

Rapport de la mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux

par

Alain Koskas

Gérontologue, Président du Conseil Scientifique de la FIAPA

Membre de la Commission des droits de l'homme de la Conférence des OING du Conseil de l'Europe

Véronique Desjardins

Directrice d'hôpital à l'AP-HP

Jean-Pierre Médioni

Directeur d'EPHAD

pour

Jean-Paul Delevoye

Médiateur de la République

Jeudi 3 février 2011

Remerciements

Parmi les nombreuses personnes auditées - et que nous remercions chaleureusement pour leur participation à notre mission - certaines ont droit à notre gratitude car leurs travaux personnels et publications enrichissent grandement ce rapport, il s'agit de :

Professeur Philippe MALAURIE
Professeur émérite à l'Université du Panthéon-Assas

Madame Stéphanie KASS-DANNO
Présidente de l'Association nationale des juges des tutelles (ANJI)

Maître Marie-Hélène ISERN-RÉAL
Avocat au Barreau de Paris

Maître Florence FRESNEL
Avocat au Barreau de Paris

Professeur Robert MOULIAS
Président de la Fondation ALMA France

Madame Karine LEFEUVRE DARNAJOU
Professeur à l'École des hautes études en santé publique (EHESP)

Madame Hélène BÉRENGUIER
Caisse des Dépôts - Direction des services bancaires - Département des clientèles
Personnes vulnérables

Madame Evelyne SYLVAIN
Directrice des établissements et services médico-sociaux à la Caisse nationale de
solidarité pour l'autonomie (CNSA)

Monsieur Federico PALERMITI
Directeur du service médico-social de la Fédération des établissements hospitaliers
et d'aide à la personne (FEHAP)

Docteur Catherine WONG
Psychiatre - Présidente du Collège des médecins experts pour la protection
des majeurs (CMEPM)

Monsieur Fabrice GZIL
Responsable du Pôle Etudes et Recherches
Fondation Médéric Alzheimer

Professeur François BLANCHARD
Pôle Neurologie Gériatrie - Hôpital Sébastopol – CHU de Reims

Professeur Jean-Luc NOVELLA

Service de Médecine Interne et Gériatrie Clinique - Hôpital Sébastopol – CHU de Reims

Madame Christine LEBÉE

Responsable du CLIC (Point Paris Emeraude) du 18^e arrondissement de Paris

Monsieur Didier CHARLANNE

Directeur de l'Agence nationale de l'évaluation sociale et médico-sociale (ANESM)

Monsieur Hervé MACHI

Magistrat - Secrétaire général de la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES)

Nos remerciements vont également aux services de la Médiature qui nous ont accompagnés tout au long de nos travaux : Christian Leroux, Loïc Ricour, Luc Charrié, Claudine Bourgeois et Marième Fall.

SOMMAIRE

Préambule	6
I – La Mission	7
1- Origine de la Mission	7
2- La méthode de travail	7
3- Les personnes et institutions auditionnées	8
4- Le questionnaire	8
5- Périmètre de la mission	9
6- Champ de la maltraitance financière	9
7- Vulnérabilité et fragilité	10
II- La loi du 5 mars 2007	11
1- Enjeux et principes	11
2- Principales dispositions	12
3- Dispositions engendrant des problématiques étudiées par la mission	15
III- Les problématiques étudiées	15
A- Méconnaissance de la loi du 5 mars 2007	17
1- La loi est insuffisamment connue par les professionnels chargés de la mettre en œuvre	18
• Les magistrats	18
• Les mandataires	19
• Les médecins agréés	20
• Les directeurs d'établissement sanitaires, sociaux et médico-sociaux	21
• Les personnels exerçant en institutions d'accueil de personnes âgées dépendantes	23
• Les gendarmes	24
2- La loi du 5 mars 2007 est très mal connue du public	25
B- La personne à protéger	26
1- La notion de fragilité	26
2- L'audit pluridisciplinaire	27
3- Le certificat médical	28
4- Le rapport entre éthique et déontologie	29
5- L'accompagnement médico-social	29
6- Les grilles d'évaluation des capacités	30
7- A propos du secret familial	30

C- Le cadre d'application	31
1- Le cadre juridique	31
• Les moyens à disposition des magistrats	31
• Le contrôle des comptes	32
• L'immunité familiale	32
• Le mandat de protection future	33
2- Le cadre financier	34
• Le secteur bancaire : le devoir d'alerte, les conditions d'exercice de la vigilance et la formalisation des bonnes pratiques	34
• L'assurance-vie	36
• La gestion de fait et la sécurité des personnels	37
 IV- Synthèse analytique et propositions	38
1- Synthèse analytique	38
2- Propositions	40
 Conclusion	43
 Sommaire des annexes	44
• Annexe I : Lettre de mission	45
• Annexe II : Questionnaire et lettre d'accompagnement	47
• Annexe III : Index complet des personnes interrogées et personnes ressources	50
• Annexe IV : Article du Professeur Philippe Malaurie : « <i>Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés</i> »	55
• Annexe V : Contribution de Madame Karine Lefeuvre-Darnajou, Professeur à l'Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique	59
• Annexe VI : Contribution de Monsieur Hervé Machi, Secrétaire général de la MIVILUDES	62
• Annexe VII : Article de Madame Stéphanie Kass-Danno, Juge des tutelles au tribunal d'instance de Courbevoie : « <i>La réforme des régimes de protection des majeurs : le regard d'un juge des tutelles</i> »	67
• Annexe VIII : Grille individuelle d'évaluation du niveau de fragilité proposée par le GTR Bien Vieillir du PRSP et le réseau RéGéCA de Champagne-Ardenne	77

* *
*

Préambule

Conformément à notre lettre de mission, ce rapport présente les problématiques relatives à l'application voire à l'applicabilité de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs.

Cette étude a démontré les liens étroits entre les problématiques du maintien à domicile des aînés vulnérables et celles de leur vie en institution.

Les témoignages et contributions des professionnels et chercheurs ont ainsi permis de mettre en évidence des étapes intermédiaires propices à la démarche d'alerte, qu'il s'agisse de l'hospitalisation à domicile, de l'accueil de jour, de l'hébergement temporaire, des séjours de répit et de vacances thérapeutiques etc.

L'état des lieux des problèmes rencontrés a montré que les besoins de protection repérés dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux trouvent leurs racines dans des dysfonctionnements déjà repérables en amont de l'entrée en hôpital ou en EHPAD.

Information et formation, problématiques de l'immunité familiale, nombre de mesures en charge des mandataires, mandat de protection future, tenue et contrôle des comptes, risques de conflits d'intérêt, dispositif d'alerte et de signalement, délais de réponse de l'institution judiciaire, responsabilité des mandataires familiaux et professionnels, fragilisation par isolement et ennui, profil des prédateurs, évaluation des capacités décisionnelles, sources d'information et d'observation, risques de dérives sectaires, autant de thèmes à approfondir par et sous le contrôle des spécialistes et acteurs en charge de l'accompagnement et de la protection des personnes âgées vulnérables.

Avec les questions toujours pendantes parce que complexes :

- Doit-on protéger la personne vulnérable contre sa volonté ?
- Comment permettre aux professionnels de mener leur action sans avoir à arbitrer de façon permanente entre la liberté et la sécurité de ceux qu'ils ont en charge ?
- Comment concilier les mandats de protection tout en respectant les pratiques et habitudes propres à la vie de la personne, ainsi que ses liens sociaux et affectifs.

Le contenu de nos travaux et nos propositions, s'ils sont de nature à apporter un éclairage sur la protection des aînés vulnérables et notamment sur l'application de la loi de 2007, gagneront à s'enrichir d'une recherche complémentaire sur la situation des personnes âgées à domicile.

Alain KOSKAS

Gérontologue

Président du Conseil Scientifique de la FIAPA

I - LA MISSION

1 - Origine de la mission

Le Rapport 2008 de la FIAPA suite à une enquête menée en France, Italie, Espagne et Belgique fait état d'une "progression alarmante de malversations financières à la personne âgée au domicile et en établissement" et met à jour ce qu'elle nomme une "délinquance astucieuse" prenant la forme de mariages arrangés, adoptions soudaines, prêts non désirés conduisant à des situations de surendettement inattendues, ou encore dons et legs à des associations tout aussi sectaires que caritatives. Ces malversations prenant le relais des habituels abus et délinquances classiques, vols, détournements, vente forcée, etc.

Alma rappelle à ce sujet, que la malversation financière est "la deuxième cause constatée de maltraitance au domicile" avec 25% des cas alors qu'elle n'est "que" de 13% des cas signalés en institution.

Alertée par la FIAPA la Médiature de la République a souhaité conduire une investigation reposant sur une constatation des faits, une évaluation de la portée de la nouvelle loi sur la protection des majeurs et la formulation de propositions pouvant déboucher sur des "améliorations législatives".

C'est ainsi qu'a été créée la *Mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux*.

Cette mission est conduite par Monsieur Alain Koskas, gérontologue, président du conseil scientifique de la FIAPA, assisté de Madame Véronique Desjardins, directrice d'hôpital à l'AP-HP et de Monsieur Jean-Pierre Médioni, directeur de la Résidence de Montchenot (voir lettre de mission en annexe I).

2 - La méthode de travail

On commence une enquête avec des hypothèses de recherche qui sont vérifiées ou pas par les entretiens. Pour élargir le champ des réponses du questionnaire et des entretiens, un guide d'entretien a été préparé : il comprend, outre les thèmes à aborder, des questions relatives à la personne interrogée. Cela permet d'obtenir des réactions sur un certain nombre de thèmes sans se priver des avantages de la non-directivité qui rendent plus efficaces l'analyse des données récoltées : à chacun sa vérité.

L'orientation générale de la réunion :

- que connaissez-vous de la maltraitance financière des personnes âgées ?
- que faites vous pour y remédier ?
- comment vous appuyez vous sur la loi de 2007 ?
- quelles sont ses limites ?
- envisagez vous aussi de protéger les personnels ?
- faites vous des propositions ?

chacun répondant selon son rôle, sa place, son statut.

Lorsque l'entretien se déroule sous forme de réunion de travail, il est suivi d'un entretien individuel avec l'une au moins des personnes présentes à la réunion.

3 - Les personnes et institutions auditionnées

Un large panel représentatif des institutions et associations a été consulté. Au fur et à mesure des entretiens d'autres ont été proposés et donc invités. En regard des institutions parisiennes "représentatives" leurs homologues de province ont également été consultés, avec bonheur.

Si tous les invités n'ont pas été entendus (mais tous ont répondu par courrier au questionnaire) beaucoup (annexe III) ont tenu à rencontrer les membres de la mission, à leur confier leurs travaux et publications, à converser librement de leur métier et de leur légitimes préoccupations, avec professionnalisme, sincérité et pondération.

A leur grande majorité les institutions étaient représentées à leur plus haut niveau, en considération de leur engagement sur ce terrain.

4 - Le questionnaire

Enfin, un questionnaire est joint à l'invitation à rencontrer les membres de la mission :

- 1 - Veuillez préciser à quel titre et selon quelles modalités vous intervenez dans la protection des personnes majeures, de façon individuelle ou statutaire, fonctionnelle ou opérationnelle :
- 2 - Quelles dispositions de cette loi concernent plus particulièrement vos responsabilités ou vos préoccupations ?
- 3 - Quelles connaissances avez-vous des domaines de maltraitance financière dirigées vers les personnes âgées ?
- 4 - Quelles mesures avez-vous prises (ou prendrez-vous) pour rendre effective dans vos services et/ou votre pratique, l'application de la loi ?
- 5 - A cette occasion, des obstacles ou des incompréhensions ont-ils pu freiner l'application de cette loi ? Veuillez dresser ici une liste des principales difficultés rencontrées.
- 6 - Si vous êtes à un poste qui vous l'autorise ou vous le permet, pouvez-vous lister puis quantifier les délits constatés : abus de confiance, procuration frauduleuse, détournements de fonds, achats ou ventes forcés, prêts abusifs, détournements d'héritages, vol simple ou aggravé, abus de faiblesse, etc.
- 7 - Etes-vous à l'origine ou connaissez-vous des mesures particulières permettant de lever un ou plusieurs obstacles à la bonne application de la loi : directives, formations, accompagnement...
- 8 - Les personnels sont en rapport quotidien avec des personnes âgées fragiles ou fragilisées. Que proposez-vous pour leur assurer une plus grande sécurité juridique. Avez-vous expérimenté ces mesures ? (que les personnes bénéficient ou non d'une mesure de protection légale).
- 9 - Comment concilier selon vous la nécessaire prise en compte de la fragilité des personnes confiées (à un professionnel, un service, une association, un établissement) et le fait qu'ils ne bénéficient (par choix ou autre raison invoquée) d'aucune mesure de protection ? Et, plus généralement, comment valider la fragilité, comment élargir la prise de décision, comment protéger les personnes concernées ?

10 - Au regard de votre expérience et de votre pratique quelles conclusions et propositions souhaiteriez-vous adresser au Médiateur de la République afin de mieux lutter contre les maltraitements financiers ?

Répondre aux questions : Ces questions ne sont pas intrusives : elles ont pour unique but de progresser dans la bonne application de la loi et l'implication de ses acteurs. Il est tout-à-fait loisible de se laisser aller à des commentaires suscités par les questions soulevées, voire même de proposer d'autres personnes ou services à questionner.

5 - Périmètre de la mission

Outre la nécessaire définition de la maltraitance financière, la mission s'est attachée à cerner la victime et, partant, le concept de fragilité ou de vulnérabilité ouvrant la voie à la maltraitance, au domicile comme en institution.

Pour ce qui est de **limiter l'étude à l'institution**, outre qu'il ne s'agit pas de la désigner comme particulièrement maltraitante - ce que d'ailleurs le rapport ALMA contredit bien, il s'agirait plutôt de bénéficier du caractère propre aux établissements, unité de lieu, présence de personnel formé habitué à observer et à rendre compte, centralisation de la responsabilité, existence de protocoles et procédures, surveillance des tutelles, bref un environnement juridique, médical, social propre à dégager des observations fiables basées sur un suivi généralisé et rationnel de la personne confiée. Ce que le domicile ne permet pas.

Par contre, ce qui est observé avec plus de pertinence dans un établissement peut être valablement étendu (et amplifié) au domicile...

Sachant que le phénomène de la malversation financière diminue grandement à l'entrée en établissement (pression sectaire, malversation familiale, escroquerie à l'assurance) et que la prise d'une mesure de protection, in fine, rend la malversation rarissime.

