent de la charge de travail des juges et greffiers des services de tutelles, la volonté de procéder à des ajustements de la loi de 2007 au regard des enseignements tirés de plusieurs années d'application a suscité une nouvelle réforme intervenue dans le cadre de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015.

Tout en maintenant le principe d'une révision quinquennale des mesures de protection, l'article 441 du Code civil a ainsi relevé de cinq à dix ans la durée maximale de la mesure de protection initiale si le juge est en mesure de justifier, en se fondant sur l'avis conforme du médecin habilité, que l'altération des facultés personnelles du majeur protégé n'apparaît manifestement pas susceptible d'une évolution favorable. L'article 442 du même code conserve la possibilité, pour le même motif, de renouveler la mesure pour une durée excédant celle de la première, en prévoyant toutefois une limite de vingt ans qui n'existait pas précédemment.

Au soutien de ces aménagements, le gouvernement a fait valoir, dans son étude d'impact accompagnant le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, que la révision automatique de la mesure au terme de cinq ans serait souvent mal vécue et jugée inutile par les familles, lorsque l'altération des facultés de la personne à protéger n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration.

Sans mésestimer cette observation, il y a lieu néanmoins de signaler un problème de compatibilité avec l'article 12 de la CIDPH qui exige que « *les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique (…) s'appliquent pendant* ***la période la plus brève possible*** et sont soumises à ***un contrôle périodique*** *effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire* ».

Le gouvernement a considéré à cet égard que « *l'augmentation de la durée initiale des mesures de tutelles envisagée n'apparaît pas en contradiction avec ces principes dans la mesure où la fixation d'une durée pour les mesures de protection ne fait pas obstacle au réexamen à tout moment de la situation, en cas de changement de circonstances pouvant nécessiter la levée ou un allègement de la mesure. Une telle révision peut avoir lieu soit à l'initiative du juge saisi d'éléments en ce sens, soit du majeur protégé lui-même ou de ses proches. Il convient de relever en outre que le champ d'application de cet aménagement serait limité aux situations pour lesquelles l'état de santé de la personne concernée n'est pas susceptible d'évolution selon les données acquises de la science et que la durée maximale de l'allongement de la durée initiale des mesures de protection sera fixée par les textes.* ».

Toutefois, l'argument consistant à dire que cet allongement ne devrait concerner que les personnes affectées par les pathologies les plus lourdes amène à se demander si

ce n'est justement pas dans ces situations, où le majeur se trouve être particulièrement vulnérable, que le suivi vigilant et protecteur du juge s'avèrerait d'autant plus nécessaire.

Comme l'a souligné le rapporteur du texte au Sénat : « *Le moment de la révision, s'il permet de vérifier que le régime de protection est bien ajusté à l'état de santé de la personne, est aussi le seul moment où le juge peut apprécier les conditions d'exécution de la mesure après quelques années de mise en œuvre. Ce rendez-vous lui permet de s'interroger sur le choix du tuteur, sur l'opportunité de nommer un subrogé tuteur, des cotuteurs ou de confier la mesure à la famille ou inversement.* »

Recommandation

Revenir au dispositif initial de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 en assurant les moyens aux juges des tutelles et au greffe de procéder au réexamen systématique de la mesure de protection au terme d'un délai de cinq ans.

7) Du juge des tutelles au juge de la protection des majeurs

L'office du juge doit encore évolué. Il convient, en effet, de passer du juge décideur d'une incapacité (tutelle) perçu comme sanctionnateur (sentiment de perte de droits, d'autonomie restreinte ou effacée, de restrictions de libertés) à un juge protecteur des droits et libertés des personnes vulnérables.

La dénomination de « juge des tutelles » n'apparaît conforme ni à la réalité de l'action de ce juge aujourd'hui, ni à l'esprit de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH). Celle de « juge de la protection des majeurs » serait davantage adaptée.

Recommandation

Passer de la dénomination de juge des tutelles, décideur d'une incapacité, à celle de juge de la protection des majeurs, juge protecteur.

III. Les droits fondamentaux des majeurs protégés insuffisamment reconnus

Le déni de la capacité juridique aux personnes placées sous régime de protection a pour conséquence, dans de nombreux pays, de les priver de leurs droits fondamentaux. Bien que le régime de protection des majeurs ait fait l'objet, ces dernières années, de profondes évolutions législatives, la France n'échappe pas à ce constat, s'agissant des conditions d'accès des majeurs protégés à certains droits fondamentaux garantis par la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH).

1) Le droit de vote

Aux termes de l'article 29 de la CIDPH, les États s'engagent à faire en sorte que les personnes handicapées puissent effectivement et pleinement participer à la vie politique et à la vie publique sur la base de l'égalité avec les autres, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de représentants librement choisis, notamment qu'elles aient le droit et la possibilité de voter et d'être élues.

La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 a modifié l'article L.5 du code électoral, qui dispose désormais : « *Lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée.* ».

Elle a ainsi mis fin à l'interdiction systématique faite jusqu'alors aux personnes placées sous tutelle de pouvoir voter. Cependant, elle autorise le juge, à l'occasion de l'ouverture ou du renouvellement de la mesure de tutelle, à supprimer le droit de vote de la personne protégée.

Le droit, accordé au juge par la loi, de priver la personne placée sous tutelle de la possibilité de voter, y compris par l'intermédiaire d'un tiers librement choisi, est discriminatoire et contraire à la CIDPH.

Recommandation

Le Défenseur des droits recommande la mise en conformité de l'article L. 5 du code électoral avec les stipulations de la CIPDH et propose qu'une réflexion soit engagée sans délai sur les modalités de l'exercice accompagné du droit de vote.

2) Le droit au mariage et autres formes d'unions

Aux termes de l'article 23 de la CIDPH, les États sont tenus de prendre les mesures efficaces et appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des personnes handicapées dans tout ce qui a trait au mariage, à la famille, à la fonction parentale et aux relations personnelles.

Selon la CIDPH, le principe d'égalité suppose de reconnaitre à toutes les personnes handicapées, à partir de l'âge nubile, le droit de se marier et de fonder une famille sur la base du libre et plein consentement des futurs époux. Le droit au mariage sans discrimination est également inscrit aux articles 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

Aux termes des dispositions de l'article 460 du code civil : « *Le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge. Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage* ».

Concernant le Pacs, l'article 462 du code civil précise : « *La conclusion d'un PACS par une personne en tutelle est soumise à l'autorisation du juge ou du conseil de famille, s'il a été constitué, après audition des futurs partenaires et recueil, le cas échant de l'avis des parents et de l'entourage. L'intéressé est assisté de son tuteur, lors de la signature de la convention [...]* ».

La Cour de cassation (Cass. Civ. 1ère, 2 déc. 2015, n°14-25.777) a rappelé que le mariage est un acte impliquant un consentement strictement personnel, ne pouvant donner lieu à représentation de la personne protégée. Par conséquent, le mariage ne saurait être autorisé par le juge des tutelles si l'état de la personne ne permet pas de recueillir son consentement au projet de mariage.

S'agissant d'un droit personnel, la question se pose alors de savoir si la possibilité, donnée par les articles 460 et 462 du code civil au curateur, au conseil de famille ou au juge, de s'opposer au mariage ou au Pacs, dès lors que le majeur protégé est en capacité d'y consentir, est discriminatoire et contraire à la CIDPH.

Exemple

Dans une affaire Roger DELECOLLE contre France (Requête n°37646/13), actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant se plaint de ne pouvoir se marier, critiquant le fait que le mariage soit subordonné à l'autorisation du curateur ou du juge des tutelles. Tout en faisant valoir des raisons religieuses, il souligne en particulier que sa capacité à consentir à son mariage n'est pas contestée. Quant à la question de son aptitude à en mesurer l'effet sur son patrimoine (motif qui lui est opposé par le curateur pour lui refuser l'autorisation de se marier), il la considère inopérante, dès lors qu'il n'a jamais été imposé aux candidats au mariage de démontrer leur parfaite connaissance des conséquences patrimoniales du mariage qu'ils projettent. Cette disposition apparaît donc discriminatoire en ce qu'elle impose à la personne protégée une condition supplémentaire pour jouir du droit de se marier.

Recommandation

Le Défenseur des droits recommande la mise en conformité des articles 460 et 462 du code civil avec les stipulations de la CIDPH. Il rappelle, sur ce point, l'obligation faite par la CIDPH de respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée. S'agissant de veiller à la protection des intérêts patrimoniaux du majeur protégé, il appartient au curateur, au conseil de famille ou au juge de l'accompagner dans le choix d'un régime matrimonial adapté.

3) Le droit de divorcer

En matière de divorce, l'article 249-4 du code civil interdit aux personnes placées sous tutelle ou curatelle de présenter une demande en divorce par consentement mutuel ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage.

En dehors de ces cas de divorce, l'article 249 du code civil dispose : « *Si une demande en divorce doit être formée au nom d'un majeur en tutelle, elle est présentée par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille s'il a été institué ou du juge des tutelles. Elle est formée après avis médical et, dans la mesure du possible, après audition de l'intéressé, selon le cas, par le conseil de famille ou le juge. Le majeur en curatelle exerce l'action lui-même avec l'assistance du curateur* »

En privant la personne placée sous tutelle ou curatelle du droit de demander le divorce par consentement mutuel ou par acceptation du principe de la rupture du mariage, la loi apparait là encore contraire à la CIDPH.

Recommandation

Le Défenseur des droits recommande la mise en conformité de l'article 249 du code civil avec les stipulations de la CIDPH. En effet, le majeur protégé doit pourvoir demander le divorce par consentement ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage, étant rappelé que le ministère d'avocat est obligatoire en cette matière.

4) Le droit de choisir son lieu de vie et au respect de sa vie privée

Aux termes de l'article 19 de la CIDPH, les Etats reconnaissent à toutes les personnes handicapées le droit de vivre dans la société, avec la même liberté de choix que les autres personnes. A ce titre, ils sont notamment tenus de veiller à ce que : « *Les personnes handicapées aient la possibilité de choisir, sur la base de l'égalité avec les autres, leur lieu de résidence et où et avec qui elles vont vivre et qu'elles ne soient obligées de vivre dans un milieu particulier* ». Par ailleurs, selon l'article 22 de la Convention, aucune personne, quel que soit son lieu de résidence ou son milieu de vie, ne peut faire l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée. En application à l'article 415 du code civil, la mesure de protection juridique est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne.

La Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée, figurant à l'annexe 4-3 du décret n°2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales, rappelle, entre autre, le respect des libertés individuelles et des droits civiques, de la dignité de la personne et de son intégrité, la liberté des relations personnelles, le droit au respect des liens familiaux ou à la protection du logement et des objets personnels.

Exemple

Monsieur F. évoque les difficultés qu'il rencontre pour obtenir la communication de la nouvelle adresse de résidence de sa sœur, Madame M. placée sous tutelle. Il indique avoir contacté la tutrice de sa sœur, qui lui aurait opposé un refus. Le Défenseur des droits a transmis la réclamation formée par l'intéressé au juge des tutelles ainsi qu'au président de l'association chargée de gérer la mesure de protection juridique. Quelques mois plus tard, les services de l'association ont informé les services du Défenseur des droits que l'adresse de Madame M. avait été communiquée à son frère par courriel.

Le Défenseur des droits a été destinataire de plusieurs réclamations concernant des majeurs protégés accueillis en établissements, de type établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), révélant en pratique de graves atteintes aux droits et libertés des personnes concernées, telles que :

- l'impossibilité de poursuivre au sein de l'établissement la vie commune avec leur conjoint ou d'avoir une vie affective ;
- l'interdiction de sortir de leur établissement d'accueil pour se promener avec l'un de leur proche, aller au restaurant avec des amis, ...
- le fait de se voir imposer un accueil en institution, contre leur volonté.

Exemple

Madame X a saisi le Défenseur des droits en raison de son maintien, contre son gré, dans un service de soins de suites en service de gériatrie d'un centre hospitalier. Madame X a intégré ce service suite à une chute à domicile. Après tous les soins nécessaires à sa rééducation, Madame X estime qu'elle a les capacités nécessaires pour un retour à domicile, tant en termes d'autonomie physique, psychologique que financière. Madame X se voit imposer une autorisation de sortie hebdomadaire de 3h et déplore également la menace de mesure de protection à son encontre, demandée par le directeur d'établissement hospitalier. Après s'être entretenu avec Mme X, le Défenseur des droits lui a demandé d'écrire à la direction d'établissement, en décrivant ses arguments et aides possibles, et en signifiant que le Défenseur des droits l'accompagnait dans cette démarche. Le courrier de Mme X a été examiné par la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRUQPC). Madame X a pu réintégrer son domicile avec toute l'aide nécessaire (visite d'infirmier libéral, aide-ménagère, téléalarme, portage de repas...). Son choix de lieu de résidence a ainsi pu être respecté.