Déjà en 2005 un groupe de travail animé par la DGAS avait "planché" sur le sujet, se basant entre autre sur les rapports ALMA mais sur "seulement" 545 infractions constatées d'abus de faiblesse en général ! Le phénomène est donc exclusif de toute quantification spécifique : ni l'observatoire de la délinquance ni les ministères concernés ne sont en mesure de fournir une statistique fiable des maltraitements financiers (ou autres...) aux personnes âgées.

Mais la définition vaut : « *Peut être qualifié de "maltraitance financière" à l'égard d'une personne âgée tout acte commis sciemment en vue de l'utilisation ou de l'appropriation de ressources financières de cette dernière à son détriment, sans son consentement ou en abusant de sa confiance ou de son état de faiblesse physique ou psychologique* ».

6 - Champ de la maltraitance financière

Cette définition débouche sur une analyse des actes constatés :

- **vols** : petits larcins au domicile et en institution, objets de valeur et meubles dérobés par les proches ou les professionnels, comptes bancaires pillés grâce aux procurations...

- **escroqueries** : assurance-vie extorquée, placements abusifs, changement de bénéficiaire de l'assurance-vie, modification de testament, prêts forcés conduisant au surendettement, logement occupé sans droit ni titre par la famille, etc.

- **abus de faiblesse** : démarchage et vente forcée, prix exorbitants, abonnements superflus, travaux inutiles ou surfacturés, prestations paramédicales fantômes ou non effectuées, tuteur laissant la personne dans le dénuement par abandon, incitation à financer une aide auprès de la personne pour une tâche facturée par l'établissement, tarifs d'EHPAD excessifs et ne correspondant pas au service rendu, etc.

- **pression sectaire** : captation d'héritage par l'établissement d'accueil, entourage "bénévole" abusant de la faiblesse pour recevoir des dons et legs, emprise mentale par exercice du prosélytisme sectaire, formation professionnelle sectaire déviant le personnel médical et médico-social, arrêt de traitements médicaux ou à l'inverse traitement ruineux ou déviant le risque santé, etc.

- **délinquance astucieuse** : mariages arrangés, dons et legs extorqués par la malice, adoptions inopinées, cohabitation progressive aboutissant au squat affectif, etc.

Il s'agit d'un résumé tant la créativité est vivante dans ce domaine et la justice bien démunie pour poursuivre, particulièrement s'agissant de proches ou de sectes.

Une vigilance active poserait trois questions :

- les opérations constatées sont elles conformes aux habitudes de la personne âgée ?
- ses besoins continuent-ils d'être assurés ?
- y a t il consentement éclairé ?

7 - Vulnérabilité et fragilité

L'article du code pénal qui réprime ces agissements fait état de **vulnérabilité**. La mission a voulu donner un contenu à cette notion, lui substituant le concept de **fragilité**. Elle s'appuie pour cela sur les travaux menés par Jean-Luc Novella et consorts (la fragilité du sujet âgé in gérontologie et société n°109) débouchant en février 2009 sur une "grille individuelle d'évaluation du niveau de fragilité" (annexe VIII).

Cette grille est issue de la "nécessité de développer des outils de dépistage précoce afin de mettre en place une stratégie de prise en charge adaptée et une démarche préventive cohérente". Elle peut être renseignée par un personnel non médical proche de la personne. Elle comprend

- un volet "profil gériatrique et facteurs de risque" : humeur, nutrition, maladies,...
- un volet "données complémentaires" : hospitalisations, aides, habitat, ressources, perspectives...

Elle se poursuit par des propositions d'**actions pour diminuer le niveau de fragilité**. Ainsi la loi instituant la protection des majeurs peut-elle être utilement complétée en amont par une démarche de prévention. L'idée selon laquelle la fragilité n'est pas toujours irréversible laisse à croire que des actions peuvent être menées sur les facteurs évitables. En fait plusieurs interventions seraient à combiner :

- le dépistage des personnes fragiles ;
- des actions de prévention ;
- l'organisation de filières de soin ;
- l'accompagnement social ;
- la protection juridique.

La fragilité chez nos aînés va incontestablement constituer un des enjeux majeurs de l'organisation médico-sociale dans les années à venir.

II- La loi du 5 mars 2007

Portant réforme de la protection juridique des majeurs, attendue depuis plus d'une décennie, la loi du 5 mars 2007 est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2009, ce qui représente à ce jour (décembre 2010) 2 ans de mise en application.

Nous rappellerons les enjeux et principes de la loi, avant que d'en exposer les principales dispositions et de relever parmi ces dernières, celles qui ont fait l'objet des problématiques étudiées par la Mission relative aux maltraitances financières envers les personnes âgées en institutions.

1- Enjeux et principes

La loi du 5 mars 2007 s'inscrit dans la continuité de la loi du 3 janvier 1968 mais aussi dans l'esprit de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé, de celle du 11 février 2005 sur l'égalité des droits des malades et la fin de vie.

La loi du 5 mars 2007 insiste sur le respect des droits de la personne protégée et notamment sur la préservation de son autonomie et de sa participation aux décisions que la concernent, tant pour la gestion de ses biens que pour les décisions plus personnelles concernant les soins, le lieu de vie...

La philosophie de la réforme qui place la personne protégée au cœur du dispositif se retrouve clairement dans certains articles du code civil comme l'article 415 qui précise : « 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... » et comme l'article 428 qui pose pour principes fondamentaux de l'entrée dans le dispositif de protection, la nécessité, la subsidiarité et la proportionnalité.

La nécessité de revoir la loi de 1968 avait trouvé ses origines dans plusieurs éléments :

- Croissance exponentielle du nombre des majeurs sous protection (environ 1 million en 2009).
- Placement sous régime d'incapacité des majeurs en grande difficulté sociale, niant de ce fait le critère légal posé en 1968 de « l'altération des facultés mentales rendant impossible l'accomplissement des actes de la vie civile ».
- Recours de plus en plus fréquent à la saisine d'office du juge des tutelles (plus des deux tiers des ouvertures de dossiers en 2007), ce dernier se trouvant à l'origine de la demande de protection et chargé de la mettre en place.

C'est pourquoi la loi du 5 mars 2007 a dans les formes, sensiblement modifié les mesures de protection en essayant de mieux préserver la liberté des majeurs vulnérables par un plus grand respect de leur volonté.

Toutefois le texte de loi est complexe, ses impacts sont multiples, pour les majeurs protégés comme pour les acteurs de la protection, ce qui en rend son application délicate et probablement encore insatisfaisante.

2- Les principales dispositions de la loi du 5 mars 2007

Le cadre général de la loi réside en une distinction très nette opérée par le législateur entre les mesures de protection sociale et les mesures de protection civile. Il s'agissait de mettre fin aux mises sous curatelle de personnes dont les difficultés ne sont pas médicales mais sociales.

De même les principes de nécessité, subsidiarité, proportionnalité et individualisation s'illustrent dans le recentrage des mesures de curatelle et de tutelle sur les personnes réellement atteintes d'une altération de leurs facultés personnelles, médicalement établie, et pour lesquelles il n'existe aucun autre dispositif de protection moins restrictif de droits.

Le nouveau dispositif de la loi du 5 mars 2007 prévoit comme précédemment trois types de mesures judiciaires de protection (la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle) appliquées de façon graduée.

Il s'est accompagné de deux types de mesures en cas d'absence d'altération des facultés mentales ou corporelles : la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) et la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ). Enfin, il a intégré la création du mandat de protection future qui permet d'organiser à l'avance sa protection.

Le nouveau dispositif de la loi du 5 mars 2007 :

Absence d'altération des facultés mentales ou altération des facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté			Absence d'altération des facultés mentales ou corporelles
Mesure judiciaire	Besoin d'une protection juridique temporaire	Sauvegarde de justice La personne conserve l'exercice de ses droits sous réserve des actes pour lesquels un mandataire spécial a été désigné	
	Nécessité d'une assistance ou d'un contrôle continu dans les actes de la vie civile	Curatelle Curatelle simple La personne ne peut faire des actes de disposition qu'avec l'assistance du curateur Curatelle renforcée Le curateur perçoit seul les revenus et assure seul le règlement des dépenses	
	Nécessité d'une représentation de manière continue dans les actes de la vie civile	Tutelle Le juge désigne les actes sur lesquels porte la mesure. Le tuteur TGH agit, selon la nature des actes, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille, ou sans autorisation.	
	Mandat de protection future		
Mesure non judiciaire			Mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) Deux niveaux : 1) Mesure contractuelle = Aide à la gestion des prestations sociales = Aide à l'insertion sociale 2) Mesure contraignante : Versement direct, sur l'autorisation du juge d'instance, de prestations sociales au profit du bailleur Durée maximale : quatre ans En cas d'échec de la MASP : Mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) Mesure ordonnée par le juge des tutelles Deux actions : 1) Gestion des prestations sociales et, de façon exceptionnelle, des autres ressources 2) Action éducative Durée maximale : quatre ans

Source : Commission des lois du Sénat

Les mesures judiciaires

► **La sauvegarde de justice** est le premier degré de protection et préserve la capacité juridique du majeur. Elle se distingue clairement en cela de la curatelle et de la tutelle, régimes d'incapacité à part entière.

La sauvegarde de justice est une mesure provisoire. Dans le cadre d'une demande d'ouverture de curatelle ou de tutelle, si le besoin de protection est immédiat, le juge peut toujours prononcer une mesure de sauvegarde de justice pendant la procédure, jusqu'au prononcé définitif de la mesure elle-même.

Cette mesure ne peut être prononcée qu'après l'audition de la personne à protéger, sauf urgence justifiant que l'audition soit différée (article 433 alinéa 3), et sauf si les conditions de dispense de l'audition décrites par l'article 432 du code civil sont établies par un avis médical.

Cette mesure de sauvegarde ne peut excéder un an, non renouvelable puisqu'elle est soumise à la caducité de la requête en ouverture fixée par l'article 1227 du code de procédure civile. Elle prend fin en cas de mainlevée prononcée par le juge, ainsi qu'à l'issue du jugement prononçant, soit l'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle, soit le rejet d'une telle mesure.

Pendant cette mesure de sauvegarde, le juge peut confier un mandat spécial à un proche ou à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. En tout état de cause, ceux qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle sont tenus d'accomplir les actes conservatoires indispensables à la préservation du patrimoine de la personne protégée dès lors qu'ils ont connaissance tant de leur urgence que de l'ouverture de la mesure de sauvegarde.

Les mêmes dispositions sont applicables à la personne ou l'établissement qui héberge la personne placée sous sauvegarde (article 436 du code civil).

Il existe deux autres types de sauvegarde de justice :

- La sauvegarde de justice dite « rénovée » qui permet de répondre à des besoins temporaires de protection ou à l'entourage de la personne vulnérable d'accomplir un acte ou une série d'actes pour le compte de la personne devenue inapte ou dont le discernement est affaibli.
- La sauvegarde médicale qui constate le besoin de protection d'une personne hospitalisée ou non.

► **La curatelle** : Elle répond comme précédemment à un besoin d'être assisté, ou d'être contrôlé de façon continue dans les actes de la vie civile.

La curatelle peut prendre des formes variées. La curatelle simple ne requiert l'assistance du curateur que pour les actes les plus importants, tandis que la curatelle renforcée, qui fait du curateur un intermédiaire, lui permet de percevoir seul les revenus et de régler les dépenses. Il faut à cet égard insister sur le nombre croissant de mesures de curatelles renforcées, palier qui précède et permet aussi de retarder le passage à la tutelle, régime de représentation plus lourd.

► **La tutelle** : Régime de représentation et d'incapacité par excellence, elle répond à la nécessité d'une représentation de manière continue dans les actes de la vie civile en raison d'une altération des facultés. Le tuteur agit et signe à la place de la personne en tutelle.

Au-delà de ces mesures, la réforme de la protection des majeurs s'est enrichie de la création d'un volet social comportant deux niveaux :

- La mesure d'accompagnement social et personnalisé (ou MASP) : il s'agit d'un dispositif administratif d'accompagnement social destiné à répondre à des problématiques qui ne relèvent pas de l'institution judiciaire. Il vise les personnes rencontrant des difficultés sociales, sans que leurs facultés mentales ou corporelles soient altérées, et nécessitant une aide adaptée afin de gérer et de préserver au mieux leurs intérêts.

La mesure d'accompagnement social personnalisé est définie à l'article L.271-1 du code de l'action sociale et des familles : toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources peut bénéficier de cette mesure qui comporte une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé. Pour la mise en œuvre de la MASP, un contrat est conclu, pour une durée de six mois, renouvelable sur quatre ans maximum, entre la personne, bénéficiaire de prestations sociales, et le département.

Ce contrat repose sur des engagements réciproques. Il comporte des actions en faveur de l'insertion sociale et permettant l'autonomie financière de l'intéressé, coordonnées avec les autres actions sociales dont il bénéficie déjà ou dont il pourrait bénéficier. L'intéressé peut autoriser le département à percevoir et à gérer pour son compte tout ou partie des prestations sociales devant lui revenir, en les affectant en priorité au paiement du loyer et des charges locatives en cours.

Une contribution établie dans les conditions prévues par le règlement départemental d'aide sociale dans la limite d'un plafond fixée par voie réglementaire peut être demandée au bénéficiaire de la MASP. Le département peut, par convention, déléguer la mise en œuvre de ces mesures d'accompagnement social à une autre collectivité territoriale ou à un organisme privé ou public.

En cas d'échec de la MASP, le président du conseil général a la possibilité de transmettre au procureur de la République un rapport circonstancié d'évaluation, comportant une évaluation de la situation sociale de l'intéressé, une information sur sa situation pécuniaire ainsi qu'un bilan des actions d'accompagnement social dont il a pu bénéficier, en particulier de la MASP, aux fins d'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire ou d'une autre mesure de protection judiciaire des majeurs. Le procureur de la République apprécie l'opportunité de saisir le juge des tutelles.

- La mesure d'accompagnement judiciaire (ou MAJ) est un dispositif de gestion budgétaire et d'accompagnement social contraignant, limité aux prestations sociales, sans aucune des incapacités attachées à la curatelle ou à la tutelle, destiné à remplacer la tutelle aux prestations sociales abrogée par la loi du 5 mars 2007. Elle est définie aux articles 495 à 495-9 du code civil et la procédure est décrite aux articles 1562-1 à 1263 du code de procédure civile. Elle est ordonnée par le juge des tutelles uniquement en cas d'échec de la mesure administrative d'accompagnement social personnalisé.

Le juge précise les prestations sociales concernées et fixe la durée de la mesure (deux ans renouvelable une fois). Il désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs qui va percevoir les prestations versées à la personne concernée et les gérer pour son compte à charge de rendre compte de sa gestion. Celui-ci assure dans le même temps une action éducative auprès de la personne afin de l'aider à rétablir son autonomie dans la gestion de ses prestations sociales.

Cette mesure d'accompagnement judiciaire ne peut se superposer à une mesure de curatelle ou de tutelle, le prononcé d'une mesure de protection juridique par le juge met fin de plein droit à la mesure d'accompagnement judiciaire antérieurement prise. Une mesure non judiciaire, innovante a été prise avec la création du mandat de protection future inspiré du droit québécois.

La création du mandat de protection future : il permet d'organiser à l'avance sa protection. C'est un contrat pour lequel l'intéressé choisit celui ou celle qui sera chargé de s'occuper de ses affaires le jour où il ne pourra plus le faire lui-même, en raison de son âge ou de son état de santé. Il s'agit de permettre à chacun d'organiser lui-même sa protection et d'éviter ainsi le recours à une mesure judiciaire de curatelle ou de tutelle. Le mandat de protection future prend la forme d'un acte notarié ou sous seing privé et s'exerce en principe, à titre gratuit. Il peut cependant être prévu une rémunération ou indemnisation de la personne mandataire.

Le mandataire désigné pourra être contrôlé par une personne physique ou morale qui sera identifiée lors de la confection du dossier. En cas de difficulté, toute personne, y compris la personne protégée elle-même, pourra saisir le juge des tutelles. Ce juge pourra prendre toute mesure pour préserver les intérêts de la personne protégée.

3- Les dispositions de la loi qui ont fait l'objet des problématiques étudiées par la Mission

Elles sont au nombre de six :

► La limitation de la durée des mesures :

La loi de 2007 a limité à 5 ans la durée des mesures de protection. Celles-ci sont donc devenues des mesures temporaires régulièrement revisitées, l'objectif étant de permettre au majeur de voir régulièrement le juge. Toutefois le législateur n'a pas donné les moyens réels d'une plus grande concertation avec le juge ou le protecteur en matière d'exercice de la mesure.

► Respect des choix de vie du majeur protégé (principe d'individualisation) :

La loi permet de faire du sur mesure et prévoit de respecter les choix de vie du majeur protégé. Pour cela il faudrait déterminer selon chaque situation jusqu'où l'associer et tenir compte de ses souhaits, ce qui est rarement le cas.

On peut citer en exemple la décision de non-retour à domicile (résiliation du bail ou vente du logement du majeur protégé) pour laquelle seul l'avis du médecin spécialiste (rémunéré 25 €) est requis. Le juge n'entend ni le majeur ni le protecteur et il est probable que la décision ne soit pas prise avec l'éclairage nécessaire.

► **Disparition de la saisine d'office du juge des tutelles :**

Pour remédier au manque d'impartialité existant antérieurement, un rôle de filtre a été confié au procureur de la République. L'allongement du délai de saisine du juge des tutelles, l'absence de renforcement des moyens des juridictions sont des éléments qui réduisent considérablement la portée de cette mesure qui se voulait respectueuse des droits des personnes.

► **La primauté de la famille dans l'exercice et la demande de mesure :**

La famille est entendue au sens large dans la loi de 2007 mais n'est pas toujours considérée comme la plus apte à gérer les biens du majeur protégé, l'intérêt de ce dernier ne se confondant pas forcément avec celui de sa famille.

► **L'examen des comptes de gestion et le respect des comptes bancaires :**

La loi de 2007 a interdit les comptes pivots et rendu obligatoire la production de comptes de gestion annuels sauf en cas de revenus très modiques. Toutefois la situation en matière de vérification des comptes mérite encore d'être améliorée.

► **Le mandat de protection future encore mal connu et peu usité pose un réel problème en ce qui concerne son contrôle par le juge et d'éventuels détournements de sa finalité :**

La loi du 5 mars 2007 a dans les formes, profondément remanié les mesures de protection, en essayant de créer les conditions d'une plus grande liberté pour les majeurs vulnérables et d'un plus grand respect de leur volonté. Malheureusement le législateur ne s'est pas toujours donné les moyens de traduire ces principes dans les faits et de protéger suffisamment les majeurs vulnérables, de maltraitances financières notamment.

III- Les problématiques étudiées

A – Méconnaissance de la loi du 5 mars 2007

Toutes les personnes qui ont été auditées s'accordent sur l'insuffisante connaissance des dispositions de la loi du 5 mars 2007 à la fois par le grand public, par les personnes susceptibles de bénéficier d'une mesure de protection et leur entourage mais également par celles chargées de mettre en œuvre la loi.

Ce dernier point est évidemment le plus préoccupant même si le recul de deux ans d'application seulement peut expliquer ce phénomène. Toutefois il faut en signaler l'importance, accordée par tous ceux, magistrats, associations représentatives des personnes âgées, avocats, fédérations d'établissements sanitaires et médico-sociaux pour lesquels l'ignorance de la loi représente le frein le plus important à son application.

La loi est complexe dans ses dispositions et les modalités de sa mise en œuvre ne prévoient pas de formation systématique de ceux qui sont chargés de l'appliquer.

Si un certain nombre de programmes de formation initiale ou continue des professionnels comme les magistrats, les directeurs d'établissements sanitaires et sociaux, les mandataires, les gendarmes et d'autres professionnels des secteurs sanitaires et sociaux ont été élaborés, il n'en demeure pas moins que la connaissance de la loi sur le terrain est très insuffisante.

On peut légitimement s'interroger sur cette difficulté pointée comme majeure que certaines des personnes auditionnées attribuent, outre la récente mise en œuvre de la loi et sa complexité à différents facteurs qui relèvent davantage d'éléments sociologiques.

Tout d'abord la maltraitance des personnes âgées s'inscrit dans un contexte de « loi du silence » qui se traduit par la crainte des personnes âgées elles-mêmes, de mettre en difficulté des proches ou des personnes qui sont souvent celles qui s'occupent le plus d'elles. Mais il y a également le fait qu'un certain nombre de professionnels que sont les médecins traitants, les notaires, les avocats, invoquent les relations de confiance qui existent entre eux et les personnes âgées vulnérables, qui disparaîtraient s'ils effectuaient un signalement.

L'obligation de secret professionnel qu'il soit médical, notarial ou juridique est également souvent invoquée.

Par ailleurs, une peur de l'intrusion du judiciaire dans les familles est réellement un frein à la bonne application de la loi.

Enfin et ceci est revenu à quelques reprises, il y a probablement une certaine inconscience des besoins des personnes âgées dépendantes.

On peut à cet égard citer l'AFBAH qui indique que « les acteurs du secteur social comme ceux du secteur judiciaire doivent avoir de la personne âgée une connaissance plus approfondie qu'actuellement. Ils doivent en particulier être plus à même qu'aujourd'hui d'apprécier la complexité des situations psychologiques qui entourent, créent ou sont la conséquence des maltraitements financiers et dont la juste appréciation devrait permettre une meilleure approche décisionnelle d'intervention ».

Et au-delà de la bonne connaissance des dispositions de la loi par les différents professionnels chargés de la mettre en œuvre, l'approche pluri-professionnelle par la mise en place de lieux d'analyse multidisciplinaire d'évaluation des situations complexes, permettrait de mieux appréhender les situations de maltraitance financière.

Bien savoir ce que chacun peut attendre des autres professionnels permettrait probablement une meilleure mise en œuvre de la loi du 5 mars 2007.

1- La loi est insuffisamment connue par les professionnels chargés de la mettre en œuvre

Les professionnels concernés le plus fréquemment par la mise en œuvre de la loi du 5 mars 2007 sont les magistrats, les médecins agréés, les directeurs d'établissements sanitaires et sociaux et médico-sociaux, les gendarmes, les notaires, avocats, assistantes sociales et au-delà de ces professionnels, toutes les équipes qui interviennent au sein des institutions sanitaires et médico-sociales.

Si l'on reprend les différentes catégories pour lesquelles ont été auditionnés des représentants nationaux mais également des représentants exerçant en région, il s'avère qu'il reste encore de nombreuses actions de formation et d'information à mener.

❖ Les magistrats

On peut considérer qu'il existe une insuffisante sensibilisation des futurs juges à la question de la maltraitance financière des personnes âgées. En effet, il n'existe pas à l'heure actuelle de programme permettant une sensibilisation des futurs magistrats sur la question de la maltraitance financière. En revanche, un enseignement est dispensé dans le cadre de la formation initiale sur le contenu du texte de la loi de 2007. Cet enseignement porte essentiellement sur la technique juridique et ne développe pas de cas pratiques.

Ce qui apparaît c'est que les futurs magistrats pour être mieux préparés à leurs fonctions, s'ils doivent s'occuper de situations de maltraitance financière, devraient être sensibilisés à des cas pratiques.

Dans le domaine de la formation continue, l'Ecole Nationale de la Magistrature a mis en place des formations sur la loi de 2007, soit à Paris, soit au niveau des Cours d'Appel. Ces sessions de formation associent des magistrats, des personnes issues de l'Ecole Nationale des Greffes, des greffiers en chef, des médecins et des mandataires judiciaires.

Cette formation présente l'intérêt d'être ouverte à un public autre que les magistrats même si ces derniers représentent une part importante de l'effectif.

Lors de ces sessions, une demi-journée est consacrée à la protection du patrimoine. Il y a également une étude sur la responsabilité civile des organes tutélaires qui concernent toutes les formes de protection, la surveillance des comptes, le contrôle des comptes avec un point sur l'inventaire qui constitue une pièce centrale dans la mesure où il est procédé à un inventaire du patrimoine de la personne lors de la mise en place d'une mesure de protection.

Lors de cette formation qui dure 3 jours, une demi-journée permet de réunir les juges des tutelles et les parquetiers. Ceci dans l'objectif premier de réfléchir à la façon de gérer leurs actions respectives.

Est alors abordée la question du signalement ; en effet ce dernier peut se révéler complexe, notamment lorsque la maltraitance est commise par la seule personne qui s'occupe du majeur protégé ou encore en cas de maltraitance dans le cadre familial. Dans ces deux hypothèses, se pose la question de l'opportunité des poursuites.

Il faut souligner l'intérêt de cette demi-journée qui permet des réflexions croisées sur une question qui sans être une question d'éthique pose toutefois une question morale.

Enfin au plan pénal, il n'existe pas de formation spécifique sur la question de la maltraitance financière. En effet les infractions relatives à la maltraitance financière que sont par exemple, l'escroquerie, l'abus de confiance ou encore le vol sont traités dans le cadre du droit économique et financier. Cependant ces enseignements n'abordent pas la maltraitance financière sous le prisme de la victime elle-même.

Il semble que les formations continues offertes ainsi à un public diversifié qui permet une réactualisation du socle des connaissances et des échanges de pratiques touchent un public qui n'est pas négligeable chaque année mais qui n'est pas encore probablement suffisant pour avoir pu concerner l'ensemble des juges des tutelles, depuis la mise en œuvre de la loi de 2007.

Par ailleurs l'ENM pourrait proposer dès le printemps prochain, dans le cadre de sessions de préparation aux premières fonctions, un temps de formation sur le thème de la maltraitance financière des personnes âgées puisque la loi donne tous les outils au juge des tutelles, charge à lui de bien les utiliser.

❖ Les mandataires :

Il existe 3 catégories de mandataires, les mandataires familiaux, les mandataires judiciaires (Gérants de tutelle privés et Association tutélaires) et enfin gérants de tutelle hospitaliers.

De toutes ces catégories, les **mandataires familiaux** sont ceux qui reçoivent le moins de formation puisqu'ils ressortent souvent du bureau du juge des tutelles avec quelques éléments sur leur rôle mais rien qui soit réellement très structuré.

Le Centre National du Barreau propose des formations mais celles-ci ne sont pas obligatoires.

C'est pour les mandataires familiaux qui sont, selon la loi, amenés à devenir plus nombreux que le plus grand nombre de propositions a été fait :

- Il serait utile d'organiser des formations régulières à l'échelon local par des mandataires judiciaires par exemple, avec une supervision par le juge des tutelles et le greffier en chef. Ces formations pourraient donc s'établir à l'échelon juridique local.
- Par ailleurs des opuscules du style questions/réponses devraient être systématiquement distribués aux mandataires familiaux.
- Il faudrait que les mandataires familiaux puissent avoir un référent juridique, par exemple dans les maisons de justice, auquel s'adresser lorsqu'ils s'interrogent sur les actions qu'ils envisagent dans le cadre de leur mandat.

- Une expérience d'aide aux tuteurs familiaux a été mise en place en Bretagne avec des aidants qui n'ont pas pu être désignés comme mandataires judiciaires mais dont les compétences permettent de penser qu'ils peuvent être des aidants pour les mandataires familiaux. Cette expérience mériterait d'être étendue.
- Enfin il a été proposé d'instaurer une assurance obligatoire des mandataires familiaux pour les couvrir des erreurs éventuelles qu'ils pourraient commettre dans l'exercice de leur mandat.

Les associations tutélaires rencontrent des difficultés également pour envoyer leurs membres se former et acquérir le certificat national de compétence prévu par la loi. Les problèmes se situent en termes de temps et d'argent.

De même, il semble indispensable de limiter le nombre de personnes confiées à chaque mandataire dans la mesure où au-delà d'un certain nombre qui peut être fixé à une soixantaine de personnes sous protection, le mandataire n'a plus assez de temps pour s'en occuper de façon sérieuse.

Cela induit les dérives observées dans les institutions, notamment avec des mandataires qui ne viennent jamais voir leur protégé et qui laisse faire un certain nombre d'actes leur revenant, aux professionnels des institutions.

De même des formations à la reddition des comptes devraient être organisées pour ces mandataires sociaux qui souvent peuvent encore ne pas distinguer les actes d'administration des actes de disposition.

Les juges des tutelles ont en effet une vision relativement sévère du niveau de compétence des mandataires y compris d'ailleurs, des mandataires judiciaires.

Les juges des tutelles peuvent obtenir la radiation de certains mandataire dont ils constateraient soient qu'ils sont incompetents, soient qu'ils sont malhonnêtes mais un des principaux problèmes réside dans une insuffisante formation.

Les mandataires judiciaires bénéficient d'une formation à l'ENM à laquelle participent les juges des tutelles.