Exemple

L'attention du Défenseur des droits a été appelée par Madame G sur les difficultés rencontrées par elle ainsi que par sa fille, résidants toutes les deux au sein d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) et faisant toutes les deux l'objet d'une mesure de protection, Madame H étant placée sous curatelle et sa fille sous tutelle. Insatisfaite du comportement du personnel médical à l'encontre de sa fille en situation de handicap ainsi qu'à son égard, Madame G souhaite pouvoir quitter l'EHPAD pour bénéficier d'un logement avec sa fille. Elle dénonce également les manquements commis par le tuteur de sa fille, dans le cadre de la gestion de ses comptes bancaires. Rappelant à la réclamante que les décisions relatives aux mesures de protection des majeurs relèvent de la seule compétence du juge des tutelles, que toute contestation concernant le choix

de la résidence des majeurs protégés doit être adressée au juge des tutelles, et que le tuteur ou le curateur n'est tenu de rendre compte de sa gestion qu'au juge des tutelles et que les comptes annuels de gestion sont vérifiés par le greffier en chef de cette juridiction, le Défenseur des droits a attiré l'attention du juge des tutelles sur cette réclamation.

- ou encore, de mettre en place un système de vidéosurveillance attentatoire au respect de la vie privée et à la dignité des personnes.

Exemple

Madame X a appelé l'attention du Défenseur des droits quant aux conditions de prise en charge de son fils, Monsieur Y, dont elle a la tutelle, au sein d'une maison d'accueil spécialisée (MAS). Madame X indique la mise en place d'un dispositif de vidéosurveillance continue dans la chambre du résident, à laquelle elle n'a pas consenti et qu'elle estime attentatoire à l'intimité de la vie privée de son fils.

Le Défenseur des droits a procédé, de manière inopinée, à une vérification sur place et a pu constater : la présence d'un dispositif de vidéosurveillance à l'extérieur de la M.A.S., non activé, ainsi qu'à l'intérieur de la M.A.S., dans les couloirs et les chambres des résidents, assurant un enregistrement exclusivement vidéo et en continu ; l'absence d'information des salariés ; l'absence de recherche du consentement des résidents et d'information des familles ; l'absence d'autorisation préfectorale ; l'absence de déclaration auprès de la CNIL ; ainsi que la grande accessibilité du lieu d'enregistrement, de conservation et de visionnage des images.

Le Défenseur des droits a enjoint à la direction de la MAS, sous peine de transmission au Procureur de la République, de mettre un terme à ces pratiques en sollicitant les autorisations requises, en informant les personnes concernées et en adoptant un usage de la vidéosurveillance respectueux de la vie privée des résidents et leurs familles.

Recommandation

Le Défenseur des droits recommande que l'Etat prenne sans délai les mesures efficaces et appropriées afin de rendre effectif, pour toute personne placée sous un régime de protection juridique, le droit de choisir librement son lieu de résidence et le droit au respect de sa vie privée, notamment par un renforcement des contrôles des établissements sociaux et médico-sociaux.

5) Le droit à l'autonomie et au respect de sa dignité

Au titre des principes généraux énoncés à l'article 3 de la CIDPH figure « *Le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes* ». **Pour réaliser pleinement les droits énoncés à l'article 12 et 19 de la CIDPH, les personnes placées sous un régime de protection doivent notamment avoir la maîtrise de leur vie quotidienne sur la base de l'égalité avec les autres**.

Exemple

Le Défenseur des droits a été saisi d'une difficulté rencontrée par Monsieur A, sous curatelle renforcée confiée à un préposé d'un établissement public de santé, dans l'accès aux nouvelles technologies de l'information et de la communication. Monsieur A souhaitait souscrire un abonnement de téléphonie mobile, ce qui n'a pas été possible en raison de l'application des règles de gestion publique des biens des personnes protégées par la loi, lorsque le mandataire judiciaire relève d'une personne morale de droit public.

La curatrice s'est rapprochée de la société de téléphonie mobile et ont mis au point ensemble une offre expérimentale dédiée aux majeurs protégés spécifique à l'établissement de santé visant à définir un modèle économique susceptible d'être généralisé à l'ensemble des préposés d'établissements sur le territoire français. Des solutions sur mesure pour la souscription et la gestion du dossier client ont été mises en place. Les particularités de la situation des majeurs protégés sont prises en compte grâce à une procédure d'ouverture des souscriptions via un bon de commande manuel dédié aux administrations publiques.

Dans une décision MLD-2015-213 du 4 septembre 2015, le Défenseur des droits recommande, d'une part, au ministère de la Santé d'inviter les établissements hospitaliers qui constateraient de telles difficultés pour les majeurs dont ils assurent la protection, à s'inspirer de la solution mise en place par l'établissement de santé visé, et d'autre part à la Fédération française des télécoms d'inciter ses adhérents à développer des dispositifs s'inspirant de cette expérimentation ou d'adapter leurs procédures de souscription afin de tenir compte des spécificités propres aux clients majeurs protégés.

Les atteintes aux droits et libertés des majeurs protégés régulièrement constatées par le Défenseur des droits, sont souvent liées à la carence des services tutélaires du fait de leur manque de moyens et de temps pour mettre en place l'organisation nécessaire à l'accompagnement de la mesure.

Exemple

L'attention du Défenseur des droits a été appelée par Madame R sur les difficultés qu'elle rencontrait avec l'organisme mandaté pour assurer la mesure de tutelle sous laquelle son frère Monsieur R, est placé. Ces difficultés portaient sur la succession de leur mère, non liquidée sept ans après le décès de cette dernière. Possédant en indivision un bien immobilier dont son frère souhaitait faire l'acquisition, Madame R indiquait que cet achat par licitation n'était toujours pas intervenu à ce jour, alors que son frère jouissait de l'occupation du bien. Les services du Défenseur des droits ont transmis cette réclamation au juge des tutelles du tribunal d'instance ainsi qu'à l'organisme mandataire judicaire à la protection des majeurs. Quelques mois plus tard, le juge des tutelles a informé le Défenseur des droits qu'une ordonnance autorisant l'achat du bien en cause par licitation avait été émise. En outre, l'organisme mandataire a indiqué au Défenseur des droits l'ensemble des démarches entreprises pour permettre l'achat du bien par le majeur protégé.

Cette carence se traduit également par l'absence de mise à la disposition des personnes placées sous régime de protection, d'une somme d'argent minimale nécessaire à leur autonomie, voire par l'interdiction pure et simple faite à la personne de disposer d'un minimum d'argent de poche : « *Il n'a besoin de rien, l'établissement se charge de tout…* ». Ce manque de mise à disposition de moyens financiers se traduit, par exemple, par l'impossibilité pour la personne de s'offrir des séances de coiffeur ou de faire de menus achats.

Certaines réclamations adressées au Défenseur des droits signalent également des carences en matière de soins de santé concernant, par exemple, la réparation et l'entretien des appareils auditifs ou encore les soins bucco-dentaires, obligeant la personne à s'alimenter sous forme mixée.

Exemple

Madame X appelle l'attention du Défenseur des droits sur sa situation. Elle estime être mal soignée au sein de son établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), et dénonce notamment la non prise en charge de la réparation de ses lunettes et de son appareil dentaire. Elle indique également ne plus avoir de chéquier et d'argent liquide à sa disposition. Selon les éléments communiqués au Défenseur des droits, il n'apparaît pas que la résidente présente un danger pour elle-même ou ses intérêts financiers, ni que des contre-indications médicales aient été évoquées. Le Défenseur des droits a ainsi pu intervenir auprès du tuteur et de l'établissement afin que Madame X puisse bénéficier des soins nécessaires.

Recommandation

Le Défenseur des droits recommande que l'Etat prenne sans délai les mesures efficaces et appropriées afin de rendre effectif, pour toute personne placée sous un régime de protection juridique, le droit à l'autonomie et au respect de sa dignité, notamment par l'augmentation des moyens accordés aux services en charge de l'accompagnement des majeurs protégés ainsi qu'une délégation de crédits dès les premiers mois de l'année.

IV. La situation particulière des majeurs protégés hébergés dans des établissements situés en Belgique

Faute de places suffisantes et/ou de méthodes thérapeutiques adaptées, plusieurs milliers de majeurs français (4500 selon les chiffres gouvernementaux), dont 2000 sous mesure de protection juridique, sont hébergés au sein d'établissements médico-sociaux situés en Belgique, le plus souvent contre leur gré.

Cette situation totalement anormale entraîne la violation d'un certain nombre de libertés et droits fondamentaux des personnes concernées (libre choix de leur lieu de résidence, droit à une vie familiale et privée, droit aux soins…) et peut entraver également le bénéfice de leurs droits sociaux.

Après avoir consacré cette réalité à travers l'accord franco-wallon sur l'accueil des personnes handicapées en Belgique signé le 22 décembre 2011, les pouvoirs publics ont entrepris récemment d'aborder autrement ce problème en prenant des mesures (soutenues par une enveloppe financière de 15 millions d'euros pour 2016) pour limiter les départs non souhaités vers les établissements belges, dans le cadre d'un projet ambitionnant d'apporter « une réponse accompagnée pour tous » qui devrait être effectif à la fin de l'année 2017 .

Dans l'attente des résultats de ce projet, il y a lieu de constater que ces départs s'accroissent (+ 40 % en 4 ans selon les données recueillies lors de la journée d'étude à l'Université catholique de Lille organisée le 9 février 2016) et qu'ils concernent un nombre grandissant de personnes provenant de tous les endroits du territoire français.

Il demeure donc indispensable d'apporter des réponses aux nombreuses difficultés actuellement vécues par les majeurs placés dans cette situation.

Cette problématique ayant fait l'objet **d'un groupe d'étude piloté par l'université catholique de Lille**, auquel a participé le Défenseur des droits, il convient de renvoyer à ce rapport très complet et à ses recommandations.

Le présent rapport se limitera à trois questions plus particulièrement portées à l'attention du Défenseur des droits et qui ont pour point commun de montrer les conséquences préjudiciables du critère en vigueur de « résidence habituelle » du majeur dans ces circonstances particulières.

1) La compétence du juge des tutelles français à l'égard de ces majeurs

En vertu de l'article 1211 du Code de procédure civile, le juge compétent territorialement pour connaître d'une demande de mise sous protection judiciaire est celui de la « *résidence habituelle de la personne protégée ou à protéger ou celui du domicile du tuteur* ».

Si ces critères font sens et ne semblent pas poser de difficultés lorsqu'il s'agit de personnes résidant en France, ils peuvent en revanche s'avérer contraires à l'intérêt des majeurs français contraints à s'expatrier pour bénéficier d'une prise en charge appropriée. Il peut en effet en découler l'impossibilité pour le juge des tutelles français de se reconnaître compétent pour instruire et, le cas échéant, prononcer et suivre une mesure de protection juridique en leur faveur.

Saisie d'une telle situation, la chambre de la protection juridique des majeurs de la Cour d'Appel de Douai a rendu en novembre 2015 un arrêt novateur attribuant la compétence au juge des tutelles français pour statuer sur la demande d'ouverture d'une mesure de protection pour une majeure française hébergée depuis plusieurs années dans un établissement spécialisé en Belgique.

Si la prise en considération de l'intérêt de la personne concernée est au cœur de la solution dégagée par cet arrêt, son fondement juridique a dû faire appel à l'article 7.1 de la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (signée par la France le 13 juillet 2001 et ratifiée par une loi du 28 juillet 2008) prévoyant que « ***les autorités d'un Etat contractant dont l'adulte possède la nationalité sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens, si elles considèrent qu'elles sont mieux à même d'apprécier l'intérêt de l'adulte*** ».

Quant à la détermination de la juridiction territorialement compétente, la Cour a retenu la compétence du tribunal d'instance le plus proche géographiquement du lieu de l'établissement dans lequel est hébergé le majeur à protéger.

Cette jurisprudence mériterait d'être consolidée en étant inscrite dans le droit interne, sachant que la compétence du juge français ne serait qu'optionnelle et retenue au seul regard de l'intérêt du majeur à protéger. Il y a toutefois lieu de relever que le choix, pertinent par ailleurs, du critère de la proximité géographique comporte un risque

évident d'encombrement des juridictions d'instance des départements du nord de la France, qu'il serait par conséquent indispensable de prévenir en renforçant les moyens humains et matériels de ces tribunaux d'instance.

Recommandation

Le Défenseur des droits recommande de :

- Compléter l'article 1211 du Code de procédure civile par un alinéa ainsi rédigé : « *Le juge des tutelles territorialement compétent pour une personne à protéger ou protégée ayant sa résidence habituelle dans un pays étranger, par application de la Convention sur la protection internationale des adultes de La Haye du 13 janvier 2000, est celui du tribunal d'instance le plus proche géographiquement de ce lieu de résidence*. »
- de modifier la rédaction du 1er alinéa du même article pour étendre la compétence territoriale du juge des tutelles au domicile de la personne chargée de l'exercice de la mesure de protection, car rien ne justifie de limiter cette option au domicile du seul tuteur.