Il s'agit du point de vue des juges des tutelles de sensibiliser les mandataires à l'obligation de demander l'avis du majeur protégé avant une décision, de le rencontrer régulièrement de façon à instaurer une relation de confiance et à ce que le mandataire connaisse vraiment la personne qu'il protège.

Dans ce cadre, la limitation du nombre de personnes confiées à chaque mandataire permettrait de remplir cet objectif.

❖ Les médecins agréés

Les médecins agréés font l'objet d'un certain nombre de critiques dans leur pratique mais surtout dans le cadre du contenu du certificat de dispense d'audition par le juge des tutelles avant la mise en place ou le renouvellement d'une mesure de protection.

La loi prévoit que les médecins doivent éclairer le juge des tutelles sur la situation de la personne à protéger afin de déterminer si celle-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté ou si l'audition par le juge porterait atteinte à son état de santé.

Ce que l'on constate c'est qu'il y a beaucoup de certificats médicaux de dispense d'audition. Or, l'intérêt de l'audition par le juge des tutelles est de permettre une adaptation au plus près de la mesure de protection.

Cela permet au juge des tutelles de percevoir les liens de la personne vulnérable avec ses proches et par ailleurs cela représente le respect de la liberté du majeur protégé. Il semblerait que les médecins agréés aient une interprétation extensive de cette notion d'audition et qu'il faille les sensibiliser sur le caractère exceptionnel de la dispense d'audition.

Il est également indispensable de pouvoir former les médecins sur le contenu des mesures de protection et sur leur graduation, beaucoup plus fine que ceux-ci ne l'envisagent dans la plupart des cas.

La notion de sur mesure que permet la loi est rarement perçue par les médecins agréés. Par exemple la possibilité de mettre en place un mandat spécial qui apporte une solution ponctuelle est aujourd'hui peu pratiquée alors même qu'il permet de ne pas mettre en place une mesure de protection globale mais de protéger sur un point précis la personne, en lui laissant la jouissance de ses autres droits.

Pour répondre à ces objectifs, plusieurs propositions ont été faites, de deux ordres essentiellement :

- Organiser des rencontres entre les médecins agréés, les juges des tutelles, les avocats, afin qu'il puisse y avoir des échanges sur les pratiques et un dialogue sur ce que les uns et les autres attendent de leurs interlocuteurs.

En effet les médecins agréés ont des attentes vis-à-vis des juges des tutelles quant au contenu des informations dont ceux-ci ont besoin, de même que les juges des tutelles peuvent préciser la nature des informations dont ils ont besoin pour mettre en place des mesures de protection qui soient du sur- mesure.

- Par ailleurs lors de l'inscription des médecins agréés sur la liste par le procureur de la République, il serait indispensable qu'une information ciblée leur soit délivrée à ce moment là.

❖ **Les directeurs d'établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux**

Même si de l'avis quasi unanime de l'ensemble des personnes auditionnées par la mission, ce n'est pas au sein des institutions accueillants les personnes âgées vulnérables, que se situe la majeure partie des maltraitements financiers à l'égard des personnes âgées, il n'en demeure pas moins que l'insuffisante connaissance par les directeurs des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux des dispositions de la loi du 5 mars 2007 est un frein à la prévention des actes de maltraitance financière et à la protection, tout à la fois des professionnels qui exercent dans ces structures et des personnes âgées victimes de maltraitance financière non repérée.

Ce que l'on a pu dire de la difficulté à s'engager et à violer ce qui peut être considéré comme relevant du secret professionnel est en soit une faute professionnelle.

En effet, il s'agit bien de protéger la victime et non pas l'auteur. Toutefois on constate que le professionnel du secteur sanitaire et social ne regarde la situation que de son point de vue : je respecte la loi car je ne veux pas engager ma responsabilité. Or les directeurs des établissements doivent mieux encadrer leurs équipes en ce sens qu'il leur faut, attirer leur attention sur le fait que le respect de la personne vulnérable protégera les professionnels de la mise en cause de leur responsabilité.

En effet leur responsabilité est engagée non pas de façon abstraite mais en relation avec leurs obligations professionnelles à l'égard d'une personne qu'il faut protéger.

S'agissant de la connaissance de la loi de 2007 par les directeurs d'établissements sanitaires et médico-sociaux, on observe pour les premiers qu'elle est quasiment ignorée du fait de la durée très courte des séjours hospitaliers.

En revanche dans le secteur médico-social, des formations ont été mises en place et un certain nombre d'outils existent.

Outre les circuits traditionnels de l'information descendante par le biais de circulaires de la DGCS ou de la DGOS, de grands groupes comme Korian ou Orpéa ont mis en place un certain nombre d'actions de sensibilisation des directeurs des structures accueillants des personnes âgées.

On peut citer à titre d'exemple des mesures d'information écrite telle qu'une note d'information sur les protections juridiques existantes, ce qui permet d'ailleurs de constater que les familles ne connaissent pratiquement rien en la matière, à l'exclusion des mesures de curatelle et tutelle et ne savent pas qu'il peut exister d'autres mesures de protection moins étendues. Des informations sont également données lors des conseils de familles ou des conseils de vie sociale avec l'intervention de professionnels de la protection juridique.

Il est également vivement recommandé aux directeurs d'EHPAD de mener des entretiens de pré-admission avec le futur résident, de même que des réunions familiales de bilan doivent toujours être envisagées lors de signalement de risque financier.

Ces entretiens sont menés conjointement avec l'équipe médicale du site, la direction, l'ensemble de la famille et si possible le résident.

Outre la formation des professionnels, cela permet également une information des familles. Toutefois on constate que certaines maisons de retraite n'ont pas d'assistante sociale et que toute la protection va reposer sur le directeur et le médecin coordonnateur.

Il a été signalé à plusieurs reprises que les directeurs d'EHPAD connaissaient les nouvelles mesures de la loi mais qu'ils avaient peu de lien avec les tribunaux et que par ailleurs ils n'avaient pas beaucoup de retour de la part de l'institution judiciaire, ce qui les amenaient à être relativement frileux par rapport à des signalements et à la mise en place de mesures graduées.

Les tribunaux font en effet assez régulièrement des réponses négatives aux demandes de mise en place de mesures de protection car les ressources financières des personnes à protéger sont insuffisantes pour justifier une mesure de protection.

Ceci étant les personnes peuvent se retrouver dans des situations de grande détresse et avoir malgré tout besoin d'être protégées.

Que se soit l'AD-PA ou la FEHAP, les difficultés tenant à la communication entre les directeurs d'EHPAD et les tribunaux et aux délais de réponse de ces derniers, amènent ces organismes à proposer une formation à la prévention en amont de la maltraitance et sur ce que peuvent être des mesures « cousu main » pour les directeurs d'EHPAD. Des juges des tutelles sont sollicités pour ces formations.

Les directeurs peuvent avoir accès à un certain nombre d'éléments d'information que l'AD-PA met à leur disposition avec également un espace d'échanges entre les directeurs. Mais chacun est ensuite libre de la politique qu'il mène dans son établissement.

Et les directeurs d'établissements ont tout intérêt par exemple à ce que les résidents n'aient pas d'objet de valeur avec eux car si ceux-ci disparaissent c'est l'établissement qui est responsable.

Par ailleurs les directeurs se trouvent souvent en difficulté par rapport aux familles lorsqu'il y a une demande de mise sous tutelle. Les directeurs ont donc réellement besoin d'aide et de conseil dans la mesure où ils ne peuvent tout assumer en termes de responsabilité.

Les juges des tutelles sont parfois sollicités pour intervenir et pourraient probablement l'être davantage. De même une deuxième proposition résulte d'un travail au niveau de chaque Tribunal de Grande Instance avec les bureaux d'accès au droit pour que les directeurs des maisons de retraite soient destinataires d'informations régulières sur le sujet de la protection des majeurs vulnérables.

On pourrait envisager que le partenariat entre l'ENM et l'EHESP puisse dans le cadre de la formation des directeurs d'EHPAD, insister sur le contenu des mesures de protection.

En conclusion, si des formations ont été organisées pour les directeurs d'établissements sanitaires socio et médico-sociaux, on observe qu'en court séjour les directeurs ne se sentent pas réellement concernés car cette problématique est considérée comme très limitée pour eux. En EHPAD, le directeur peut avoir accès à un certain nombre d'éléments d'information mais il est relativement isolé dans son action de lutte contre les maltraitances financières.

Sa connaissance du détail de la loi et de l'étendue des mesures qui peuvent être prises est probablement insuffisante et mériterait donc d'être renforcée du point de vue de la formation initiale mais également dans les relations qui sont à développer entre les directeurs d'EHPAD et les TGI, c'est-à-dire au niveau régional et local.

❖ **Les personnels exerçant en institutions d'accueil de personnes âgées dépendantes**

L'objectif est de permettre aux professionnels de repérer et d'encadrer les personnes indécises. Les professionnels qui ne connaissent pas les règles de la responsabilité civile en droit français seraient sans doute plus consciencieux et plus détendus s'ils recevaient une réelle formation en la matière.

Il faut pouvoir mettre en place une formation des professionnels au signalement lorsqu'ils constatent une dérive vers des situations où les personnes ont besoin d'une aide trop importante, par exemple pour faire des achats et donc sollicitent un tiers pour ce faire.

Egalement s'ils repèrent une souffrance morale de la personne, par exemple en cas de chantage affectif.

La formation au repérage de ces facteurs de risque et à l'identification de la fragilité des personnes, permet de mettre en évidence des risques de maltraitance financière. La mise en place de jeux de rôle pour anticiper les situations difficiles où des professionnels peuvent être interpellés par des familles est un exemple de ressource à mettre en œuvre pour bien encadrer et former les professionnels des établissements.

On observe aussi que les professionnels peuvent être amenés à exercer une tutelle de fait en signant des chèques à la place des personnes âgées qui ne sont plus en capacité de le faire pour des motifs parfois extrêmement normaux comme le paiement des frais d'hébergement mais aussi pour d'autres achats pour lesquels aucun contrôle ne va exister et qui mettront ces professionnels en danger.

Par ailleurs, il est très important que dès l'origine il soit établi un code de bonne conduite qui s'appuie sur le respect de la loi afin d'éviter des dérives qui auraient parfois pu être facilement évitées.

Si un certain processus dans le fonctionnement de l'EHPAD s'est installé sans contrôle, qu'il a pu perdurer pendant un temps certain, il sera ensuite très difficile de faire comprendre à une équipe que son comportement était contraire à la loi. En effet, chacun aura compris que comme l'autre agit sans avoir été puni, lui aussi peut avoir le même comportement en toute impunité.

Au sein de la Croix-Rouge, si la prise de conscience des risques est considérée comme le premier maillon de l'action vis-à-vis des professionnels, des actions de formation et de sensibilisation sont également développées, une politique du tiers référent a été mise en place avec la création d'une équipe mobile qui représente un lieu de parole sur la maltraitance et propose un relais avec des personnes ressources.

Un petit guide a été élaboré par cette équipe qui peut être appelée en cas de situation difficile. La mise en place au sein des établissements de la Croix-Rouge, d'audits croisés, d'espaces de parole et de chartes écrites viennent compléter le dispositif de formation et d'encadrement des professionnels.

Les professionnels qui ne connaissent pas les règles de la responsabilité civile en droit français seraient sans doute plus consciencieux et plus détendus s'ils recevaient une réelle formation en la matière.

Le droit français énonce un certain nombre de règles formelles, qui si elles ont été respectées, exonèrent le professionnel de toute faute.

❖ **Les gendarmes**

Comme l'a exposé le Général de Division, Jean-Yves Saffray, Commandant de l'Ecole des Officiers de la Gendarmerie Nationale, la formation dans cette école en matière d'enseignement juridique, présente les infractions majeures telles que les atteintes aux personnes, aux biens, les abus de faiblesse, les escroqueries financières et économiques et les circonstances aggravantes du fait de la situation de la victime.

La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs n'est donc abordée que dans cette perspective.

Dans ce domaine judiciaire, une formation particulière en matière d'infraction financière et économique est enseignée au Centre National de Formation de la Police Judiciaire de Fontainebleau aux officiers de police judiciaire, enquêteurs de terrain. Toutefois, cette formation n'est pas centrée exclusivement sur les personnes âgées.

Le département de la police administrative de l'EON dispense une formation spécifique portant sur la vulnérabilité des personnes âgées et les mesures de prévention et de protection mises en œuvre par la gendarmerie.

De même, un plan national visant la sécurisation des personnes âgées a été mis en place en 2010 autour de 3 mesures principales :

- Une approche partenariale avec les élus, les responsables d'associations et de centres d'hébergements de personnes âgées.
- La mise en place d'un dispositif innovant : le concept de brigade de protection des familles qui regroupe à l'échelon départemental les référents « Aînés Violences Intrafamiliales » répartis dans les unités territoriales. Cette brigade prend en compte la problématique des aînés sous l'angle de la police judiciaire en centralisant l'information judiciaire relative à l'insécurité des personnes âgées mais aussi sous l'angle de la prévention en plaçant le référent « A-VIF » au cœur du dispositif partenarial de partage de l'information.
- L'opération « tranquillité Séniors » : cette mesure a pour objet d'identifier les personnes âgées isolées et volontaires qui souhaitent un contact personnalisé avec la gendarmerie.

Toutefois l'ensemble de ce dispositif est encore trop récent pour en mesurer les effets au plan local et l'interrogation de gendarmes en région a permis de mesurer leur manque d'information sur les dispositions de la loi de 2007 et sur le rôle que peut jouer la gendarmerie lorsqu'un signalement de maltraitance financière envers une personne âgée lui est adressé.

Après avoir évoqué la connaissance insuffisante de la loi par les acteurs de sa mise en œuvre, on évoquera les enjeux majeurs de la connaissance de la loi auprès de l'opinion publique.

2 - La loi du 5 mars 2007 est très mal connue du public

Il semble indispensable de promouvoir des actions de sensibilisation sur 3 sujets :

- Sur les mesures de protection et la nécessité d'anticiper pour soi et pour autrui : il y a en effet un enjeu national à développer, une éducation à la protection avec un parallèle que l'on peut établir avec des enjeux de santé publique, d'éducation thérapeutique et les actions de promotion qui s'ensuivent.

Une campagne nationale sur ces thématiques devrait être ainsi développée.

- Sur la vigilance à l'égard de l'existence et des formes de maltraitance financière envers les personnes vulnérables à domicile et en établissement avec rappel du cadre de la loi et des sanctions pénales.
- Sur le mandat de protection future qui est encore extrêmement mal connu et dont il apparaît qu'il faudrait qu'il puisse être envisagé relativement tôt par les personnes et ce, en tout cas avant qu'elles n'en aient réellement besoin.