Plus largement, le Défenseur des droits recommande l'organisation d'une réflexion interministérielle afin de solutionner les difficultés posées par l'application des règles de compétence territoriales relatives aux mesures de protection juridiques.

2) Les difficultés d'accès aux droits sociaux

Le critère de résidence habituelle sur le territoire français peut mettre en péril la couverture sociale dont bénéficient ces majeurs, alors même que leur accueil dans des établissements de soins spécialisés en Belgique s'effectue avec l'accord des autorités médico-sociales et judiciaires françaises et qu'il fait l'objet d'un financement par les départements et/ou par l'assurance maladie.

Afin d'être éligibles à l'allocation adultes handicapés (AAH) et à la couverture sociale qui en découle, ces personnes doivent en effet prouver qu'elles ont une résidence stable et régulière en France (cf. art. L. 821-1 du code de la sécurité sociale).

Est ainsi considérée comme résidant sur le territoire métropolitain la personne handicapée qui y réside de façon permanente (art. R. 821-1 du code de la sécurité sociale). Est également réputée y résider, la personne handicapée qui accomplit hors de ces territoires un ou plusieurs séjours dont la durée n'excède pas trois mois au cours de l'année civile. En cas de séjour de plus de trois mois hors de ces territoires, l'allocation aux adultes handicapés n'est versée que pour les seuls mois civils complets de présence en France.

Afin de tenir compte de certaines situations particulières, le dispositif de résidence a fait l'objet d'un assouplissement, à la faveur d'une circulaire datée du 7 septembre 2005 (cf. circulaire DGAS/1C n° 2005-411 du 7 septembre 2005). La résidence est en effet désormais réputée se trouver en France, en cas d'hospitalisation à l'étranger, à condition que la personne handicapée bénéficie d'un accord de prise en charge d'un organisme français de sécurité sociale, et justifie d'une résidence antérieure en France, ou en cas de placement d'une personne de nationalité française ou d'une personne de nationalité étrangère en situation régulière et dont le titre de séjour ouvre droit au bénéfice de l'AAH dans un établissement belge.

Dans la pratique, cette circulaire demeure cependant méconnue des Caisses d'allocations familiales (CAF) et des différents acteurs du secteur social. La situation de certains majeurs protégés bénéficiant d'une mesure de curatelle s'en trouve ainsi fragilisée.

Si pour les majeurs placés sous tutelle qui, le cas échéant, ne disposent pas de domicile personnel, l'article 108-3 du Code civil ouvre la possibilité d'une domiciliation chez leur tuteur en France, il n'en va pas de même pour les majeurs placés sous curatelle. Faute de pouvoir faire justifier d'une adresse en France, et compte tenu de la méconnaissance de la circulaire précitée, ces derniers voient le versement de leurs prestations sociales suspendu à de simples instructions préfectorales, autorisant la domiciliation des majeurs sous curatelle en Belgique à l'adresse de leur mandataire. **Cette pratique, qui bénéficie d'un consensus général des acteurs concernés ne repose cependant sur aucun fondement juridique opposable.**

Recommandation

Prévoir la modification des règles relatives l'attribution de l'allocation pour adulte handicapé (AAH) afin que celle-ci ne puisse être refusée aux majeurs sous mesure de curatelle accueillis en établissement médico-social dans un pays limitrophe faute de places en France.

3) Le rattachement fiscal

En vertu des critères retenus pour établir la domiciliation fiscale en France, les majeurs protégés accueillis dans des établissements de soins spécialisés en Belgique et percevant l'AHH (qui n'est pas imposable) sont considérés comme non-résidents par l'administration fiscale française. L'article 4 B du code général des impôts dispose, en effet, qu'une personne est considérée comme ayant son domicile fiscal en France à la lumière de trois critères alternatifs : avoir en France son foyer ou son lieu de séjour principal, exercer en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elle ne justifie que cette activité y est exercée à titre accessoire, ou avoir en France le centre de ses intérêts économiques.

Faute de considérer les majeurs protégés accueillis dans des établissements en Belgique comme des résidents français au sens fiscal du terme, le service des impôts des particuliers non-résidents refuse systématiquement d'émettre un avis de non-imposition à leur endroit.

A défaut de disposer d'un tel avis, ceux-ci se trouvent notamment privés de la possibilité d'ouvrir un livret d'épargne populaire (LEP), qui est réservée par l'article L. 221-15 du Code monétaire et financier aux contribuables ayant leur domicile fiscal en France, et qui sont donc en mesure de présenter un avis d'imposition, ou un avis de non-imposition. Il en va de même de la souscription d'un plan d'épargne en actions (PEA) qui, en application des dispositions de l'article L. 221-30 du Code monétaire et financier, suppose la domiciliation fiscale en France.

Recommandation

Permettre aux majeurs protégés accueillis dans des établissements situés dans un pays limitrophe d'être domiciliés fiscalement chez leur tuteur ou leur curateur.

Conclusion

En vertu de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), il revient aux Etats parties à la Convention de mettre un terme aux dénis de la capacité juridique fondés sur le handicap en révisant leur législation applicable aux majeurs vulnérables afin de substituer aux régimes actuels de prise de décisions substitutive, un régime de décision assistée qui respecte l'autonomie, la volonté et les préférences de la personne.

La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs et plus récemment la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement ont profondément modifié le régime de la protection juridique des majeurs, avec notamment l'ambition de réguler l'augmentation du nombre de mesures de protection, d'harmoniser les pratiques des acteurs tutélaires, d'offrir une meilleure réponse aux personnes protégées, et surtout, d'inscrire l'autonomie et les droits de la personne au cœur des dispositifs qui les concernent.

Pour autant, le cadre légal et les pratiques en vigueur, ne permettent pas de répondre complètement aux exigences de la Convention en ce qu'ils ne garantissent pas à la personne protégée qu'elle ne sera pas privée de sa capacité juridique (régime de tutelle ou de curatelle renforcée) et que les décisions prises par le tiers chargé de la représenter respecteront, dans tous les cas, son autonomie, sa volonté et ses préférences.

Quand bien même, en prévision d'une éventuelle altération de leurs facultés, il conviendrait qu'une proportion plus élevée de personnes prépare un mandat de protection future permettant l'expression de leur(s) volonté(s) puis le respect de celle(s)-ci lorsque le mandat sera mis en œuvre, il n'en demeure pas moins que la question se pose de l'aménagement des régimes de protection des majeurs actuellement applicables en droit interne afin de les concilier avec les principes fondamentaux consacrés par les engagements internationaux de la France.

La mesure de tutelle, en tant que mécanisme de prise de décision substitutive, est contraire à la CIDPH en ce qu'elle porte atteinte à la capacité juridique du majeur protégé. Elle doit donc être envisagée, en cohérence avec les autres engagements internationaux, comme une **mesure d'exception** destinée à répondre aux seules situations dans lesquelles la personne concernée est totalement dans l'incapacité d'exprimer sa volonté et ses préférences. Toute atteinte à la capacité juridique doit, en effet, être limitée dans le temps et à ce qui est strictement nécessaire.

La sauvegarde de justice et la « curatelle », en tant que mesures d'accompagnement, doivent devenir les **mesures de protection judiciaires privilégiées**, en ce qu'elles correspondent à l'esprit de la Convention, la capacité juridique du majeur étant

préservée. La mesure d'accompagnement doit cependant permettre à l'accompagnant, de manière exceptionnelle, de représenter la personne protégée, en accord avec cette dernière, et en tenant compte de sa volonté et de ses préférences.

Il revient au juge d'adapter la mesure en préservant, au maximum, le mode de vie habituel de la personne, en respectant ses désirs et ses vœux. Il doit, en tout état de cause, prendre en compte ses besoins et ses habitudes, par une approche humanisée, individualisée et proportionnée. Le juge ne devrait pas craindre pour l'engagement de sa responsabilité lorsqu'il privilégie le choix, la volonté, les préférences de la personne, sur la sécurité patrimoniale.

Le Défenseur des droits publie ce rapport et le soumet au débat public sans prétendre se substituer au gouvernement, au législateur et aux juges. Notre volonté, conforme à nos missions, est de provoquer, à la veille d'échéances électorales décisives, une réflexion des actuels et futurs décideurs permettant de préparer les éventuels changements de principes que nous recommandons en conscience.

Synthèse

Si les dispositions de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme du droit des incapables majeurs ont poursuivi l'objectif d'une meilleure reconnaissance des droits et capacités des majeurs vulnérables ainsi que de la préservation de leurs droits personnels, leur confrontation avec les engagements internationaux auxquels la France est partie amène à s'interroger sur leur conformité avec les principes généraux consacrés par le droit international des droits de l'homme.

De l'instruction et de l'analyse des réclamations relatives à des majeurs protégés qui lui sont adressées, le Défenseur a ainsi pu relever un certain nombre de difficultés récurrentes et fait plusieurs propositions d'amélioration s'agissant notamment des conditions d'exercice de la capacité juridique par la mise en œuvre d'un mécanisme de décision accompagnée et des conditions et modalités d'instruction, de mise en œuvre et de contrôle des mesures de protection.

1) Les conditions d'exercice de la capacité juridique par la mise en œuvre d'un mécanisme de décision accompagnée

Le Défenseur rappelle l'existence des dispositions du droit commun de la représentation et des règles applicables entre époux sur les fascicules et sites internet d'information sur les droits pour favoriser la pratique du mandat de représentation (différent du mandat de protection future) et rappeler les devoirs d'assistance et de représentation des conjoints.

Le Défenseur recommande

- d'assouplir les conditions de prononcé d'une mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) en :
    - élargissant la mesure aux personnes majeures faisant face à de grandes difficultés dans la gestion de leurs ressources lorsque ces difficultés sont susceptibles de les mettre en danger, et ce quand bien même elles ne seraient pas bénéficiaires de prestations sociales ;
    - permettant au juge des tutelles de prononcer une MAJ, dans le cadre d'une requête pour ouverture d'une mesure de protection juridique, dès lors que la MAJ apparaît plus appropriée à la situation du majeur concerné.

- Le recours à la sauvegarde de justice comme mesure autonome doit être promue. Elle ne doit plus être seulement une mesure prononcée au cours de l'instruction préalable au prononcé d'une mesure de curatelle ou de tutelle.
- D'étendre la mesure d'habilitation familiale aux majeurs ayant besoin d'une assistance temporaire dans la gestion de leur patrimoine.
- De promouvoir le mandat de protection future : Le Défenseur des droits considère que juge pourrait intervenir lors de la mise à exécution du mandat pour vérifier le passage du majeur protégé de l'aptitude à l'inaptitude, et ce, par voie d'homologation, ainsi que cela se pratique, notamment au Québec, dont la France s'est inspirée pour introduire le mandat de protection future dans sa législation.

Afin de sécuriser le mandat de protection future, le Défenseur des droits est favorable au mandat notarié. Toutefois, afin de ne pas pénaliser financièrement les mandants et, en conséquence, ne pas dissuader de recourir au mandat de protection future, le Défenseur des droits propose qu'une réflexion sur les coûts occasionnés par la systématisation d'un tel recours à l'acte notarié soit engagée.

Il convient, en outre, de promouvoir le mandat de protection future auprès des acteurs intervenant auprès des majeurs : professionnels de la santé, travailleurs sociaux, notaires (...).

2) Les conditions et modalités d'instruction, de mise en œuvre et de contrôle des mesures de protection

Concernant l'instruction de la mesure de protection

Le Défenseur recommande

Sur le certificat médical circonstancié :

- Que les médecins rédigent avec davantage de précision les **certificats médicaux qui doivent être circonstanciés et lisibles**. L'établissement d'un certificat « dactylographié » pourrait également être imposé aux médecins.
- De réévaluer, dans un contexte de pénurie de médecins habilités à intervenir dans le cadre de la protection des majeurs, la tarification des certificats médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs.
- Que, malgré le constat de carence rédigé par le médecin habilité, le certificat puisse être suffisamment circonstancié afin d'établir l'existence ou non d'une altération sérieuse des facultés mentales ou physiques après l'avis du médecin traitant, notamment, et recueil de tout élément utile auprès des proches et des établissements de santé ou médicosociaux.

Sur la formation des médecins habilités :

- De rendre obligatoire le suivi d'une formation adaptée par les médecins habilités à la protection juridique des majeurs ;
- Que soit créé, à cette fin, un diplôme universitaire d'expertise médicale en matière de protection des majeurs (un tel diplôme interuniversitaire est déjà mis en place en partenariat entre les universités de Paris Diderot et de Créteil).
- La mise en place d'actions de sensibilisation de nature à inciter davantage de médecins à s'inscrire sur les listes.

Sur l'évaluation pluridisciplinaire du majeur à protéger :

- De mettre en place une évaluation pluridisciplinaire de la personne à protéger et d'ajouter au certificat médical une évaluation médico-sociale de la personne à protéger.

Sur le besoin de mieux articuler la collaboration pluridisciplinaire entre les acteurs de la protection :

- D'institutionnaliser la création de comités locaux interdisciplinaires dans le ressort de chaque tribunal de grande instance.

Concernant le prononcé de la mesure de protection

Le Défenseur recommande

Sur la recherche de consentement de la personne à protéger :

Afin de favoriser l'obligation d'auditionner le majeur à protéger tant que cela n'est pas de nature à porter atteinte à sa santé :

- De limiter la dérogation au principe de l'audition obligatoire du majeur au seul risque relatif à sa santé ;
- De renforcer l'information dispensée aux médecins agréés, afin de les sensibiliser sur le caractère exceptionnel de la dispense d'audition et de les inciter à mieux caractériser les capacités décisionnelles restantes de la personne ;
- De sensibiliser les futurs magistrats et notamment les juges des tutelles, au cours de leur formation initiale et continue, sur le caractère indispensable de cette audition.

Sur l'assistance de la personne à protéger dans le cadre du prononcé de la mesure :

- Le juge doit pouvoir demander la désignation d'office d'un avocat dans l'hypothèse où le majeur se trouve hors d'état d'exprimer sa volonté, afin notamment que des recours puissent être exercés dans l'intérêt de ce dernier ;

- En s'inspirant du dispositif existant à l'égard des mineurs, donner la possibilité au juge des tutelles de nommer un administrateur ad hoc pour accompagner le majeur concerné durant la phase d'instruction de la mesure lorsqu'il constate que les intérêts de la personne à protéger, qui ne serait pas elle-même en mesure d'exprimer sa volonté et ses préférence, ne peuvent être correctement défendus par son entourage.
- Afin d'éviter la création d'un acteur supplémentaire dans ce dispositif, une solution alternative consisterait à confier cette tâche au mandataire spécial pouvant être désigné par le juge dans le cadre d'une sauvegarde de justice soit à titre de mesure autonome, soit pour la période provisoire d'instruction de la requête. Il faudrait alors élargir les missions de ce mandataire énoncées à l'article 437 du Code civil, celles-ci étant actuellement limitées à l'accomplissement des actes rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée.

Sur l'audition des proches :

- De prévoir plus systématiquement l'audition des proches du majeur concerné, éventuellement lors d'une audition commune, pour permettre au juge d'avoir une meilleure vision du contexte familial de celui-ci et de pouvoir ainsi se prononcer de manière plus éclairée sur le choix de la mesure de protection et ses modalités d'exécution. Préciser que cette audition est de droit lorsqu'elle est demandée par l'un des proches mentionnés à l'article 430 du code civil.

Concernant l'exécution de la mesure de protection

Par un curateur ou tuteur familial :

Le Défenseur recommande la mise en place d'un dispositif national de formation et de soutien à l'attention des tuteurs familiaux. Cette formation devrait mettre l'accent sur les modalités d'accompagnement des majeurs protégés dans le respect de leurs droits, de leur volonté et de leurs préférences.

Par des permanences au sein des tribunaux, des maisons de justice et du droit et des collectivités territoriales, les tuteurs et les curateurs familiaux recevraient une information sur le cadre juridique relatif à la protection des majeurs, sur les enjeux éthiques qui s'y rattachent ainsi que sur les réponses aux différentes situations de crise susceptibles de se produire.

Par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs :

Le Défenseur des droits propose que soit engagée une réflexion sur l'utilité de la création d'une grille tarifaire unique commune à l'ensemble des mandataires, dans le prolongement des dispositions de l'article 419 du code civil.

Il recommande, par ailleurs, l'évolution de l'assiette de calcul de la participation du majeur protégé, afin d'assurer une équité entre les majeurs contributeurs. Pour ce

faire, il pourrait notamment être tenu compte de l'ensemble des revenus fiscaux, afin de déterminer le niveau de participation de la personne.

Afin d'améliorer la compréhension du dispositif de financement subsidiaire, les mandataires n'étant pas exempts de risques d'erreurs ou de mauvaises interprétations dans le calcul et l'imputation du financement, le Défenseur des droits préconise la recherche d'une plus grande convergence tarifaire, afin de contribuer à une meilleure compréhension des financements entre mandataires.

Par le préposé d'un établissement public :

Afin d'éviter que les préposés d'établissement ne se retrouvent dans une situation de précarité qui excède celle des majeurs qu'ils sont appelés à protéger, le Défenseur des droits préconise la constitution d'un réel statut du préposé d'établissement. Matériellement, celui-ci devrait être applicable aux préposés intervenant en établissements hospitaliers, mais également à ceux qui exercent en établissements publics sociaux et médico-sociaux. Il est recommandé de prévoir une entrée dans la carrière des MJPM dans la catégorie B de la fonction publique hospitalière ou territoriale, selon la nature de l'établissement en question. Outre l'entrée dans la carrière, le statut devrait également prévoir les modalités de déroulement de carrière ainsi que le régime de rémunération et indemnitaire.

Au-delà même de la question du statut des préposés, le Défenseur des droits appelle également l'attention des ARS sur la nécessité de promouvoir plus avant le rôle et les missions des préposés près des directeurs d'établissements (les préposés constituant rappelons-le le dispositif le moins onéreux au sein des dispositifs de la protection juridique).

Il conviendrait enfin que les Agences régionales de santé (ARS) soient sensibilisées à l'opportunité de créer des services médico-sociaux de protection juridique au sein des établissements hospitaliers. La mise en œuvre de cette préconisation permettrait d'éviter que ne se trouvent installés au sein d'établissements de santé, dans des services qui sont soumis aux règles d'organisation sanitaires et non sociales, des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

Sur la fin de l'exécution de la mesure en cas de décès du majeur :

Le Défenseur des droits recommande de modifier l'article 418 du Code civil afin qu'en cas de décès de la personne protégée et en l'absence d'héritiers qui se seraient signalés auprès du mandataire, le juge puisse l'autoriser à poursuivre sa mission jusqu'à deux mois après le décès, afin de pouvoir effectuer un certain nombre d'actes consécutifs au décès.

Concernant le contrôle de l'exécution de la mesure de protection :

Le contrôle des comptes établis par les mandataires judiciaires pourrait aussi être confié, soit à l'administration fiscale, soit aux directions régionales de la jeunesse des sports et de la cohésion sociale (DRJSCS).

Concernant la durée de la mesure de protection :

Le relèvement du seuil de la durée maximale de la mesure initiale, décidé par le législateur en 2015, ne respecte pas le principe de brièveté de la mesure prévu par l'article 12 de la CIDPH. Le Défenseur des droits propose de revenir au dispositif initial de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 en assurant les moyens aux juges des tutelles et au greffe de procéder au réexamen systématique de la mesure de protection au terme d'un délai de cinq ans.

Concernant l'office du juge :

L'office du juge doit encore évolué. Le Défenseur des droits recommande de passer de la dénomination de juge des tutelles, décideur d'une incapacité, à celle de juge de la protection des majeurs, juge protecteur.

3) La reconnaissance des droits fondamentaux des majeurs protégés

Le droit de vote :

Le Défenseur des droits recommande la mise en conformité de l'article L. 5 du code électoral avec les stipulations de la CIPDH et propose qu'une réflexion soit engagée sans délai sur les modalités de l'exercice accompagné du droit de vote. →

Le droit au mariage et autres formes d'unions :

Le Défenseur des droits recommande la mise en conformité des articles 460 et 462 du code civil avec les stipulations de la CIDPH. Il rappelle, sur ce point, l'obligation faite par la CIDPH de respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée. S'agissant de veiller à la protection des intérêts patrimoniaux du majeur protégé, il appartient au curateur, au conseil de famille ou au juge de l'accompagner dans le choix d'un régime matrimonial adapté.

Le droit de divorcer :

Le Défenseur des droits recommande la mise en conformité de l'article 249 du code civil avec les stipulations de la CIDPH. En effet, le majeur protégé doit pourvoir demander le divorce par consentement ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage, étant rappelé que le ministère d'avocat est obligatoire en cette matière.

Le droit de choisir son lieu de vie et au respect de sa vie privée :

Le Défenseur des droits recommande que l'Etat prenne sans délai les mesures efficaces et appropriées afin de rendre effectif, pour toute personne placée sous un régime de protection juridique, le droit de choisir librement son lieu de résidence et le droit au respect de sa vie privée, notamment par un renforcement des contrôles des établissements sociaux et médico-sociaux.

Le droit à l'autonomie et au respect de sa dignité :

Le Défenseur des droits recommande que l'Etat prenne sans délai les mesures efficaces et appropriées afin de rendre effectif, pour toute personne placée sous un régime de protection juridique, le droit à l'autonomie et au respect de sa dignité, notamment par l'augmentation des moyens accordés aux services en charge de l'accompagnement des majeurs protégés ainsi qu'une délégation de crédits dès les premiers mois de l'année.

4) La situation particulière des majeurs protégés français hébergés dans des établissements situés en Belgique

Sur la compétence du juge des tutelles français à l'égard de ces majeurs :

Le Défenseur recommande

- De compléter l'article 1211 du Code de procédure civile par un alinéa ainsi rédigé : « *Le juge des tutelles territorialement compétent pour une personne à protéger ou protégée ayant sa résidence habituelle dans un pays étranger, par application de la Convention sur la protection internationale des adultes de La Haye du 13 janvier 2000, est celui du tribunal d'instance le plus proche géographiquement de ce lieu de résidence.* »

- De modifier la rédaction du 1er alinéa du même article pour étendre la compétence territoriale du juge des tutelles au domicile de la personne chargée de l'exercice de la mesure de protection, car rien ne justifie de limiter cette option au domicile du seul tuteur.
- Plus largement, d'organiser une réflexion interministérielle afin de solutionner les difficultés posées par l'application des règles de compétence territoriales relatives aux mesures de protection juridiques.

Sur les difficultés d'accès aux droits sociaux:

Le Défenseur recommande de prévoir la modification des règles relatives l'attribution de l'allocation pour adulte handicapé (AAH) afin que celle-ci ne puisse être refusée aux majeurs sous mesure de curatelle accueillis en établissement médico-social dans un pays limitrophe faute de places en France.

Sur le rattachement fiscal :

Le Défenseur recommande de permettre aux majeurs protégés accueillis dans des établissements situés dans un pays limitrophe d'être domiciliés fiscalement chez leur tuteur ou leur curateur.

Annexes

Annexe 1

Listes des personnes rencontrées et des colloques auxquels le Défenseur des droits a participé

Annexe 2

Observation n°1 du Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies relative à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées

Annexe 3

Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée (Annexe 4-3 du décret n°2008-1556 du 31 décembre 2008)

Annexe 1

PERSONNES RENCONTRÉES

Ministère de la justice

- Madame Caroline AZAR, Chef du bureau du droit des personnes et de la famille, DACS - Ministère de la justice
- Monsieur Laurent NAJEM, magistrat en charge de la protection juridique des majeurs au bureau du droit des personnes et de la famille, DACS - Ministère de la justice

Conseil supérieur du notariat

- Maître Damien BRAC de la PERRIERE, notaire, Directeur des affaires juridiques au Conseil Supérieur du Notariat
- Maître Jean-François SAGAUT, notaire, responsable de la section « Droit de la famille » à l'Institut d'études juridiques du Conseil Supérieur du Notariat
- Madame Nathalie BAILLON-WIRTZ, spécialiste en droit de la famille et chargée de cours à l'université de droit de Reims.
- Madame Valérie COUDERT, administratrice à la Direction des Affaires Juridiques,

Magistrats

- Madame Anne CARON-DEGLISE, présidente de chambre à la cour d'appel de Versailles
- Monsieur Thierry VERHEYDE, conseiller à la cour d'appel de Douai
- Madame Emilie PECQUEUR, vice-présidente du tribunal d'instance d'Arras, présidente de l'association nationale des juges d'instance (ANJI)
- Monsieur Bertrand LEMERCIER, magistrat au tribunal d'instance de Quimper

PARTICIPATION À DES COLLOQUES

- 19 novembre 2015 : Journée nationale UNAF-UDAF sur « L'approche du mandat de protection future dans les UDAF » ;
- 10 décembre 2015 : Séminaire sur « L'accès à la justice des personnes ayant une déficience intellectuelle » (AJUPID) organisé par le Défenseur des droits, la Fédération nationale des associations gestionnaires au service des personnes handicapées et fragiles (Fegapei) et le Ministère de la Justice, à la Cour d'appel de Versailles ;
- 3 mai 2016 : Colloque sur « Le mandat de protection future » au Conseil supérieur de notariat ;
- 8 et 9 juin 2016 : Colloque sur « L'intérêt de la personne protégée » organisé par l'Ecole des hautes études de santé publique (EHESP) et la fédération hospitalière de France (FHF ;
- 16 juin 2016 : Journée de réflexion et d'échanges sur « Le majeur protégé acteur de sa citoyenneté » organisé par l'Union nationale des associations de parents, de personnes handicapées mentales et de leurs amis (UNAPEI)

Annexe 2

Nations Unies CRPD/C/GC/1

Convention relative aux droits des personnes handicapées

Distr. générale
19 mai 2014
Français
Original: anglais

Comité des droits des personnes handicapées
Onzième session
31 mars-11 avril 2014

Observation générale n° 1 (2014)

Article 12
Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité

I. Introduction

1. Principe général fondamental de la protection des droits de l'homme, l'égalité devant la loi est indispensable à l'exercice d'autres droits de l'homme. La Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantissent expressément le droit à l'égalité devant la loi. L'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées décrit en outre le contenu de ce droit civil et met l'accent sur les domaines dans lesquels les personnes handicapées en sont le plus souvent privées. L'article 12 ne prévoit pas de droits supplémentaires pour les personnes handicapées; il décrit simplement les éléments spécifiques que les États parties sont tenus de prendre en compte pour assurer aux personnes handicapées la jouissance du droit à l'égalité devant la loi, sur la base de l'égalité avec les autres.