La DGCS a présenté la perspective de mettre en place des actions visant à informer les usagers, notamment par le biais du site du ministère de la santé.

L'existence d'un processus de signalement fait également l'objet d'une perspective d'actions de communication afin notamment de rassurer sur les conséquences d'un signalement de maltraitance.

Enfin, a émergé des débats, la possibilité de mener une action au niveau des collèges et lycées qui informeraient les jeunes sur la façon dont il est possible de porter plainte dans la mesure où il semble important que la sensibilisation à la maltraitance des personnes âgées commence le plus tôt possible.

B - La personne à protéger

La loi s'intéresse désormais plus à la personne qu'à ses biens. Ainsi, selon le législateur : *"la loi a pour objet de recentrer le dispositif de protection juridique sur les personnes réellement atteintes d'une altération de leurs facultés personnelles tout en améliorant leur prise en charge."*

1 - La notion de fragilité

On a vu ci-dessus que la fragilité pouvait être décelée par l'entourage-médico-social de la personne âgée.

La fragilité peut être temporaire, permanente ou évolutive. Il s'agit d'un état handicapant la capacité décisionnelle même si elle concerne souvent certaines décisions et pas d'autres plus sophistiquées. Pour exemple, l'hésitation est à distinguer de la non compréhension.

La notion de fragilité est souvent liée à la nature et à la complexité des décisions. Elle est souvent diagnostiquée à propos des risques importants engendrés par une décision à prendre. Toutefois, ce concept se confond et à la fois se distingue de celui de vulnérabilité, plus souvent employé pour qualifier un état installé, durable et dont l'issue ne pourrait être qu'une aggravation de la ou des pertes d'autonomie constatées.

En effet on dira que la fragilité survient dans différents domaines qui favorisent son apparition et qui restent à déceler de façon préventive :

- La fragilité **économique**, elle s'amplifie avec la modestie des revenus chez le sujet dépendant: 8% de dépendants chez des sujets âgés percevant plus de 1600 euros par mois contre 40% quand le revenu est inférieur à 600 euros. On dira que la prévalence de la fragilité chez le sujet âgé est corrélée à son revenu.

- La fragilité **sociale**, apparaît avec le retrait et l'isolement, s'accroît avec l'âge, et accentue l'entrée d'urgence en institution. La prévalence du décès lors d'un accueil aux urgences est multipliée par 22 lorsqu'il n'y a pas de visite pendant l'hospitalisation !

- La fragilité **cognitive** est, elle, corrélée aux études et à la catégorie socioprofessionnelle. On notera que chez les français de 65 ans et plus, seuls 6% ont fait des études supérieures.

2 - L'audit pluridisciplinaire

La reconnaissance et la prise en charge des sujets fragiles est un enjeu majeur en gériatrie. Le dépistage de la fragilité par une évaluation globale de la personne âgée permet de lui proposer une prise en charge globale et pas seulement juridique mais sociale et médicale.

En mettant en œuvre cette mesure de prévention, les mesures ainsi préconisées répondent au principe d'une **protection proportionnée** au degré d'incapacité de la personne. Encore faut-il donner du grain à moudre à ce désir de proportion et lui conférer un champ d'application le plus concret possible.

Or si la fragilité de la personne devient en elle-même mieux évaluée qu'en est-il de ce qui la concerne directement: sa santé, ses biens meubles et immeubles, la capacité de son entourage, le pronostic de son évolution sociale ou psychologique, sa fiscalité, et la nécessaire évolution de tout ceci.

Afin de permettre au juge de personnaliser les mesures de protection il conviendrait d'envisager auparavant un **audit pluridisciplinaire** soucieux de ne rien laisser dans l'ombre, de l'assurance vie et ses bénéficiaires à l'examen cognitif, en passant par la recherche d'éventuels conflits d'intérêt entre les divers services intervenants au domicile.

Selon la proposition d'audit juridique civil élaboré par Maître Gérard MONTIGNY, Vice-président de la CNA (Confédération nationale des avocats), la vulnérabilité ne peut être définie comme actuellement que par une expertise personnalisée et pluridisciplinaire : médicale, sociale et juridico-patrimoniale. Il s'agit de l'intérêt de l'inter professionnalité en droit des personnes afin de permettre un réel accès aux droits et agir à titre préventif.

L'attention de la Mission a été attirée sur une proposition d'audit juridique civil. Cet audit personnel, familial et patrimonial consiste en la description de la situation de la personne au moment de la requête :

- Besoins médicaux, ménagers, aide sociale et assistance administrative (audit personnel) ;
- La satisfaction des ces besoins peut-elle être assurée par l'entourage familial, amical ou social (audit familial) ;
- Activation des réseaux professionnels, administratifs et associatifs pour trouver la compensation aux carences de l'entourage (audit social) ;
- Audit patrimonial et fiscal.

La question du déclenchement de cet examen pluridisciplinaire est dès lors posée. Qui signale ? Qui le déclenche ? Qui le coordonne ? Qui en fait la synthèse ? Comment passer de l'état de fragilité aggravé à l'état de vulnérabilité ? Y a-t-il un moment propice à son déclenchement ? Qui le finance ? Quand le déclencher ? On aurait envie de dire "à chaque rupture" : hospitalisation, chute grave, deuil, dettes subites, etc.

Selon l'auteur de la proposition, « l'audit civil » ou « audit citoyen » est une action de prévention en matière juridique analogue dans son principe à l'examen de santé gratuit tel qu'il est énoncé par l'article L.321-3 du code de la sécurité sociale.

Cet audit est légitimé par l'intérêt individuel et au devoir fait à l'état d'assurer l'accès aux droits qu'il institue.

L'audit aurait pour projet, au moins une fois tous les 5 ans et ou à chaque moment majeur de la vie de permettre l'analyse et la révision des droits dans les domaines les plus courants de la vie soit pour les particuliers :

- Statut matrimonial et patrimonial ;
- Situation fiscale d'ensemble ;
- Logement ;
- Travail et droit à la retraite ;
- Placements financiers, relations bancaires ;
- Droit de la consommation et crédit en cours ; endettement ; assurances ;
- Risques ignorés.

Cette proposition, aurait le mérite de mettre à la disposition du juge des tutelles, un nombre important d'éléments nécessaires au choix et à l'élaboration de la mesure adaptée et convenant à un moment donné à une personne âgée en perte d'autonomie. En effet, le dispositif actuel apparaît carencé de données indispensables à une meilleure visibilité, celle-ci nécessitant un diagnostic medico-psycho-social, fiscal et patrimonial.

Mieux voir, mieux adapter la mesure et donc mieux protéger tels sont les éléments d'arrimage de cette proposition

3 - Le certificat médical

Bien sûr le parquet est éclairé par le certificat médical, rédigé par un médecin agréé il n'est pas sans poser quelques problèmes dont certains avaient été soulevés lors de la discussion de la loi. Devant être "précis et circonstancié" il peut l'être comme ne pas l'être. Enfermé dans le formulaire actuel il évalue mal, préconise peu et n'explique pas. Certains s'en échappent avec talent et en font un document circonstancié qui aide le juge, et pas seulement à décider s'il doit recevoir ou pas la personne. D'autres renseignent les rubriques a minima, d'autres, gériatres, ont à examiner un patient devant sortir de psychiatrie... quand ce n'est pas le patient lui-même qui refuse de se laisser examiner ou est mutique ou incompréhensible.

On le voit, tous regrettent la version précédente de ce certificat qu'il serait aisé de restituer (les honoraires également au vu de la charge réelle de travail).

Quant à la liste des *médecins agréés* elle écarte le médecin traitant au motif qu'il "pourrait subir une pression de la famille" mais aussi les médecins des hôpitaux ou des MDPH pourtant scrupuleusement au fait du passé médical parfois complexe du patient et aptes à garder le contact avec la personne dont ils conservent la confiance.

Au plan médical également existe le souci de "ce qu'il se passe après la sortie de l'HP", éviter la précarisation des plus fragiles consisterait à organiser la continuité du suivi médico-social. Au plan familial, l'immunité semble faire souci, des abus en découlent inévitablement que la loi ignore. Le secret est garant d'abus. L'audit préconisé ci-dessus permettrait de partager le secret.

Mais replaçons la personne âgée au centre du dispositif ainsi que le font Novella, Sanchez et Palermi dans la conclusion de leur publication sur "les droits des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer": *Chaque fois qu'est envisagée une **restriction de liberté** elle doit dans la mesure du possible être discutée avec la personne malade et consentie par elle, même si elle n'en a pas l'initiative. La personne malade doit pouvoir bénéficier d'une autonomie d'action et de décision, compte tenu de ses capacités cognitives, physiques et psychiques. Dans ce contexte, savoir accepter un **risque réfléchi** et concerté est justifié. Le travail des professionnels en **interdisciplinarité** peut permettre de donner un cadre construit à certaines restrictions de liberté. Les difficultés importantes surviennent lorsque la personne âgée n'est pas reconnue comme acteur de la décision la concernant, son avis n'étant ni demandé ni recherché.*

4 – Le rapport entre éthique et déontologie

Il n'est de débat sociétal sans appel à l'éthique. La privation de liberté engendrée par les mesures préconisées par la loi de protection des majeurs n'y échappe pas.

Et pourtant, au nom de l'éthique on noie volontiers le poisson des conduites à tenir tant le débat devient lointain et absent du concret des responsabilités à prendre et à partager. A trop protéger on contient, à mal protéger on attende aussi aux libertés en les privant des moyens d'agir.

A côté du débat juridique, on adjoindra la nécessité de la déontologie propre à chaque corps de métier. Nourrie de recommandations précises, d'empêchements stricts, de conditions d'exercices concertées, la déontologie remet de l'humain et de la méthode pour prendre en charge avec conscience et science la personne fragile.

La loi gagnerait donc à être accompagnée d'une **charte de la protection des majeurs** s'appliquant à tous les acteurs.

Pour faire de cette loi de 2007, une loi cette fois-ci connue, bien utilisée dans le respect de ses objectifs et donc une bonne loi.

5 - L'accompagnement médico-social

Actuellement, le certificat médical élaboré par le médecin expert agréé comporte un nombre limité de questions, en retrait par rapport à celui qui existait avant la promulgation de la loi de 2007. C'est donc en fonction de la volonté du médecin sollicité que d'autres éléments systémiques peuvent être portés à la connaissance du juge des tutelles.

Celui-ci devra, sauf contre indication, rencontrer la personne à protéger et se faire une idée personnelle de l'accueil proposé dans l'établissement de placement si nécessaire.

En effet, les médecins audités nous ont dit la difficulté d'intégrer la visite du ou des sites dans leur démarche d'évaluation et de recommandation.

Pour toutes ces raisons, il est apparu absolument nécessaire d'élargir le nombre et la qualification des experts auprès du juge des tutelles afin « de lui présenter et de lui préparer le terrain ».

Une connaissance médico psycho sociale donc gériatologique et non pas seulement gériatrique nous est apparue comme seule démarche d'évaluation fiable de la situation dans son ensemble.

En effet, à coté de l'examen médical portant regard sur les capacités décisionnelles restantes, un examen psycho social du contexte environnemental permettra d'analyser avec discernement la situation du majeur à protéger.

De même, la proposition d'accompagner ces investigations d'une démarche éventuelle de médiation familiale peut trouver tout son sens dans des climats souvent délétères ou d'affrontements intra familiaux.

6 – Les grilles d'évaluation des capacités

Nous avons reçu et audité monsieur Fabrice GZIL, enseignant chercheur en philosophie à l'Université de Paris VII Diderot.

A nos questions permettant de mieux mesurer la situation d'une personne âgée vulnérable en vue de mettre en place un dispositif de protection, monsieur GZIL nous a proposé l'exemple des Etats-Unis et leurs recherches sur l'évaluation des capacités décisionnelles.

« En théorie, les personnes capables d'autonomie décisionnelle doivent être traitées comme des agents autonomes ; les personnes dont l'autonomie et la compétence sont réduites doivent être protégées.

« Mais quand les patients âgés présentent des troubles fonctionnels, en particuliers des troubles cognitifs, il est parfois difficile de déterminer si leur choix et leurs actes sont réellement « compétents » ou « autonomes ».

« Le modèle conceptuel et les instruments empiriques élaborés par des chercheurs américains mériteraient sans doute d'être testés et discutés.

« Ces outils d'évaluation de la compétence n'ont pas vocation à se substituer au jugement des cliniciens. Ils aident les cliniciens à déterminer si la décision du patient est réellement un choix compétent mais ils ne permettent pas à eux seuls de déterminer où le patient doit vivre ou de combien d'assistance il a besoin.

« Parce que la compétence est par nature interactive et contextuelle, les outils informent le jugement clinique sans s'y substituer ».

L'intérêt de la démarche, outre la mise en place d'une stratégie d'évaluation de la résolution des problèmes fonctionnels, permet de s'appuyer sur une grille de présomption de compétences et non plus seulement sur le vécu déficitaire.

7 - A propos du secret familial

Les professionnels constatent une réelle difficulté à obtenir d'un membre de la famille ou de l'aîné lui-même un signalement de maltraitance financière.

Tout se passe comme si la personne âgée elle-même avait honte de ce qui lui arrive et ne voulait en aucun cas couper les liens avec un environnement familial fut-il maltraitant.

Et même lorsque la maltraitance financière est établie, il faut déjà la convaincre de porter plainte. Dans le harcèlement moral qui est flagrant dans ce type de délit, la victime est attachée sentimentalement à l'auteur et le craint, elle est faible et fatiguée. Elle dit clairement qu'elle a consenti et se sent humiliée de reconnaître qu'elle n'a pas été libre.

Les membres de la famille, quant bien même ils se divisent ou s'affrontent à propos d'une situation d'abus de faiblesse, renoncent souvent à traiter directement entre eux ou à saisir l'autorité judiciaire car la preuve est difficile à apporter, les modalités mal connues, les délais souvent longs et la procédure éprouvante.

La culpabilité d'une famille à dénoncer l'un des siens joue aussi un rôle non négligeable dans le silence des abus.

C - Le cadre d'application

1- Le cadre juridique

► Les moyens à la disposition des magistrats

Le chapitre précédent a mis en évidence les besoins des magistrats afin d'éclairer le mieux possible leur décision.