2. Étant donné l'importance de cet article, le Comité a facilité la tenue de consultations afin que des débats puissent avoir lieu sur la capacité juridique. Les dispositions de l'article 12 ayant fait l'objet d'échanges de vues très fructueux entre experts, États parties, organisations de personnes handicapées, organisations non gouvernementales, organes conventionnels, institutions nationales des droits de l'homme et organismes des Nations Unies, le Comité a estimé indispensable de donner des orientations supplémentaires dans une observation générale.

3. Au vu des rapports initiaux de divers États parties qu'il a examinés à ce jour, le Comité constate l'existence d'un malentendu général en ce qui concerne la portée exacte des obligations des États parties au titre de l'article 12 de la Convention. En effet, il n'a généralement pas été compris que la conception du handicap axée sur les droits de l'homme suppose le passage d'un système de prise de décisions substitutive à un système de prise de décisions assistée. Le but de la présente Observation générale est d'analyser les obligations générales découlant des divers éléments de l'article 12.

GE.14-03121 (F) 100614 100614
1403121

Merci de recycler

Annexe 2

4. La présente Observation générale est une interprétation de l'article 12 fondée sur les principes généraux de la Convention énoncés à l'article 3, à savoir le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes; la non-discrimination; la participation et l'intégration pleines et effectives à la société; le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité; l'égalité des chances; l'accessibilité; l'égalité entre les hommes et les femmes; ainsi que le respect du développement des capacités de l'enfant handicapé et le respect du droit des enfants handicapés à préserver leur identité.

5. La Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention relative aux droits des personnes handicapées disposent expressément que le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité est applicable «en tous lieux». En d'autres termes, au regard du droit international des droits de l'homme, nul ne peut être privé du droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, ni voir ce droit limité en aucune circonstance. Ce principe est renforcé par le paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui n'autorise aucune dérogation à ce droit, même en cas de danger public. Bien que la Convention relative aux droits des personnes handicapées ne comporte pas d'interdiction équivalente de déroger au droit à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, cette disposition du Pacte international confère une telle protection en vertu du paragraphe 4 de l'article 4 de ladite Convention, qui stipule que ses dispositions ne portent pas atteinte aux dispositions du droit international en vigueur.

6. Le droit à l'égalité devant la loi est aussi énoncé dans d'autres instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme. L'article 15 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes garantit à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi et fait obligation aux États membres de reconnaître à la femme une capacité juridique identique à celle de l'homme, en particulier en ce qui concerne la conclusion de contrats, l'administration des biens et l'exercice de leurs droits dans le cadre du système judiciaire. En vertu de l'article 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi. L'article 3 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme consacre le droit de toute personne à la reconnaissance de sa personnalité juridique.

7. Les États parties doivent examiner l'ensemble de leur législation dans tous les domaines afin de s'assurer que le droit à la capacité juridique des personnes handicapées n'est pas limité par rapport à celui des autres. Depuis toujours, les personnes handicapées sont privées de leur droit à la capacité juridique dans de nombreux domaines de manière discriminatoire dans le cadre de systèmes de prise de décisions substitutive comme la tutelle, la curatelle et les lois relatives à la santé mentale qui permettent le traitement forcé. Ces pratiques doivent être abolies afin que les personnes handicapées retrouvent une pleine capacité juridique, sur la base de l'égalité avec les autres.

8. En vertu de l'article 12 de la Convention, toutes les personnes handicapées ont la pleine capacité juridique. Tout au long de l'histoire, la capacité juridique a été refusée de manière préjudiciable à de nombreux groupes, notamment les femmes (en particulier après le mariage) et les minorités ethniques. Les personnes handicapées demeurent toutefois le groupe auquel la capacité juridique est le plus souvent déniée dans les systèmes juridiques partout dans le monde. Le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité implique que la capacité juridique est un attribut universel inhérent à la personne humaine qui doit être respecté dans le cas des personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres. La capacité juridique est indispensable à l'exercice des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. Elle revêt une importance toute

Annexe 2

particulière pour les personnes handicapées quand celles-ci doivent prendre des décisions fondamentales les concernant en matière de santé, d'éducation et d'emploi. Dans de nombreux cas, le déni de la capacité juridique aux personnes handicapées a eu pour conséquence de les priver de nombreux droits fondamentaux, notamment le droit de vote, le droit de se marier et de fonder une famille, les droits en matière de procréation, les droits parentaux, le droit de consentir aux relations intimes et aux traitements médicaux et le droit à la liberté.

9. Si toutes les personnes handicapées, y compris celles qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles, peuvent faire l'objet d'un déni de leur capacité juridique et d'une prise de décisions substitutive, ce sont celles souffrant de handicaps cognitifs ou psychosociaux qui ont été, et sont encore, les plus touchées, et de manière disproportionnée, par les régimes de prise de décisions substitutive et le déni de leur capacité juridique. Le Comité réaffirme que le fait qu'une personne soit reconnue comme une personne handicapée ou souffre d'une incapacité (y compris physique ou sensorielle) ne saurait justifier qu'elle soit privée de sa capacité juridique ni d'aucun des droits prévus à l'article 12. Toutes les pratiques qui ont pour but ou pour effet de violer l'article 12 doivent être abolies afin que les personnes handicapées retrouvent leur pleine capacité juridique, sur la base de l'égalité avec les autres.

10. La présente Observation générale est essentiellement axée sur le contenu normatif de l'article 12 et les obligations qui en découlent pour les États. Le Comité entend poursuivre ses travaux dans ce domaine afin de donner d'autres indications détaillées sur les droits et obligations découlant de l'article 12 dans des observations finales, des observations générales et d'autres documents.

II. Contenu normatif de l'article 12

Article 12, paragraphe 1

11. Le paragraphe 1 de l'article 12 réaffirme le droit des personnes handicapées à la reconnaissance de leur personnalité juridique. Cela garantit à tout être humain le droit d'être respecté en tant que personne dotée de la personnalité juridique, ce qui est une condition préalable à la reconnaissance de la capacité juridique d'une personne.

Article 12, paragraphe 2

12. Le paragraphe 2 de l'article 12 dispose que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres. La capacité juridique désigne notamment la capacité d'être à la fois titulaire de droits et sujet de droit. La capacité juridique d'être titulaire de droits garantit à la personne que ses droits seront pleinement protégés par le système juridique. La capacité juridique d'être sujet de droit implique que la personne a le pouvoir d'effectuer des opérations juridiques et de créer des relations juridiques, de les modifier ou d'y mettre fin. Le droit à la reconnaissance en tant que sujet de droit est prévu au paragraphe 5 de l'article 12 de la Convention, qui souligne l'obligation incombant aux États parties de prendre «toutes mesures appropriées et effectives pour garantir le droit qu'ont les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier [et de veiller] à ce que les personnes handicapées ne soient pas arbitrairement privées de leurs biens».

Annexe 2

13. Capacité juridique et capacité mentale sont des notions distinctes. La capacité juridique est la capacité d'avoir des droits et des obligations (statut juridique) et d'exercer ces droits et d'exécuter ces obligations (capacité d'agir en droit). Elle est fondamentale pour accéder à une participation effective à la société. La capacité mentale renvoie à la capacité d'une personne de prendre des décisions, qui varie naturellement d'une personne à l'autre et peut également varier dans le cas d'une même personne en fonction de nombreux facteurs, y compris des facteurs environnementaux et sociaux. Des instruments juridiques comme la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 6), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 16) et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (art. 15) ne spécifient pas la distinction entre capacité mentale et capacité juridique. L'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, en revanche, indique clairement que des expressions comme «ne jouit pas de toutes ses facultés» et autres étiquettes discriminatoires ne sauraient légitimement justifier le déni de la capacité juridique (statut juridique et capacité d'agir en droit). En vertu de l'article 12 de la Convention, une incapacité mentale réelle ou supposée ne saurait justifier le déni de la capacité juridique.

14. La capacité juridique est un droit inhérent conféré à tous, y compris aux personnes handicapées. Comme indiqué ci-dessus, il comprend deux éléments. Le premier est le statut juridique, soit la capacité d'avoir des droits et de voir sa personnalité juridique reconnue devant la loi. On peut citer notamment le droit à un certificat de naissance, à des soins de santé, à être inscrit sur les listes électorales et à demander un passeport. Le second élément est la capacité d'agir pour faire valoir ses droits et le droit à ce que les actes ainsi accomplis soient reconnus par la loi. C'est un élément qui est souvent dénié aux personnes handicapées ou dont la portée est réduite. Par exemple, les lois peuvent autoriser les personnes handicapées à être propriétaires, mais ne pas toujours respecter les actes qu'ils accomplissent s'agissant d'acheter ou de vendre des biens. La capacité juridique signifie que toutes les personnes, y compris les personnes handicapées, ont un statut juridique et la capacité d'agir en droit du seul fait de leur humanité. C'est pourquoi les deux éléments de la capacité juridique doivent être reconnus pour que le droit à la capacité juridique soit réalisé; ils ne peuvent être dissociés. Le concept de capacité mentale est extrêmement controversé. La capacité mentale n'est pas, comme on le dit souvent, un phénomène objectif, scientifique et naturel. Elle dépend de contextes sociaux et politiques, tout comme les disciplines, professions et pratiques qui jouent un rôle dominant dans son évaluation.

15. Dans la plupart des rapports d'États parties que le Comité a examinés à ce jour, on constate un amalgame entre les notions de capacité mentale et de capacité juridique, de sorte que, lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée déficiente, souvent en raison d'un handicap cognitif ou psychosocial, sa capacité juridique de prendre une décision particulière lui est retirée. Cette décision est prise sur la seule base d'un diagnostic de déficience (approche fondée sur le statut), ou lorsqu'une personne prend une décision dont on considère les conséquences comme dommageables (approche fondée sur le résultat), ou encore lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée insuffisante (approche fonctionnelle). L'approche fonctionnelle tente d'évaluer la capacité mentale et dénie la capacité juridique en conséquence. Elle consiste souvent à décider si une personne peut comprendre la nature et les conséquences d'une décision et/ou si elle peut utiliser ou apprécier les informations pertinentes. Cette approche doit être écartée pour deux raisons principales: a) elle est appliquée de manière discriminatoire aux personnes handicapées et b) elle présume que l'on peut évaluer avec exactitude le fonctionnement de l'esprit humain et, lorsque la personne concernée «ne passe pas le test», on lui dénie un droit de l'homme fondamental – le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Dans tous ces cas de figure, le handicap d'une personne et/ou son aptitude à décider sont considérés comme un motif légitime pour la priver de sa capacité juridique et limiter sa personnalité juridique. L'article 12 n'autorise pas ce déni discriminatoire de la capacité juridique; il exige qu'un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique soit fourni.

Annexe 2

Article 12, paragraphe 3

16. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 12, les États parties sont tenus de donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement nécessaire pour exercer leur capacité juridique. Les États parties ne doivent pas priver les personnes handicapées de leur capacité juridique, mais leur donner accès à l'accompagnement nécessaire pour leur permettre de prendre des décisions ayant un effet juridique.

17. L'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique doit respecter les droits, la volonté et les préférences des personnes handicapées et ne devrait jamais équivaloir à une prise de décisions substitutive. Le paragraphe 3 de l'article 12 ne précise pas la forme que doit prendre cet accompagnement. Le terme «accompagnement» a un caractère générique et englobe des mesures tant formelles qu'informelles, de nature et de degré divers. Ainsi, les personnes handicapées peuvent charger une ou plusieurs personnes de confiance de leur choix de les accompagner dans l'exercice de leur capacité juridique pour certains types de décisions, ou faire appel à d'autres formes d'accompagnement, comme le soutien par les pairs, la défense de leurs intérêts (notamment par elles-mêmes) ou l'aide à la communication. L'accompagnement des personnes handicapées dans l'exercice de leur capacité juridique peut également comprendre des mesures relatives à la conception universelle et à l'accessibilité, – par exemple obliger les acteurs publics et privés tels que les banques et les institutions financières à fournir des informations sous une forme compréhensible ou à fournir une interprétation professionnelle en langue des signes – afin de permettre aux personnes handicapées d'accomplir les actes juridiques nécessaires pour ouvrir un compte bancaire, conclure des contrats ou effectuer d'autres actes de la vie sociale. L'accompagnement peut également consister à élaborer et reconnaître diverses méthodes non conventionnelles de communication, en particulier à l'intention des personnes qui recourent à des formes non verbales de communication pour exprimer leur volonté et leurs préférences. Pour de nombreuses personnes handicapées, l'aptitude à planifier est une forme d'accompagnement importante, car elle leur permet d'indiquer leur volonté et leurs préférences pour le cas où elles ne seraient plus en mesure de les faire connaître. Toutes les personnes handicapées ont le droit de planifier à l'avance et doivent se voir accorder la possibilité de le faire sur la base de l'égalité avec les autres. Les États parties peuvent prévoir diverses formes de mécanismes de planification pour tenir compte de la diversité des préférences, mais toutes doivent être non discriminatoires. Un accompagnement devrait être fourni aux personnes qui le souhaitent pour les aider dans cette planification. Le moment auquel les instructions de la personne handicapée en la matière prennent effet (et cessent leur effet) devrait être décidé par la personne concernée et indiqué dans le texte de ces instructions; il ne devrait pas être fonction d'une évaluation selon laquelle la capacité mentale de cette personne est déficiente.

18. La nature et le degré de l'accompagnement à apporter varient considérablement d'une personne à l'autre, en raison de la diversité des personnes handicapées. Cela est conforme à l'article 3 d), qui pose «le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité» comme un principe général de la Convention. À tout moment, y compris dans les situations de crise, l'autonomie individuelle des personnes handicapées et leur capacité de décision doivent être respectées.

19. Certaines personnes handicapées cherchent uniquement à faire reconnaître leur droit à la capacité juridique sur la base de l'égalité avec les autres en application du paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention, et peuvent ne pas souhaiter exercer le droit à un accompagnement prévu au paragraphe 3 du même article.

Annexe 2

Article 12, paragraphe 4

20. Le paragraphe 4 de l'article 12 énonce les garanties que doit présenter tout système d'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique. Ce paragraphe doit être lu conjointement avec les autres dispositions de l'article 12 et l'ensemble de la Convention. Il oblige les États parties à créer des garanties appropriées et effectives pour l'exercice de la capacité juridique. Ces garanties doivent avoir pour but principal d'assurer le respect des droits, de la volonté et des préférences de la personne. Pour ce faire, elles doivent permettre aux personnes concernées d'être protégées contre la maltraitance, sur la base de l'égalité avec les autres.

21. Lorsque, en dépit d'efforts significatifs à cette fin, il n'est pas possible de déterminer la volonté et les préférences d'un individu, l'«interprétation optimale de la volonté et des préférences» doit remplacer la notion d'«intérêt supérieur». On respecte ainsi les droits, la volonté et les préférences de l'individu, conformément à l'article 12, paragraphe 4. Le principe de l'«intérêt supérieur» n'est pas une garantie conforme à l'article 12 s'agissant d'adultes. Le paradigme «de la volonté et des préférences» doit remplacer le paradigme de «l'intérêt supérieur» pour que les personnes handicapées jouissent de leur droit à la capacité juridique à égalité avec les autres.

22. Chacun risque d'être victime d'«abus d'influence», mais ce risque peut être plus important pour ceux qui comptent sur l'accompagnement d'autrui pour prendre leurs décisions. L'abus d'influence est caractérisé lorsque des signes de peur, d'agression, de menace, de tromperie ou de manipulation apparaissent dans la relation entre la personne fournissant l'accompagnement et celle qui en bénéficie. Les garanties relatives à l'exercice de la capacité juridique doivent comprendre une protection contre l'abus d'influence; cette protection doit toutefois respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, y compris son droit de prendre des risques et de faire des erreurs.

Article 12, paragraphe 5

23. Le paragraphe 5 de l'article 12 oblige les États parties à prendre des mesures – y compris des mesures législatives, administratives, judiciaires et d'autres mesures d'ordre pratique – pour garantir les droits des personnes handicapées en ce qui concerne les questions financières et économiques, sur la base de l'égalité avec les autres. Le contrôle de leurs finances et de leurs biens a souvent été refusé aux personnes handicapées lorsque prévalait la conception médicale du handicap. Cette approche, consistant à dénier aux personnes handicapées la capacité juridique en matière financière, doit être remplacée par un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique, conformément au paragraphe 3 de l'article 12. Pas plus que le sexe, le handicap ne saurait fonder une discrimination dans les domaines des finances et de la propriété[1].

[1] Voir la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 13 b).

Annexe 2

III. Obligations des États parties

24. Les États parties sont tenus de respecter, de protéger et de réaliser le droit des personnes handicapées à la reconnaissance de leur personnalité juridique dans des conditions d'égalité. À cet égard, ils devraient s'abstenir de toute action privant des personnes handicapées de ce droit. Ils devraient prendre des mesures pour empêcher les acteurs non étatiques et les personnes privées de porter atteinte à la capacité des personnes handicapées de réaliser et d'exercer leurs droits fondamentaux, notamment le droit à la capacité juridique. L'un des objectifs de l'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique est de renforcer la confiance et les compétences des personnes handicapées afin qu'elles puissent à l'avenir exercer cette capacité avec un accompagnement moindre si elles le souhaitent. Les États parties sont tenus de dispenser une formation aux personnes bénéficiant d'un accompagnement, afin qu'elles puissent décider le moment venu qu'elles n'ont plus autant, voire plus du tout, besoin d'un tel accompagnement dans l'exercice de leur capacité juridique.

25. Afin de reconnaître pleinement la «capacité juridique universelle», notion selon laquelle la capacité juridique est inhérente à toute personne, quel que soit son handicap ou sa capacité de décision, les États parties doivent mettre fin aux dénis de la capacité juridique fondés sur le handicap qui sont discriminatoires par leur but ou par leur effet[2].

26. Dans ses observations finales sur les rapports initiaux des États parties, le Comité des droits des personnes handicapées a souligné à plusieurs reprises, en ce qui concerne l'article 12, que les États parties devaient «réviser les lois prévoyant les régimes de tutelle et de curatelle et prendre des dispositions pour élaborer des lois et des politiques visant à remplacer les régimes de prise de décisions substitutive par la prise de décisions assistée, qui respecte l'autonomie, la volonté et les préférences de la personne».

27. Les régimes de prise de décisions substitutive peuvent prendre différentes formes, notamment la tutelle, l'interdiction judiciaire et la curatelle. Ces régimes présentent cependant certaines caractéristiques communes: ils peuvent être définis comme des systèmes dans lesquels i) la capacité juridique est retirée à une personne, même si ce n'est que pour une seule décision; ii) un tiers chargé de prendre les décisions à la place de la personne concernée peut être désigné par quelqu'un d'autre que celle-ci, le cas échéant contre sa volonté; et iii) toute décision prise par ce tiers est fondée sur ce que l'on considère comme «l'intérêt supérieur» objectif de la personne concernée, et non sur sa volonté et ses préférences.

28. L'obligation incombant aux États parties de remplacer les régimes de prise de décisions substitutive par des régimes de prise de décisions assistée nécessite à la fois la suppression des premiers et la mise en place des seconds. Élaborer des régimes de prise de décisions assistée tout en maintenant en parallèle des régimes de prise de décisions substitutive n'est pas suffisant pour se conformer à l'article 12 de la Convention.

29. Un régime de prise de décisions assistée comprend diverses possibilités d'accompagnement qui donnent la priorité à la volonté et aux préférences de la personne et qui respectent les normes relatives aux droits de l'homme. Il doit assurer la protection de tous les droits, y compris ceux liés à l'autonomie (droit à la capacité juridique, droit à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, droit de choisir son lieu de vie, etc.) et ceux liés au droit de ne pas être victime de violences et de mauvais traitements (droit à la vie, droit à l'intégrité physique, etc.). De plus, les régimes de prise de décisions assistée ne devraient pas «sur-réglementer» la vie des personnes handicapées.

[2] Voir la Convention relative aux droits des personnes handicapées, art. 2, lu conjointement avec l'article 5.

Annexe 2

Si ces régimes de prise de décisions assistée peuvent prendre de nombreuses formes, tous doivent cependant comporter certaines dispositions essentielles pour être conformes à l'article 12 de la Convention, et notamment les suivantes:

a) La prise de décisions assistée doit être accessible à tous. Le niveau d'accompagnement dont une personne a besoin, en particulier s'il est élevé, ne devrait pas être un obstacle à l'obtention d'un accompagnement dans la prise de décisions;

b) Toutes les formes d'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique, y compris les formes d'accompagnement plus soutenues, doivent être fondées sur la volonté et les préférences de la personne, et non sur ce qui est perçu comme répondant objectivement à son intérêt supérieur;

c) Le mode de communication d'une personne ne doit pas être un obstacle à l'obtention d'une aide à la prise de décisions, même lorsque ce mode de communication n'est pas conventionnel ou est compris d'un très petit nombre de personnes;

d) La reconnaissance juridique de la ou des personne(s) de confiance officiellement choisie(s) par une personne doit être disponible et accessible, et les États sont tenus de faciliter la mise en place de l'accompagnement, notamment pour les personnes qui sont isolées et n'ont pas naturellement accès à un soutien dans leur communauté. Les mesures prises doivent prévoir un mécanisme permettant à des tiers de vérifier l'identité des personnes de confiance, ainsi qu'un mécanisme permettant à des tiers de contester les actes accomplis par ces personnes s'ils pensent qu'elles n'agissent pas conformément à la volonté et aux préférences de la personne concernée;

e) Le paragraphe 3 de l'article 12 de la Convention les obligeant à prendre des mesures pour «donner accès» à l'accompagnement nécessaire, les États parties doivent faire le nécessaire pour que cet accompagnement soit proposé aux personnes handicapées à un prix symbolique ou gratuitement, et pour que le manque de ressources financières ne constitue pas un obstacle à l'accès à l'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique;

f) L'accompagnement dans la prise de décisions ne doit pas être invoqué pour justifier la limitation d'autres droits fondamentaux des personnes handicapées, notamment le droit de vote, le droit de se marier ou d'établir un partenariat civil et de fonder une famille, les droits en matière de procréation, les droits parentaux, le droit de consentir aux relations intimes et aux traitements médicaux, ainsi que le droit à la liberté;

g) La personne doit avoir le droit de refuser l'accompagnement et de mettre fin à la relation d'accompagnement ou de la modifier à tout moment;

h) Des garanties doivent être mises en place pour toutes les procédures relatives à la capacité juridique et à l'accompagnement dans l'exercice de cette capacité. Le but de ces garanties est d'assurer que la volonté et les préférences de la personne sont respectées;

i) La fourniture d'un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique ne devrait pas dépendre d'une évaluation de la capacité mentale; de nouveaux indicateurs, non discriminatoires, du besoin d'accompagnement sont nécessaires aux fins de la fourniture d'un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique.

30. Le droit à l'égalité devant la loi est reconnu depuis longtemps comme un droit civil et politique, consacré dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Les droits civils et politiques prennent effet dès la ratification et les États parties sont tenus de prendre des mesures pour les réaliser immédiatement. Ainsi, les droits prévus à l'article 12 s'appliquent dès la ratification et doivent être réalisés immédiatement. L'obligation de l'État, prévue à l'article 12, paragraphe 3, est une obligation visant à assurer la réalisation du droit civil et politique de reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. La «réalisation progressive» (art. 4, par. 2) ne s'applique pas aux dispositions de

Annexe 2

l'article 12. Lorsqu'ils ratifient la Convention, les États parties doivent commencer immédiatement à prendre des mesures pour réaliser les droits énoncés à l'article 12. Ces mesures doivent être délibérées, bien planifiées et comprendre la consultation et une participation effective des personnes handicapées et de leurs organisations.

IV. Relations avec d'autres dispositions de la Convention

31. La reconnaissance de la capacité juridique est inextricablement liée à la jouissance de nombreux autres droits énoncés dans la Convention relative aux droits des personnes handicapées, notamment le droit d'accès à la justice (art. 13), le droit de ne pas être détenu contre son gré dans un établissement psychiatrique et de ne pas être contraint de suivre un traitement psychiatrique (art. 14), le droit au respect de son intégrité physique et mentale (art. 17), le droit de circuler librement et le droit à une nationalité (art. 18), le droit de choisir où et avec qui vivre (art. 19), le droit à la liberté d'expression (art. 21), le droit de se marier et de fonder une famille (art. 23), le droit de consentir à un traitement médical (art. 25) et le droit de voter et de se présenter aux élections (art. 29). Si la personnalité juridique de la personne handicapée n'est pas reconnue, sa capacité de faire valoir, d'exercer et de faire respecter ces droits, et de nombreux autres droits énoncés dans la Convention, sera sérieusement compromise.