Ces besoins en évaluation médico psycho sociale, fiscale et patrimoniale, l'évaluation des capacités décisionnelles, la connaissance actualisée des structures d'accueil disponibles, l'anticipation de la réaction des proches comme de l'intéressé à la mesure de protection et ou à l'entrée en institution, autant d'éléments qui nécessitent une élaboration complexe.

En amont, un éclairage suffisant peut permettre le renforcement de la solidarité familiale ; une décision prise trop rapidement et sans la connaissance systémique nécessaire peut au contraire pousser à l'éclatement des liens en privilégiant les tensions aux capacités de régulation, de médiation voire d'apaisement.

En aval la difficulté a disposer des temps et des ressources nécessaires à la formation et à la guidance des tuteurs familiaux, celle de mobiliser le greffe dans sa mission d'examen, d'analyse de guidance mais aussi de contrôle des comptes tenus lors d'une mesure de protection peuvent conduire à négliger des outils technologiques performants tels ceux de la CDC car le temps de l'exploitation manquera et des collaborations utiles comme celles du juge de proximité.

Pour toutes ces raisons et devant la montée chiffrée du nombre de mesures (qu'elles soient gérées par des familles ou par des professionnels) nous pensons inéluctable une évolution vers de véritables tribunaux des tutelles avec une création significative de postes de magistrats et de greffiers cette création étant actualisée tous les 2 ans compte tenu de l'évolution exponentielle des besoins.

Il s'agira aussi de prendre en compte la mise en place, comme pour les tribunaux pour enfants, de juges assesseurs, d'experts et d'un secrétariat suffisant afin de permettre aux magistrats des tutelles d'exercer leur mandat avec sérénité et une distanciation possible rendue nécessaire par l'acuité juridique et humaine des situations à traiter. C'est à ce seul prix que l'on évitera de reculer les échéances de caducité. C'est à ce seul prix qu'on évitera les impasses préludes à la découverte de situations aggravées parce que mal renseignées pour ceux qui en sont les garants. L'intelligence des prédateurs tout comme leur ingéniosité est d'ailleurs là pour nous appeler à un engagement citoyen sans faille.

► Le contrôle des comptes

Les mandataires doivent produire chaque année un rapport de gestion annuel afin de rendre compte de la façon dont ils se sont acquittés de leur mandat.

La mission de vérification de ces rapports de gestion incombe aux greffiers des tribunaux. Toutefois ces derniers ont indiqué ne pas être formés à ce contrôle ni d'ailleurs à une gestion que la loi définit comme devant être « prudente, diligente et avisée », s'agissant des fonds des majeurs protégés.

Les greffes ayant fait part de leurs difficultés, la Caisse des dépôts a développé un partenariat avec la Chancellerie afin de créer un outil informatique permettant de normaliser la constitution des rapports de gestion annuel et de faciliter le travail de contrôle des greffiers.

L'outil ainsi développé et qui a été expérimenté dans 4 sites d'expérimentation en France, fait l'objet d'un projet de généralisation voulue par la Chancellerie mais non encore mis en œuvre dans la mesure où les financements pour l'informatisation des greffes ne sont pas encore disponibles.

L'horizon de généralisation de cet outil se situe à la fin 2011 et sur l'année 2012.

L'intérêt de cet outil est qu'il comprend des points de contrôle et d'alerte.

En effet il propose :

- De l'aide au contrôle des comptes de gestion grâce à des tableaux comparatifs et des alertes sur écarts et sur seuils.
- Un allègement de la gestion administrative interne.
- Une fluidification des échanges entre juridictions et tuteurs.
- Une diminution des coûts postaux puisqu'il s'agit d'un outil dématérialisé.
- Une normalisation des formats d'échanges.
- Une harmonisation de bonnes pratiques sur le territoire national.
- Une automatisation de certains contrôles.

On ne peut que suggérer que cet outil, qui apporterait une aide conséquente à la fois aux tuteurs mais surtout aux greffes des tribunaux, soit mis en place dans les meilleurs délais afin d'apporter au principe du contrôle des comptes de gestion annuel, une réalité qui n'existe pas à l'heure actuelle. En effet la plupart des greffes des tribunaux n'ont soit, ni le temps, ni la compétence d'exercer un réel contrôle de ces comptes de gestion.

► L'immunité familiale

Il nous a été indiqué que les maltraitances financières étaient souvent faites par des proches, que l'acte était accompli avec d'autant plus de vigueur que deux éléments étaient réunis :

L'auteur est un membre de la famille couvert par son immunité pénale et d'autre part, il est lui-même le protecteur de la personne protégée. Il a donc d'une part tous les pouvoirs pour agir tranquillement en maquillant ses forfaits et il sait aussi que leur découverte éventuelle est sans conséquence à son égard car son statut de parent le met à l'abri de toute action pénale.

Les avocats sollicitent la rédaction d'un texte de droit pénal sur la levée de l'immunité familiale dès lors que l'auteur a agi dans le cadre d'une mission judiciaire ou conventionnelle.

► Le mandat de protection future

Il permet d'organiser à l'avance sa protection. C'est un contrat par lequel l'intéressé choisit celui ou celle qui sera chargé de s'occuper de ses affaires le jour où elle ne pourra plus le faire elle-même en raison de son âge ou de son état de santé.

- *Sous seing privé :*

3 rédactions sont possibles :

- a) la rédaction par la personne elle-même ;
- b) la rédaction par la personne elle-même sur consultation d'un professionnel du droit autre qu'un avocat ;
- c) la rédaction sur contre seing et par conséquent sur le conseil d'un avocat le mandat est limité à la gestion du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation.

Ce type de mandat de protection future ne fait l'objet d'aucun enregistrement ni de conservation.

Le juge des tutelles ou le procureur de la république **peuvent** visiter ou faire visiter les personnes protégées.

- *Notarié :*

Avantages de la forme authentique :

- l'acte est reçu par un notaire choisi par le mandant ;
- tant que le mandat n'a pas pris effet le mandant peut le modifier ou le révoquer avantages de cette forme ;
- pas de risque de perte accidentelle ;
- rôle de conseil et de suivi du notaire ;
- la forme authentique conditionne la protection la plus souple et efficace offerte par ce type de mandat ;
- la garantie de contrôle de gestion est exclusivement offerte de plein droit par le mandat notarié, le notaire rédacteur de l'acte étant ensuite chargé d'une saisine du juge des tutelles en cas d'anomalie.

Mais ni la loi ni le décret d'application n'ont institutionnalisé l'assurance responsabilité civile obligatoire qui devrait être le corollaire de la mission de protection du contrôle du patrimoine.

La problématique posée nous amène à recommander d'écarter l'acte sous seing privé qui ne présente aucune garantie d'enregistrement, de conservation et de mise en œuvre au moment opportun. Elle requiert des précisions complémentaires sur la mise en œuvre de la mission, le contrôle d'opportunité par le juge des tutelles prenant alors toute sa place après une évaluation complète de la situation et y compris celle de la moralité du mandataire et sa fiabilité.

De même il sera préconisé une institutionnalisation de l'assurance de responsabilité civile liée au mandat. Enfin elle nécessite une publicité suffisante ce qui ne semble pas être le cas aujourd'hui ; un rapprochement avec le notariat pourrait lever les ambiguïtés qui subsistent sur la responsabilité du notaire dans le suivi de mesures et les émoluments liés à l'élaboration du mandat et à son exécution

2-Le cadre financier

Le secteur bancaire : le devoir d'alerte, les conditions d'exercice de la vigilance et la formalisation des bonnes pratiques :

La loi de 2007 a défini de nouvelles règles en matière de tenue des comptes : c'est l'article 427 du titre premier modifiant le code civil qui précise les dispositions qui encadrent désormais les pratiques bancaires dans un objectif de transparence et de respect de la primauté des intérêts de la personne.

5 mesures impactent principalement la tenue des comptes des majeurs vulnérables :

- Il est désormais impossible depuis le 1^{er} janvier 2009 de modifier les comptes du majeur vulnérable ou d'en ouvrir dans un autre établissement sauf si l'intérêt du majeur le commande ou si le juge ou le conseil de famille l'autorise.
- Les capitaux liquides et l'excédent des revenus du majeur vulnérable devront obligatoirement, au-delà d'un seuil fixé par le juge ou le conseil de famille, être réemployés à son profit.
- Les fruits produits et les plus-values générés par les fonds qui appartiennent au majeur vulnérable lui sont exclusivement attribués.
- Le fonctionnement des comptes doit être totalement transparent (traçabilité de tous les mouvements en recettes et en dépenses).
- Tous les encaissements et les décaissements des opérations de gestion patrimoniale d'un majeur vulnérable doivent obligatoirement être domiciliés sur un compte ouvert à son nom (à l'exception des hôpitaux disposants d'un comptable public).

L'article 427 permet cependant un aménagement possible au principe du maintien des comptes dans l'établissement d'origine : si l'intérêt de la personne protégée le commande, le juge ou le conseil de famille peut autoriser la personne en charge de la protection à ouvrir un compte à la Caisse des dépôts.

Celle-ci intervient dans ce cadre par voie d'exception lorsque le juge estime qu'il n'y a pas d'autre solution.

Parmi les problématiques posées par la loi du 5 mars 2007 en matière bancaire, la plus importante semble être l'application du devoir d'alerte :

En effet, les responsabilités des tiers comme celles du teneur de compte qu'est le banquier sont énoncées à l'article 499 du code civil tel qu'il a été modifié par la loi de 2007.

Si le banquier n'est pas visé expressément par ces dispositions, la notion de tiers le désigne de façon implicite.

Cet article 499 du code civil prévoit que « les tiers peuvent informer le juge des actes ou omissions » du tuteur qui leur paraissent de nature à porter préjudice aux intérêts de la personne protégée.

Ils ne sont pas garants de l'emploi des capitaux. Toutefois si à l'occasion de cet emploi ils ont connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement l'intérêt de la personne protégée, ils sont tenus d'aviser le juge.

Si pas plus aujourd'hui qu'auparavant le banquier n'est garant des malversations commises sur les fonds du majeur par le tuteur, il a en revanche un devoir de signalement et de saisine du juge dès lors qu'il considérerait que le tuteur agit en compromettant manifestement l'intérêt de la personne protégée.

Il est donc permis de considérer que le teneur de compte qui manquerait à cette obligation de signalement des malversations verrait sa responsabilité engagée à l'égard du majeur vulnérable et de ses ayants droits.

Ces nouvelles dispositions confirment donc le caractère de plus en plus relatif du secret bancaire puisque lorsque l'intérêt du client l'exige, sa levée est devenue une obligation.

Toutefois, ce changement dans le secteur bancaire vis-à-vis de la levée du secret n'est pas considéré comme un sujet évident par les banquiers eux-mêmes qui se demandent jusqu'où aller dans leur devoir d'alerte sans que les personnes protégées ne ressentent une intrusion dans leur vie privée.

La vigilance des banques à l'égard des maltraitances financières ne s'exerce probablement pas de manière suffisamment attentive notamment si le banquier ne sait pas si la personne qui a son compte ouvert chez lui est entrée ou non en institution ou bien si une mesure de protection a été prise à son encontre.

A cet égard l'envoi des chèquiers et des cartes bleues à domicile ne permet pas de vérifier si le destinataire est bien le titulaire du compte.

Les banques sont prêtes à faire preuve de vigilance par rapport aux mandats délivrés et aux actes autorisés aux mandataires mais il ressort que si des contacts fréquents existent entre les banques et les juges des tutelles, les banquiers ont des problèmes pour obtenir des réponses rapides de la part des juges des tutelles.

Ils estiment que l'effectif de ces derniers est largement insuffisant et qu'il n'y a pas la réactivité suffisante à leurs demandes de validation de certains actes demandés par les mandataires et visant les comptes de personnes protégées.

Enfin on constate qu'il n'existe pas de formalisation de bonnes pratiques au sein des banques ou même au sein du secteur des assurances par rapport à l'application de la loi de 2007.

A l'instar de ce qui a été fait par la Caisse des dépôts qui a rédigé un protocole des services bancaires afin de garantir le même niveau de qualité que soit l'interlocuteur bancaire en relation avec la clientèle des majeurs protégés, des protocoles de bonnes pratiques vis-à-vis de cette clientèle très particulière seraient à développer au sein des banques, permettant d'accroître la vigilance de celles-ci vis-à-vis de potentielles maltraitances financières.

L'assurance vie :

La loi du 5 mars 2007 a défini de nouvelles règles en matière d'assurance vie.

Ces produits très répandus pour les placements à long terme présentaient des caractéristiques qui les rendaient dangereux pour les personnes vulnérables : le bénéficiaire désigné par le souscripteur pouvait accepter « cette désignation » et par cet acte formel bloquer toute possibilité pour le souscripteur, non seulement de changer de bénéficiaire mais aussi de décider de récupérer ses fonds.

Des abus ont été dénoncés par les familles découvrant souvent au décès du majeur, la souscription d'un contrat d'assurance vie au profit d'un tiers.

La souscription d'un contrat d'assurance vie est désormais placée « sous surveillance » par la production d'un nouvel article (L132-4-1) dans le code des assurances au terme duquel il résulte :

- La souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie sont désormais possible pour un majeur en tutelle avec autorisation du juge (ou du conseil de famille), pour un majeur en curatelle avec l'assistance du curateur.
- La désignation ou la substitution du bénéficiaire ne peuvent être accomplies pour un majeur en tutelle qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille et pour un majeur en curatelle qu'avec l'assistance du curateur.

Dans les deux hypothèses l'article L132-4-1 dispose que le curateur ou le tuteur ne pourra jamais être le bénéficiaire du contrat d'assurance sur la vie pour éviter toute opposition d'intérêts avec la personne protégée.

En outre, il est prévu que l'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance sur la vie conclu moins de 2 ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la curatelle ou de la tutelle du stipulant, peut être annulé, sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés.

En tout état de cause, toute personne protégée ou non, ayant souscrit un contrat d'assurance vie et désigné un bénéficiaire, devra donner son accord à l'acceptation du bénéfice du contrat par son bénéficiaire et pourra même en cas d'acceptation de ce dernier « racheter le contrat » c'est-à-dire récupérer les fonds sous réserve de l'accord du bénéficiaire.

En matière d'assurance vie et de ces nouvelles règles protectrices des personnes vulnérables, la notion d'âge (plus de 85 ans) qui a été définie comme déclenchant une vigilance particulière de la part des compagnies d'assurance, entre selon la HALDE en contradiction avec la liberté individuelle.

En effet l'engagement déontologique lié à l'assurance vie se traduit par une vérification du contexte dans lequel celle-ci est souscrite. Les compagnies d'assurance doivent prendre en compte les critères d'âge et de santé et sont tenues à un devoir de conseil particulier. C'est que la HALDE considère comme discriminatoire et ne pas devoir entrer en ligne de compte.

Toutefois la loi qui protège de façon spécifique les majeurs sous tutelle et curatelle a apporté un progrès sensible qui toutefois ne s'étend pas aux personnes âgées vulnérables qui ne bénéficient pas de mesures de protection et pour lesquelles seul un engagement déontologique de la part des compagnies d'assurance ou des banques peut jouer.

La gestion de fait et la sécurité des personnels :

Pourquoi parler à la fois de gestion de fait et de protection des salariés ? Tout d'abord parce que le personnel salarié souffre davantage d'un environnement de suspicion lié à la loi. Et de ce fait, il faut être extrêmement prudent quant à ce qui peut être dit en matière de gestion de fait.

Toutefois, force est de constater, et ceci ressort du témoignage d'un certain nombre de personnes auditées, que la signature de chèques pour le compte de personnes âgées en institution, notamment celles qui ne sont pas protégées, sans être monnaie courante, est constatée assez souvent pour avoir été signalée.

En effet qu'il s'agisse de payer les frais d'hébergement, de coiffeur, de pédicurie lorsque des personnes ne sont plus en capacité de signer leurs chèques mais qu'elles ne bénéficient d'aucune mesure de protection, des solutions sont alors trouvées localement.

La question qui se pose est de savoir pourquoi dans ce cadre il n'y a pas de signalement au procureur pour une mise sous protection.

Tout d'abord parce que si les revenus de la personne sont modiques, il peut être opposé un refus à cette demande de protection. Ensuite parce que la réaction du procureur peut être longue à venir et perçue comme une difficulté en termes de procédure. Il faut signaler également que les établissements ont des difficultés avec les tuteurs qui sont nombreux et peu disponibles.

Il a été suggéré que chaque établissement puisse avoir un interlocuteur identifié et notamment qu'il y ait une tutelle unique par établissement. En effet, les tutelles exercées par des personnes extérieures, que ce soient des mandataires judiciaires ou des associations tutélaires, voire également des tutelles familiales, représentent autant de manières de faire et donc d'ajustements à trouver pour les établissements accueillant des personnes âgées dépendantes.

S'il était possible de réduire ce nombre d'interlocuteurs cela permettrait probablement une meilleure fluidité en matière de protection.

Une action d'information sur ce qui pourrait être mis en place de façon simple pour éviter que les personnels exerçant en institution se trouvent accusés de gestion de fait serait de diffuser largement une information sur la possibilité de saisir le parquet pour une sauvegarde de justice avec mise en place d'une mesure ponctuelle comme par exemple un virement mensuel pour payer les frais d'hébergement de la personne.

La connaissance du sur mesure que permet la loi est à développer absolument même si le risque est faible de maltraitance financière en institution, ce que semble montrer les quelques éléments chiffrés existants. Il n'en demeure pas moins que la protection des personnels qui y exercent, et qui peuvent se trouver confrontés à des situations difficiles, passe par une meilleure information pour elles de la notion de maltraitance financière qui reste encore insuffisamment claire.

Notamment, la frontière entre l'autorisé et l'interdit devrait être clarifiée. On devrait également développer l'évaluation des risques et la connaissance de signaux par rapport à la maltraitance financière. Savoir qui gère l'argent de la personne vulnérable, savoir également s'il y avait cohabitation de cette personne avec un membre de sa famille, sont autant d'éléments qui mis bout à bout peuvent éveiller la vigilance quant à une possible maltraitance financière.

Celle-ci commencée au domicile peut en effet se poursuivre alors même que la personne est en institution.

IV- Synthèse analytique et propositions

1- Synthèse analytique

- ▶ L'approche pluri-professionnelle par la mise en place de lieux d'analyse multidisciplinaire d'évaluation des situations complexes, permettrait de mieux appréhender les situations de maltraitance financière.
- ▶ Bien savoir ce que chacun peut attendre des autres professionnels permettrait probablement une meilleure mise en œuvre de la loi du 5 mars 2007.
- ▶ Des formations continues offertes à un public diversifié (magistrats, mandataires, directeurs...) permettraient une réactualisation du socle des connaissances et des échanges de pratiques.
- ▶ L'ENM pourrait organiser dans le cadre de sessions de préparation aux premières fonctions, un temps de formation sur le thème de la maltraitance financière des personnes âgées.
- ▶ L'organisation de formations régulières à l'échelon local par des mandataires judiciaires par exemple, avec une supervision par le juge des tutelles et le greffier en chef pour les mandataires familiaux.
- ▶ Des opuscules du style questions/réponses devraient être systématiquement distribués aux mandataires familiaux.
- ▶ Désigner un référent juridique pour les mandataires familiaux, par exemple dans les maisons de justice, auquel s'adresser lorsqu'ils s'interrogent sur les actions qu'ils envisagent dans le cadre de leur mandat.
- ▶ Etendre l'expérience d'aide aux tuteurs familiaux avec des aidants qui n'ont pas pu être désignés comme mandataires judiciaires mais dont les compétences permettent de penser qu'ils peuvent être des aidants pour les mandataires familiaux.
- ▶ Instaurer une assurance obligatoire des mandataires familiaux pour les couvrir des erreurs éventuelles qu'ils pourraient commettre dans l'exercice de leur mandat.
- ▶ Limiter le nombre de personnes confiées à chaque mandataire.
- ▶ Organiser des formations à la reddition des comptes pour les mandataires familiaux mais aussi pour les professionnels et les greffiers.
- ▶ Sensibiliser les médecins agréés sur le caractère exceptionnel de la dispense d'audition.
- ▶ Former les médecins sur le contenu des mesures de protection et sur leur graduation.
- ▶ Organiser des rencontres entre les médecins agréés, les juges des tutelles, les avocats, afin qu'il puisse y avoir des échanges sur les pratiques et un dialogue sur ce que les uns et les autres attendent de leurs interlocuteurs.

- ▶ Délivrer une information ciblée aux médecins lors de leur inscription sur la liste des médecins agréés par le procureur de la République.
- ▶ La formation au repérage des facteurs de risque et à l'identification de la fragilité des personnes, permet de mettre en évidence des risques de maltraitance financière et de mieux les prévenir.
- ▶ Création d'une équipe mobile au sein d'institutions, lieu de parole sur la maltraitance et relais avec des personnes ressources.
- ▶ Un petit guide de repères sur la maltraitance.
- ▶ Des audits croisés entre structures sur les pratiques.
- ▶ Formation des professionnels aux règles de la responsabilité civile en droit français.
- ▶ Des actions de sensibilisation du grand public sur 3 sujets :
 - Développer une éducation à la protection avec un parallèle que l'on peut établir avec des enjeux de santé publique comme l'éducation thérapeutique.
 - Inciter à la vigilance à l'égard de l'existence et des formes de maltraitance financière envers les personnes vulnérables à domicile et en établissement avec rappel du cadre de la loi et des sanctions pénales.
 - Informer sur le mandat de protection future.
- ▶ Mise en place par la DGAS d'actions visant à informer les usagers, notamment par le biais du site du ministère des solidarités et de la cohésion sociale.
- ▶ Actions de communication afin notamment de rassurer sur les conséquences d'un signalement de maltraitance.
- ▶ Mener une action au niveau des collèges et lycées qui informeraient les jeunes sur la façon dont il est possible de porter plainte dans la mesure où il semble important que la sensibilisation à la maltraitance des personnes âgées commence le plus tôt possible.
- ▶ Développement au sein des banques de protocoles de bonnes pratiques vis-à-vis de cette clientèle très particulière que sont les majeurs protégés et vulnérables.
- ▶ Mise en place de l'outil informatisé développé par la Caisse des dépôts dans les meilleurs délais, pour apporter une aide conséquente à la fois aux tuteurs mais surtout aux greffes des tribunaux.
- ▶ Proposition d'audit juridique civil. Cet audit personnel, familial et patrimonial consiste en la description de la situation de la personne au moment de la requête :
 - Statut matrimonial et patrimonial ;
 - Situation fiscale d'ensemble ;
 - Logement ;
 - Travail et droit à la retraite ;
 - Placements financiers, relations bancaires ;
 - Droit de la consommation et crédit en cours, endettement, assurances ;
 - Cette proposition, aurait le mérite de mettre à la disposition du juge des tutelles, un nombre important d'éléments nécessaires au choix et à l'élaboration de la mesure adaptée et convenant à un moment donné à une personne âgée en perte d'autonomie.

- ▶ Revenir à l'ancienne forme du certificat médical, plus circonstancié que l'actuelle grille.
- ▶ Elargir le nombre et la qualification des experts auprès du juge des tutelles pour intégrer, à coté de l'examen médical portant regard sur les capacités décisionnelles restantes, un examen psycho social du contexte environnemental.
- ▶ Le modèle conceptuel et les instruments empiriques d'évaluation des capacités, élaborés par des chercheurs américains, mériteraient sans doute d'être testés et discutés.
- ▶ Evolution vers de véritables tribunaux des tutelles avec une création significative de postes de magistrats et de greffiers, cette création étant actualisée tous les 2 ans, compte tenu de l'évolution exponentielle des besoins.
- ▶ Rédaction d'un texte de droit pénal sur la levée de l'immunité familiale dès lors que l'auteur a agi dans le cadre d'une mission judiciaire ou conventionnelle.
- ▶ Ecarter pour le mandat de protection future l'acte sous seing privé.

2- Propositions

A/ Connaissance de la loi

I – Former

- 1 - Formation sans délai de tous les professionnels concernés, initiale, continue, formation professionnelle ;
- 2 - Émission des directives administratives pour tous les acteurs de terrain ;
- 3 - Formation des mandataires familiaux :
 - Instaurer une assurance obligatoire pour les mandataires familiaux ;
 - Distribuer systématiquement des opuscules questions/réponses aux mandataires familiaux ;
 - Organiser des formations à la reddition de comptes pour les mandataires familiaux ;
 - Désigner un référent juridique pour les mandataires familiaux.

II - Les conditions de la formation

- 4 - Elle doit être obligatoire dans un délai strictement limité avec un nombre de places conforme ;
- 5 - Elle doit être pluridisciplinaire et encourager l'échange des pratiques.

III - L'information des publics

- 6 - Les professionnels, administrations, le milieu associatif et commercial sont tenus d'informer les usagers et leur famille.

B / La personne à protéger

Il est proposé de :

- 7 - Déceler en amont la fragilité ;
- 8 - Rédiger une déontologie multi-professionnelle de la personne à protéger ;
- 9 - Réaliser à la première alerte (déménagement, changement contraint d'institution, chutes à répétition, alerte surendettement, pension non réglées, hospitalisation...) un audit pluridisciplinaire ;
- 10 - Privilégier l'accompagnement médico-social pour compenser la fragilité ;
- 11 – Réformer le certificat médical, le mode d'agrément, tarif et prise en charge et de sensibiliser les médecins agréés sur le caractère exceptionnel de la dispense d'audition ;
- 12 - Diversifier les publics d'experts, les champs et les outils d'expertise vers une évaluation medico psycho sociale et environnementale ;
- 13 - Instituer une sauvegarde simple en établissement pour annuler les tutelles de fait et soulager les services de tutelle ;
- 14 - Émettre une recommandation claire ou de légiférer sur les conflits d'intérêts ;
- 15 - Rendre obligatoire la réalisation d'un inventaire sauvegardé des biens à l'entrée en institution, son actualisation régulière et la sauvegarde personnalisée des biens au décès avec contrôle d'inventaire.

C / Le cadre de l'application de la loi

Il est proposé :

- 16 - Que le mandat de protection future soit désormais uniquement sous forme authentique ainsi qu'un contrôle élargi de l'opportunité du déclenchement par le juge des tutelles ; mise en place obligatoire d'une assurance responsabilité civile si persistance du sous seing ;
- 17 - Que les institutions bancaires s'obligent au devoir d'alerte et surmontent leur phobie du secret ;
- 18 - De mettre sous observation le régime d'assurance vie (contrat tardif, bénéficiaires) ;
- 19 - De limiter impérativement à 50 le nombre de mesures de protection par mandataire et de veiller à l'application de cette mesure ;
- 20 - De mettre en place un système de contrôle et d'évaluation de l'action des mandataires auprès de leurs "protégés" en institution ;
- 21 - De légiférer sur l'immunité familiale pour en atténuer l'effet d'encouragement à spolier ;

22 - D'observer et mesurer de façon exhaustive et détaillée les actes de malversation financière ;

23 - De constituer un tribunal des tutelles, avec ses juges, greffiers, son secrétariat et des moyens diversifiés et adaptés à la mission, à ses complexités et à ses évolutions prévisibles, notamment aux nouveaux délits constatés, et de mettre en place l'outil informatisé, développé par la CDC dans les meilleurs délais pour apporter une aide signifiante à la fois aux tuteurs mais surtout au greffe des tribunaux ;

24 - D'instituer un groupe de travail permanent auprès de la Médiature sur ce sujet dans le court et moyen terme ;

25 - De renouveler cette mission dans cinq ans.

CONCLUSION

Nous empruntons au professeur Philippe Malaurie la conclusion de ce rapport :

« Or nous vivons dans une société où la technique, notamment juridique, prend une importance démesurée, où elle devient déifiée, un nouveau type d'angélisme, celui de la technique juridique alors que la technique, même juridique, n'est en elle-même qu'une force aveugle et brute. »

Notre société entend pourtant rester fidèle à son humanisme en affirmant fortement au-delà de toute technique le respect de la dignité humaine : même déchu, vieilli, moribond ou misérable, l'être humain a une transcendance dans son identité et sa condition corporelle, spirituelle et sociale. »

SOMMAIRE DES ANNEXES

Annexe I : Lettre de mission	45
Annexe II : Questionnaire et lettre d'accompagnement	47
Annexe III : Index complet des personnes interrogées et personnes ressources	50
Annexe IV : Article du Professeur Philippe Malaurie : « <i>Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés</i> »	55
Annexe V : Contribution de Madame Karine Lefeuvre-Darnajou, Professeur à l'Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique	59
Annexe VI : Contribution de Monsieur Hervé Machi, Secrétaire général de la MIVILUDES	62
Annexe VII : Article de Madame Stéphanie Kass-Danno, Juge des tutelles au tribunal d'instance de Courbevoie : « <i>La réforme des régimes de protection des majeurs : le regard d'un juge des tutelles</i> »	67
Annexe VIII : Grille individuelle d'évaluation du niveau de fragilité proposée par le GTR Bien Vieillir du PRSP et le réseau RÉGéCA de Champagne-Ardenne	77



Paris, le 15 SEP. 2010

Monsieur Alain KOSKAS
Président du Conseil scientifique de la Fédération
Internationale des Associations de Personnes Agées

Copie à :

Madame Véronique DESJARDINS
Directrice de groupe hospitalier à l'AP-HP

Monsieur Jean-Pierre MÉDIONI
Directeur d'EPHAD

Monsieur le Président,

La Fédération internationale des associations de personnes âgées (Fiapa) a récemment appelé à une prise de conscience de la maltraitance financière exercée à l'égard des personnes âgées, qui reste encore sous-estimée dans notre pays. Les évolutions démographiques et l'accroissement du nombre de personnes âgées, parfois fragilisées par une maladie neuro-dégénérative, risquent d'entraîner une accentuation de ce phénomène dans les prochaines années.