Article 5
Égalité et non-discrimination

32. Pour que la personnalité juridique puisse être reconnue, la capacité juridique ne doit pas être déniée de manière discriminatoire. L'article 5 de la Convention garantit l'égalité de toutes les personnes devant la loi et en vertu de celle-ci et le droit à l'égale protection de la loi. La discrimination fondée sur le handicap est définie à l'article 2 de la Convention comme «toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales». Le déni de la capacité juridique qui a pour but ou pour effet de porter atteinte au droit des personnes handicapées à la reconnaissance de leur personnalité juridique dans des conditions d'égalité constitue une violation des articles 5 et 12 de la Convention. En fait, les États sont habilités à limiter la capacité juridique d'une personne dans certaines circonstances, par exemple en cas de faillite ou de condamnation pénale. Toutefois, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité et de ne pas faire l'objet d'une discrimination exige que le déni par l'État de la capacité juridique soit fondé sur les mêmes raisons pour toutes les personnes. Ce déni ne saurait être fondé sur un attribut de la personnalité comme le sexe, la race ou le handicap, ni avoir pour but ou effet de traiter une personne différemment des autres.

33. La non-discrimination dans la reconnaissance de la capacité juridique rétablit l'autonomie et le respect de la dignité humaine de la personne conformément aux principes consacrés à l'article 3 a) de la Convention. La liberté de faire ses propres choix présuppose le plus souvent la capacité juridique. L'indépendance et l'autonomie impliquent le pouvoir de voir ses décisions juridiquement respectées. Le besoin d'un accompagnement ou d'un aménagement raisonnable aux fins de la prise des décisions ne doit pas être invoqué pour contester la capacité juridique d'une personne. Le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité (art. 3 d)) sont incompatibles avec l'octroi de la capacité juridique sur la base de l'assimilation.

Annexe 2

34. La non-discrimination comprend le droit à des aménagements raisonnables dans l'exercice de la capacité juridique (art. 5, par. 3). Aux termes de l'article 2 de la Convention, l'aménagement raisonnable s'entend des «modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales». Le droit à des aménagements raisonnables dans l'exercice de la capacité juridique est distinct et complémentaire du droit à un accompagnement dans l'exercice de cette capacité. Les États parties sont tenus de procéder aux modifications et ajustements nécessaires pour permettre aux personnes handicapées d'exercer leur capacité juridique à moins que cela ne leur impose une charge disproportionnée ou indue. Ces modifications ou ajustements peuvent notamment comprendre l'accès aux bâtiments essentiels comme les tribunaux, les banques, les bureaux de la sécurité sociale et les bureaux de vote, une information accessible en ce qui concerne les décisions ayant un effet juridique et une aide personnelle. Le droit à un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique ne doit pas être limité au motif qu'il imposerait une charge disproportionnée ou indue. L'État a une obligation absolue de donner accès à un accompagnement aux fins de l'exercice de la capacité juridique.

Article 6
Femmes handicapées

35. L'article 15 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes reconnaît à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi, ce qui implique que la reconnaissance de la capacité juridique fait partie intégrante de la reconnaissance de l'égalité devant la loi: «Les États parties reconnaissent à la femme, en matière civile, une capacité juridique identique à celle de l'homme et les mêmes possibilités pour exercer cette capacité. Ils lui reconnaissent en particulier des droits égaux en ce qui concerne la conclusion de contrats et l'administration des biens et leur accordent le même traitement à tous les stades de la procédure judiciaire.» (par. 2). Cette disposition s'applique à toutes les femmes, y compris les femmes handicapées. La Convention relative aux droits des personnes handicapées reconnaît que les femmes handicapées peuvent faire l'objet de formes multiples et diverses de discrimination fondée sur leur sexe ou leur handicap. Par exemple, les femmes handicapées font plus fréquemment l'objet d'une stérilisation forcée que les autres femmes, et se voient souvent dénier tout contrôle sur leur santé en matière de procréation et les décisions en la matière, la présomption étant qu'elles sont incapables de consentir à des rapports sexuels. Dans certains pays, on impose plus souvent aux femmes qu'aux hommes un régime de prise de décisions substitutive. Il est donc particulièrement important de réaffirmer que la capacité juridique doit être reconnue aux femmes handicapées sur la base de l'égalité avec les autres.

Article 7
Enfants handicapés

36. Si l'article 12 de la Convention protège l'égalité de toutes les personnes devant la loi, quel que soit leur âge, l'article 7 reconnaît les capacités d'épanouissement de l'enfant et exige que «[d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants handicapés, l'intérêt supérieur de l'enfant [soit] une considération primordiale» (par. 2) et que «les opinions de l'enfant [soient] dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité» (par. 3). Pour donner effet à l'article 12, les États parties doivent examiner leur législation pour faire en sorte que la volonté et les préférences des enfants handicapés soient respectées sur la base de l'égalité avec les autres enfants.

Annexe 2

Article 9
Accessibilité

37. Les droits énoncés à l'article 12 sont étroitement liés aux obligations de l'État partie concernant l'accessibilité (art. 9) parce que le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité est nécessaire pour permettre aux personnes handicapées de vivre de façon indépendante et de participer pleinement à tous les aspects de la vie. L'article 9 exige le recensement et l'élimination de tous les obstacles à l'accès aux installations ou services ouverts ou fournis au public. L'inaccessibilité de l'information et de la communication et l'inaccessibilité des services peuvent en pratique constituer des obstacles à la réalisation de la capacité juridique de certaines personnes handicapées. Les États parties doivent donc faire en sorte que toutes les procédures prévues pour l'exercice de la capacité juridique, et toute l'information et les moyens de communication y relatifs, soient pleinement accessibles. Les États parties doivent examiner leurs législation et pratiques pour s'assurer que les droits à la capacité juridique et l'accessibilité sont réalisés.

Article 13
Accès à la justice

38. Les États parties ont l'obligation de faire en sorte que les personnes handicapées aient accès à la justice sur la base de l'égalité avec les autres. La reconnaissance du droit à la capacité juridique est essentielle pour l'accès à la justice à de nombreux égards. Pour pouvoir faire valoir leurs droits et exécuter leurs obligations sur la base de l'égalité avec les autres, les personnes handicapées doivent être reconnues en droit comme ayant la capacité d'ester en justice sur la base de l'égalité avec les autres. Les États parties doivent aussi veiller à ce que les personnes handicapées aient accès à une représentation juridique sur la base de l'égalité avec les autres. On a constaté que dans de nombreux pays il existait à cet égard un problème auquel il fallait remédier, notamment en veillant à ce que les personnes victimes d'entraves à leur droit à la capacité juridique aient la possibilité de contester de telles entraves – en personne ou par le biais d'un représentant légal – et de défendre leurs droits devant les tribunaux. On a souvent dénié aux personnes handicapées le droit d'exercer des fonctions clefs dans le système de justice, comme celles d'avocat, de juge, de témoin ou de juré.

39. Les policiers, les travailleurs sociaux et toutes les autres personnes en contact avec les personnes handicapées doivent être formées afin qu'ils reconnaissent pleinement la personnalité juridique de celles-ci et accordent le même poids à leurs plaintes et déclarations qu'à celles des autres personnes. Ceci implique une formation et une sensibilisation de ceux qui exercent ces importantes professions. La capacité juridique de témoigner doit aussi être accordée aux personnes handicapées sur la base de l'égalité avec les autres. L'article 12 de la Convention garantit un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique y compris la capacité de témoigner dans les procédures judiciaires, administratives et autres procédures juridiques. Cet accompagnement peut prendre diverses formes, y compris la reconnaissance de diverses méthodes de communication, la possibilité dans certaines situations de témoigner par vidéoconférence, des aménagements procéduraux, des services d'interprétation professionnels en langue des signes et d'autres modes d'assistance. Les magistrats doivent être formés à cette fin, et informés de leur obligation de respecter la capacité juridique des personnes handicapées, y compris en matière de représentation juridique et de statut juridique.

Annexe 2

Articles 14 et 25
Liberté et sécurité de la personne et consentement

40. Le respect du droit à la capacité juridique des personnes handicapées sur la base de l'égalité avec les autres implique le respect du droit des personnes handicapées à la liberté et la sécurité de la personne. Le déni de la capacité juridique des personnes handicapées et leur détention dans des établissements contre leur volonté, sans leur consentement ou avec celui d'une personne habilitée à se substituer à elles pour prendre les décisions les concernant, est un problème très actuel. Cette pratique constitue une privation arbitraire de liberté et viole les articles 12 et 14 de la Convention. Les États parties doivent s'abstenir de telles pratiques et mettre en place un mécanisme pour examiner les cas dans lesquels des personnes handicapées ont été placées dans un établissement sans leur consentement exprès.

41. Le droit de jouir du meilleur état de santé possible (art. 25) implique le droit à des soins de santé sur la base du consentement libre et éclairé. Les États parties ont l'obligation d'exiger de tous les médecins et professionnels de la santé (y compris les psychiatres) qu'ils obtiennent le consentement libre et éclairé des personnes handicapées avant de les traiter. En relation avec le droit à la capacité juridique sur la base de l'égalité avec les autres, les États parties ont l'obligation de ne pas autoriser les régimes de prise de décisions substitutive pour l'expression de ce consentement. L'ensemble des personnels sanitaires et médicaux devraient veiller à ce que les personnes handicapées soient consultées directement et de manière appropriée. Ils devraient aussi veiller, dans la mesure de leurs moyens, à ce que les personnes fournissant aux personnes handicapées une aide ou un accompagnement ne se substituent pas aux personnes handicapées dans la prise des décisions les concernant ni n'exercent une influence abusive sur ces décisions.

Articles 15, 16 et 17
Respect de l'intégrité de la personne et droit de ne pas être soumis à la torture, à la violence, à l'exploitation et à la maltraitance

42. Comme le Comité l'a indiqué dans plusieurs observations finales, être traité contre son gré par des psychiatres et autres médecins et professionnels de la santé constitue une violation du droit à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité et une atteinte au droit à l'intégrité de la personne (art. 17), au droit de ne pas être soumis à la torture (art. 15) et au droit de ne pas être soumis à l'exploitation, à la violence et à la maltraitance (art. 16). Une telle pratique constitue un déni de la capacité juridique d'une personne de choisir un traitement médical et constitue donc une violation de l'article 12 de la Convention. Les États parties doivent au contraire respecter la capacité juridique des personnes handicapées de prendre des décisions en tous temps, y compris dans les situations de crise; ils doivent veiller à ce que des informations exactes et accessibles soient disponibles quant aux diverses options et à ce que des approches non médicales soient mises à disposition; et ils doivent donner accès à un accompagnement indépendant. Les États parties ont l'obligation de donner aux personnes handicapées accès à un accompagnement aux fins des décisions concernant les traitements psychiatriques et autres traitements médicaux. Être traitées contre leur gré constitue un problème particulier pour les personnes souffrant de handicaps psychosociaux et mentaux ou d'autres handicaps cognitifs. Les États parties doivent abolir les politiques et abroger les dispositions législatives qui autorisent ou prévoient un traitement de force, car il s'agit d'une violation autorisée par les lois sur la santé mentale dans le monde entier alors que des preuves empiriques indiquent qu'un tel traitement est inefficace et que les usagers des systèmes de santé mentale auxquels il a été administré déclarent que celui-ci leur a causé des souffrances et traumatismes profonds. Le Comité recommande aux États parties de faire en

Annexe 2

sorte que les décisions touchant l'intégrité physique ou mentale de la personne ne puissent être prises qu'avec le consentement libre et éclairé de la personne concernée.

Article 18
Nationalité

43. Les personnes handicapées ont le droit à un nom et le droit d'être enregistrées dès leur naissance, droits qui font partie du droit à la reconnaissance en tous lieux de la personnalité juridique (art. 18, par. 2). Les États parties doivent prendre les mesures nécessaires pour que les enfants handicapés soient enregistrés à la naissance. Ce droit est garanti dans la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 7); or, par rapport aux autres enfants, les enfants handicapés risquent de ne pas être enregistrés dans une mesure disproportionnée. Ceci revient non seulement à leur dénier la citoyenneté mais, souvent, à leur dénier également l'accès à des soins de santé et à l'éducation, et peut même leur coûter la vie. Comme il n'y a aucun acte officiel attestant leur existence, leur décès peut subvenir dans une relative impunité.

Article 19
Autonomie de vie et inclusion dans la société

44. Pour réaliser pleinement les droits énoncés à l'article 12, il est impératif que les personnes handicapées aient la possibilité de s'épanouir et d'exprimer leurs volonté et préférences afin d'exercer leur capacité juridique sur la base de l'égalité avec les autres. Ceci signifie que ces personnes doivent avoir la possibilité de vivre de manière autonome au sein de la société, de faire des choix et d'avoir la maîtrise de leur vie quotidienne sur la base de l'égalité avec les autres, comme le prévoit l'article 19.

45. Si on interprète le paragraphe 3 de l'article 12 à la lumière du droit de vivre dans la société (art. 19), il signifie que l'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique doit être fourni dans le cadre d'une approche axée sur la société. Les États parties doivent reconnaître que les sociétés sont des atouts et des partenaires dans le processus d'apprentissage des types d'accompagnement nécessaires pour l'exercice de la capacité juridique, y compris une sensibilisation aux différentes options d'accompagnement. Les États parties doivent reconnaître les réseaux sociaux et les appuis communautaires spontanés (y compris les amis, la famille et l'école) dont bénéficient les personnes handicapées comme essentiels pour accompagner celles-ci dans la prise des décisions. Ceci est conforme à l'accent mis dans la Convention sur l'inclusion des personnes handicapées dans la société et leur pleine participation à la vie sociale.

46. La ségrégation des personnes handicapées dans des établissements continue d'être un problème omniprésent et insidieux qui viole divers droits garantis par la Convention. Ce problème est aggravé par le déni généralisé de la capacité juridique des personnes handicapées, qui permet à des tiers de consentir à leur internement. Les directeurs d'établissements sont aussi généralement investis de la capacité juridique des personnes résidant dans l'établissement qu'ils dirigent. Cet établissement a ainsi tous pouvoirs sur la personne concernée. Pour appliquer les dispositions de la Convention et respecter les droits de l'homme des personnes handicapées, il faut abolir le placement en milieu fermé et rétablir la capacité juridique de toutes les personnes handicapées, qui doivent pouvoir choisir où et avec qui elles vont vivre (art. 19). Le fait pour une personne de choisir où et avec qui vivre ne devrait pas affecter son droit à un accompagnement dans l'exercice de sa capacité juridique.

Annexe 2

Article 22
Respect de la vie privée

47. Outre qu'ils sont incompatibles avec l'article 12 de la Convention, les régimes de prise de décisions substitutive risquent également de violer le droit au respect de la vie privée des personnes handicapées, du fait que ceux qui prennent les décisions à leur place ont généralement accès à un grand nombre d'informations personnelles et autres les concernant. Lorsqu'ils mettent en place des régimes de prise de décisions assistée, les États parties doivent faire en sorte que ceux qui accompagnent les personnes handicapées dans l'exercice de leur capacité juridique respectent pleinement le droit de celles-ci à la vie privée.

Article 29
Participation à la vie politique

48. Le déni ou la restriction de la capacité juridique a été utilisé pour empêcher certaines personnes handicapées de participer à la vie politique et en particulier d'exercer leur droit de vote. Afin de reconnaître pleinement la capacité juridique des personnes handicapées dans tous les aspects de la vie sur la base de l'égalité, il importe de reconnaître la capacité juridique de ces personnes de participer à la vie politique et publique (art. 29). Ceci signifie que la capacité d'une personne de prendre des décisions ne saurait être invoquée pour empêcher les personnes handicapées d'exercer leurs droits politiques, y compris le droit de vote, le droit de se porter candidat lors des élections et le droit d'être membre d'un jury.

49. Les États parties ont l'obligation de protéger et de promouvoir le droit des personnes handicapées d'avoir accès à un accompagnement de leur choix lorsqu'elles votent à bulletin secret et de participer à toutes les élections et tous les référendums sans discrimination. Le Comité recommande en outre aux États parties de garantir le droit des personnes handicapées de se présenter aux élections et d'exercer effectivement un mandat électif ainsi que d'exercer toutes fonctions publiques à tous les niveaux de l'État, et de faire bénéficier ces personnes d'aménagements raisonnables et d'un accompagnement, lorsqu'elles le souhaitent, dans l'exercice de leur capacité juridique.

V. Mise en œuvre au niveau national

50. Étant donné le contenu normatif et les obligations décrits ci-dessus, les États parties devraient prendre les mesures suivantes pour garantir l'application intégrale de l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées:

a) Reconnaître aux personnes handicapées la qualité de personnes devant la loi, dotées de la personnalité juridique et de la capacité juridique dans tous les aspects de la vie sur la base de l'égalité avec les autres. Ceci nécessite l'abolition des régimes et mécanismes de prise de décisions substitutive qui dénient aux personnes handicapées leur capacité juridique et opèrent une discrimination, intentionnelle ou non, à leur encontre. Il est recommandé que les États parties adoptent des dispositions législatives protégeant le droit à la capacité juridique sur la base de l'égalité pour tous;

b) Établir, reconnaître et donner aux personnes handicapées un accès à une large gamme de services d'accompagnement dans l'exercice de leur capacité juridique. Les garanties en la matière doivent reposer sur le respect des droits, de la volonté et des préférences des personnes handicapées. Ces services doivent satisfaire aux critères énoncés au paragraphe 29 ci-dessus concernant l'obligation des États parties de donner effet au paragraphe 3 de l'article 12 de la Convention;

Annexe 2

c) Consulter étroitement et faire participer activement les personnes handicapées, y compris les enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent, à l'élaboration et à l'application des lois, des politiques et des autres processus de prise de décisions visant à donner effet à l'article 12.

51. Le Comité encourage les États parties à entreprendre ou financer la recherche et le développement des meilleures pratiques en ce qui concerne le respect du droit des personnes handicapées à la reconnaissance de leur capacité juridique sur la base de l'égalité ainsi que l'accompagnement dans l'exercice de cette capacité juridique.

52. Les États parties sont encouragés à mettre en place des mécanismes efficaces pour combattre les régimes de prise de décisions substitutive formels in informels. À cette fin, le Comité demande instamment aux États parties de veiller à ce que les personnes handicapées aient la possibilité de faire des choix de vie effectifs et de s'épanouir, afin de les accompagner dans l'exercice de leur capacité juridique. Ceci implique notamment, mais pas seulement, la possibilité pour les personnes handicapées d'établir des réseaux sociaux, la possibilité de travailler et de gagner leur vie sur la base de l'égalité avec les autres, des choix multiples quant à leur lieu de résidence au sein de la société et l'accès à l'éducation à tous les niveaux.

Annexe 3

CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE MAJEURE PROTÉGÉE

(Annexe 4-3 du décret n°2008-1556 du 31 décembre 2008)

Par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, le législateur a souhaité garantir à tout citoyen le droit d'être protégé pour le cas où il ne pourrait plus s'occuper seul de ses intérêts. Cette loi renforce la protection de la personne du majeur protégé et de ses biens.

La protection juridique qui lui est garantie s'exerce en vertu des principes énoncés dans la présente charte.

Article 1er - Respect des libertés individuelles et des droits civiques

Conformément à l'article 415 du code civil, la mesure de protection juridique est exercée dans le respect des libertés individuelles et des droits fondamentaux et civiques de la personne.

Conformément à l'article L. 5 du code électoral, le droit de vote est garanti à la personne sous réserve des décisions de justice.

Article 2 - Non-discrimination

Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination en raison de son sexe, de l'origine, de sa grossesse, de son apparence physique, de son patronyme, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son handicap, de son âge, de ses opinions et convictions ou croyances, notamment politiques ou religieuses, de ses activités syndicales, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée lors de la mise en œuvre d'une mesure de protection.

Article 3 - Respect de la dignité de la personne et de son intégrité

Le respect de la dignité et de l'intégrité de la personne est garanti. Le droit à l'intimité est préservé.

Il est garanti à la personne la confidentialité de la correspondance privée reçue à son attention par le mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Cette correspondance lui est remise. La correspondance administrative reçue à son attention par le mandataire judiciaire à la protection des majeurs est également mise à sa disposition.

Article 4 - Liberté des relations personnelles

Conformément à l'article 459-2 du code civil, la personne entretient librement des relations personnelles avec les tiers, parent ou non, et a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci, sauf décision contraire du conseil de famille ou du juge en cas de difficulté.

Annexe 3

Article 5 - Droit au respect des liens familiaux

La mesure de protection juridique s'exerce en préservant les liens familiaux et tient compte du rôle de la famille et des proches qui entourent de leurs soins la personne tout en respectant les souhaits de la personne protégée et les décisions du conseil de famille ou du juge.

Article 6 - Droit à l'information

La personne a droit à une information claire, compréhensible et adaptée sur :

- la procédure de mise sous protection ;
- les motifs et le contenu d'une mesure de protection ;
- le contenu et les modalités d'exercice de ses droits durant la mise en œuvre de cette procédure ainsi que sur l'organisation et le fonctionnement du mandataire judiciaire à la protection des majeurs, en particulier s'il s'agit d'un service.

La personne est également informée des voies de réclamation et de recours amiables et judiciaires.

Elle a accès aux informations la concernant dans les conditions prévues par la loi et, le cas échéant, selon des modalités fixées par le juge.

Article 7 - Droit à l'autonomie

Conformément à l'article 458 du code civil, « sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement par la personne des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation ». Conformément à l'article 459 du code civil, « dans les autres cas, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ».

Conformément à l'article 459-2 du code civil, la personne a la possibilité de choisir son lieu de résidence, sauf décision contraire du conseil de famille ou du juge.

Article 8 - Droit à la protection du logement et des objets personnels

Conformément à l'article 426 du code civil, « le logement de la personne et les meubles dont il est garni, qu'il s'agisse d'une résidence principale ou secondaire, sont conservés à la disposition de celle-ci aussi longtemps qu'il est possible. Les objets à caractère personnel indispensables à la personne handicapée ou destinés aux soins de la personne malade sont gardés à sa disposition, le cas échéant par l'établissement dans lequel elle est hébergée. »

Annexe 3

Article 9 - Consentement éclairé et participation de la personne

Dans le respect des dispositions légales et réglementaires ainsi que des décisions du conseil de famille ou du juge :

- le consentement éclairé de la personne est recherché en l'informant, par tous les moyens adaptés à sa situation et en veillant à sa compréhension, des conditions d'exercice et des conséquences de la mesure de protection juridique ;
- le droit de participer à la conception et à la mise en œuvre du projet individuel de protection est garanti.

Article 10 - Droit à une intervention personnalisée

Dans le cadre de la mise en œuvre de la mesure de protection, la personne bénéficie d'une intervention individualisée de qualité favorisant son autonomie et son insertion. La situation de la personne fait l'objet d'une évaluation régulière afin d'adapter le plus possible l'intervention à ses besoins.

Les conséquences affectives et sociales qui peuvent résulter de la mise en œuvre de la mesure de protection sont prises en considération.

Article 11 - Droit à l'accès aux soins

Il est garanti à la personne l'accès à des soins adaptés à son état de santé.

Article 12 - Protection des biens dans l'intérêt exclusif de la personne

La protection des biens est exercée en fonction de la situation ou de l'état de la personne et, conformément à l'article 496 du code civil, dans son seul intérêt.

Conformément au même article du code civil, les actes relatifs à la protection des biens de la personne font l'objet de soins prudents, diligents et avisés.

Sauf volonté contraire exprimée par la personne protégée, les comptes ou les livrets ouverts à son nom, et sous réserve des dispositions légales et réglementaires ainsi que des décisions du conseil de famille ou du juge, sont maintenus ouverts.

Conformément à l'article 427 du code civil, « les opérations bancaires d'encaissement, de paiement et de gestion patrimoniale, effectuées au nom et pour le compte de la personne, sont réalisées exclusivement au moyen des comptes ouverts à son nom », sous réserve des dispositions légales et réglementaires, notamment celles relatives à la comptabilité publique. « Les fruits, produits et plus-values générés par les fonds et les valeurs appartenant à la personne lui reviennent exclusivement. »

Article 13 - Confidentialité des informations

Il est garanti à la personne et à sa famille le respect de la confidentialité des informations les concernant dans le cadre des lois existantes et sous réserve des décisions du juge.

Notes

[1] Observation générale n°1 relative à l'article 12 de la CIDPH concernant la « Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité » – CRPD (2014).

[2] Le comité des droits de l'homme des Nations unies, communication n°854/1999, 26 juillet 2012, Wackenheim c. France.

[3] Voir à ce sujet le rapport annuel 2014 de l'Observatoire national des populations majeures protégées dans les UDAF (lesquelles prennent en charge 140 000 mesures sur les 400 000 exercées par des professionnels), qui souligne une forte proportion (65%) de bénéficiaires de l'AAH parmi les personnes protégées âgées de moins de 60 ans. En outre, 16 % des personnes protégées des UDAF bénéficient de la couverture maladie universelle (CMU).

[4] « Plusieurs enjeux bien souvent relatifs aux niveaux de revenus et de ressources des personnes protégées, viennent poser la question d'une véritable égalité des usagers », Livre blanc sur la protection juridique des majeurs : 25 propositions pour améliorer la réforme de 2007 ; p. 35.

Défenseurdesdroits

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

© 27/09/2016 - Défenseur des droits