Certes, notre droit envisage depuis longtemps les abus pratiqués à l'égard des personnes d'une particulière vulnérabilité, et, récemment, la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a innové en vue d'un meilleur traitement de ce phénomène, notamment par la création du mandat de protection future.

Néanmoins, ce phénomène ne se limite pas, loin de là, aux personnes protégées. Il s'observe même au sein des établissements accueillant des personnes âgées jouissant de leur pleine capacité juridique, même si cette question est encore mal connue et mesurée. La notion de maltraitance financière désigne ici les pratiques, actives ou passives, individuelles ou collectives, exercées par l'ensemble des acteurs : les proches des résidents, le personnel de l'établissement, les autres résidents et les tiers.

C'est la raison pour laquelle je souhaite vous confier la responsabilité de conduire une mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, qui envisagera l'ensemble des résidents, qu'ils fassent, ou non, l'objet d'une mesure de protection.

Vous dresserez dans un premier temps un état des lieux des problèmes rencontrés (abus de confiance, procurations frauduleuses, détournements de fonds, achats ou ventes forcées de biens, prêts abusifs, détournements d'héritage, vols simples ou aggravés etc.) en tentant de mieux appréhender la notion de maltraitance financière d'un point de vue statistique, en lien avec l'Observatoire de la Délinquance.

Vous étudierez ensuite les conditions dans lesquelles sont prévenues, dépistées et sanctionnées ces pratiques délictueuses, au regard des dispositions juridiques existantes et envisagerez les pistes d'amélioration possible.

Vous mettrez en évidence les obstacles de toute nature à la bonne application des textes existants et étudierez le niveau d'application des préconisations et des bonnes pratiques reconnues par les professionnels sur ce thème (rapport Daphné notamment).

S'agissant des personnes âgées faisant l'objet d'une mesure de protection, il y aura lieu d'examiner si les premiers effets de l'application de la loi de 2007 dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux sont à la hauteur des attentes du législateur.

S'agissant des personnes âgées non visées par une mesure de protection, vous relèverez les anomalies les plus fréquemment constatées (modalités de suivi des comptes bancaires, gestion de l'argent de poche, pratique des procurations, etc.) et pointerez les conditions dans lesquelles le personnel des établissements peut être amené à leur porter assistance dans la gestion de leur budget et patrimoine, dans des conditions juridiques parfois inadéquates (tutelle de fait).

Au premier chef centrés sur les usagers, vos travaux devront néanmoins envisager le moyen d'assurer une plus grande sécurité juridique du personnel des établissements, dans leurs rapports quotidiens avec eux.

En tant que référence en matière de gérontologie, vous êtes particulièrement légitime à mener à bien cette mission que je vous remercie d'avoir acceptée. Vous la conduirez avec le concours de Madame Véronique DESJARDINS, directrice de groupe hospitalier à l'AP-HP et de Monsieur Jean Pierre MÉDIONI, Directeur de la résidence ORPEA de Montchenot, qui, l'un et l'autre, possèdent une expérience particulièrement reconnue sur ces sujets.

Je vous invite à associer également les différents acteurs du monde des établissements pour personnes âgées ainsi que les personnes susceptibles d'apporter un éclairage utile sur ce sujet, en particulier les responsables d'administration, de centres de formation, de départements d'accueil et de soins concernés, de représentants d'associations de personnes âgées et d'aidants, des professionnels chargés de la mise en œuvre des dispositifs de protection et de ceux habilités à recevoir les signalements et les plaintes.

Vous bénéficierez de l'appui logistique de la Médiature pour la bonne conduite de votre mission. Celle-ci ne donnera pas lieu à rémunération, cependant vos frais éventuels pourront faire l'objet d'un défraiement.

Il me serait agréable de disposer d'un pré-rapport au plus tard le 31 décembre 2010. Je vous serais reconnaissant de bien vouloir me remettre vos conclusions et recommandations définitives au plus tard le 31 janvier 2011.

Le rapport que vous me remettrez sera la propriété du Médiateur de la République.

En vous remerciant par avance pour votre collaboration, je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération distinguée.



Jean-Paul DELEVOYE

Annexe II : Questionnaire et lettre d'accompagnement



.....
.....

Paris, le

.....,

La Fédération internationale des associations de personnes âgées (Fiapa) a récemment appelé à une prise de conscience de la maltraitance financière exercée à l'égard des personnes âgées, qui reste encore sous-estimée dans notre pays. Les évolutions démographiques et l'accroissement du nombre de personnes âgées, parfois fragilisées par une maladie neurodégénérative, risquent d'entraîner une accentuation de ce phénomène dans les prochaines années.

Certes, notre droit envisage depuis longtemps les abus à l'égard des personnes vulnérables, et récemment la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a innové en vue d'un meilleur traitement de ce phénomène. Néanmoins, la maltraitance financière ne se limite pas aux personnes protégées. En outre, elle s'observe aussi au sein d'établissements accueillant des personnes âgées, même si ce sujet est encore mal connu et mesuré.

C'est pourquoi j'ai demandé à Madame Véronique DESJARDINS, directrice d'hôpital à l'AP-HP, à Monsieur Alain KOSKAS, président du Conseil scientifique de la Fiapa et à Monsieur Jean-Pierre MÉDIONI, directeur d'EPHAD, de mener une mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux.

L'objet de la mission est de dresser dans un premier temps un état des lieux des problèmes rencontrés en tentant de mieux appréhender la notion de maltraitance financière d'un point de vue statistique. Seront également examinées les conditions dans lesquelles le personnel des établissements peut être amené à porter assistance aux résidents dans la gestion de leur budget et de leur patrimoine, dans des conditions juridiques parfois inadéquates.

Cette mission s'attachera ensuite à examiner les conditions, notamment juridiques, dans lesquelles sont prévenues, dépistées et sanctionnées ces pratiques au regard des dispositions juridiques existantes et des bonnes pratiques, afin d'envisager les pistes d'amélioration possible.

Les différents acteurs du monde des établissements pour personnes âgées seront associés à la réflexion, ainsi que les responsables d'administrations, de centres de formation, de départements d'accueil et de soins concernés, les représentants d'associations de personnes âgées et d'aidants, les professionnels chargés de la mise en œuvre des dispositifs de protection et ceux habilités à recevoir les signalements et les plaintes.

Dans le cadre de cette mission, je vous invite à participer à une réunion qui se tiendra à la Médiature de la République le 2010 de H àH au 7, rue Saint-Florentin à Paris.

Cette réunion d'audition, qui sera présidée par les personnes missionnées, aura pour objet de recueillir les observations des personnalités invitées suivantes :

Je vous saurais également gré de porter toute votre attention au questionnaire ci-joint élaboré par Monsieur Alain KOSKAS, qui servira de trame à cette réunion et que vous avez la possibilité de nous retourner, accompagné de vos observations, au plus tard le 30 novembre 2010 à la même adresse.

En vous remerciant par avance pour votre collaboration, je vous prie d'agréer,, l'expression de ma considération distinguée.

Jean-Paul DELEVOYE

Questionnaire à compléter à l'attention de Monsieur Alain KOSKAS

Ce questionnaire est l'un des outils retenus par la mission de la Médiature de la République pour conduire ses investigations au regard de la maltraitance des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, qui envisage l'ensemble des résidents, qu'ils fassent, ou non, l'objet d'une mesure de protection au regard de la loi de 2007.

Il convient de le renseigner au vu et selon les modalités de votre champ d'action personnel dans ce domaine.

Rappel des mesures d'accompagnement et de protection :

- Accompagnement social personnalisé
 - Accompagnement judiciaire
 - Sauvegarde de justice
 - Curatelle
 - Tutelle
- Sans oublier le mandat de protection future

1 - Veuillez préciser à quel titre et selon quelles modalités vous intervenez dans la protection des personnes majeures, de façon individuelle ou statutaire, fonctionnelle ou opérationnelle

2 - Quelles dispositions de cette loi concernent plus particulièrement vos responsabilités ou vos préoccupations ?

3 - Quelles connaissances avez-vous des domaines de maltraitance financière dirigées vers les personnes âgées ?

4 - Quelles mesures avez-vous prises (ou prendrez-vous) pour rendre effective dans vos services et/ou votre pratique, l'application de la loi ?

5 - A cette occasion, des obstacles ou des incompréhensions ont-ils pu freiner l'application de cette loi ? Veuillez dresser ici une liste des principales difficultés rencontrées.

6 - Si vous êtes à un poste qui vous l'autorise ou vous le permet, pouvez-vous lister puis quantifier les délits constatés : abus de confiance, procuration frauduleuse, détournements de fonds, achats ou ventes forcés, prêts abusifs, détournements d'héritages, vols simples ou aggravés, abus de faiblesse, etc.

7 - Etes-vous à l'origine ou connaissez-vous des mesures particulières permettant de lever un ou plusieurs obstacles à la bonne application de la loi : directives, formations, accompagnement...

8 - Les personnels sont en rapport quotidien avec des personnes âgées fragiles ou fragilisées. Que proposez-vous pour leur assurer une plus grande sécurité juridique ? Avez-vous expérimenté ces mesures ? (que les personnes bénéficient ou non d'une mesure de protection légale).

9 - Comment concilier selon vous la nécessaire prise en compte de la fragilité des personnes confiées (à un professionnel, un service, une association, un établissement) et le fait qu'ils ne bénéficient (par choix ou autre raison invoquée) d'aucune mesure de protection ? Et, plus généralement, comment valider la fragilité, comment élargir la prise de décision, comment protéger les personnes concernées ?

10 - Au regard de votre expérience et de votre pratique, quelles conclusions et propositions souhaiteriez vous adresser au Médiateur de la République afin de mieux lutter contre les maltraitances financières ?

Répondre aux questions :

Ces questions ne sont pas intrusives : elles ont pour unique but de progresser dans la bonne application de la loi et l'implication de ses acteurs.

Il suffit de répondre en indiquant le numéro de la question.

Il est tout-à-fait loisible de se laisser aller à des commentaires suscités par les questions soulevées, voire même de proposer d'autres personnes ou services à questionner.

Enfin, il est possible de compléter cette rédaction par un entretien avec l'un des membres de la mission.

Pour faciliter le travail administratif inhérent à la partie de l'enquête faite par questionnaire, merci de répondre par texte joint à un e-mail adressé à la personne chargée du dossier à la Médiature de la République.

Alain KOSKAS

Annexe III : Index complet des personnes interrogées et personnes ressources

ANESM

Monsieur Didier CHARLANNE

Directeur de l'Agence nationale de l'évaluation sociale et médico-sociale (ANESM)

Madame Aline MÉTAIS

Chef de projet à l'Agence nationale de l'évaluation sociale et médico-sociale (ANESM)

Ministère des Solidarités et de la Cohésion sociale

Monsieur Daniel ANGHELOU

Direction générale de la cohésion sociale - Chef du Bureau de la protection des personnes

Madame Anne GARREC

Direction générale de la cohésion sociale - Bureau de la protection des personnes

Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé

Madame Sandrine PERROT

Direction générale de l'offre de soins (DGOS) - Mission usagers

CNSA

Madame Evelyne SYLVAIN

Directrice des établissements et services médico-sociaux à la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA)

Ministère de la justice et des libertés

Madame Pauline JOLIVET

Direction des affaires civiles et du sceau - Bureau du droit des personnes et de la famille

INAVEM

Madame Sabrina BELLUCCI

Directrice de l'Institut national d'aide aux victimes et de médiation (INAVEM)

Mairie de Paris

Madame Marie-Josselyne HÉRAULT

Direction de l'action sociale, de l'enfance et de la santé (DASES) - Chargée de mission

Conseil Supérieur du Notariat

Maître Bruno DELABRE,

Vice-président représentant le Conseil supérieur du Notariat

Avocats spécialisés en droit de la famille

Maître Florence FRESNEL

Avocat au Barreau de Paris

Maître Marie-Hélène ISERN-RÉAL

Avocat au Barreau de Paris

ANJI

Madame Stéphanie KASS-DANNO

Présidente de l'Association nationale des juges des tutelles (ANJI)

MIVILUDES

Monsieur Hervé MACHI

Magistrat - Secrétaire général de la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES)

Monsieur Samir KHALFAOUI

Conseiller « santé » à la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES)

OND

Monsieur Christophe SOULLEZ

Directeur de l'Observatoire national de la délinquance (OND)

Représentants d'établissements d'enseignement

Madame Nicole COMBOT

Magistrat chargée de la formation continue à l'École nationale de la magistrature (ENM)

Madame Stéphane HODARA-DUPOUY

Magistrat chargée de la formation initiale à l'École nationale de la magistrature (ENM)

Chef d'escadron Géry INBONA

Ecole des officiers de la gendarmerie nationale

Madame Karine LEFEUVRE DARNAJOU

Professeur à l'École des hautes études en santé publique (EHESP)

UNAF

Madame Agnès BROUSSE-PROUST

Responsable du service évaluation et développement des activités à l'Union nationale des associations familiales (UNAF)

ALMA-France

Professeur Robert MOULIAS

Président de la Fondation ALMA FRANCE

AFBAH

Madame Catherine MAURY

Directrice de l'Association francilienne pour la bientraitance des aînés et des handicapés

Association des petits frères des Pauvres

Monsieur Dominique GASTON-RAOUL

Association des petits frères des Pauvres - Chargé de mission « lutte contre la maltraitance »

Autres associations d'usagers et de familles

Docteur Bernard DUPORTET

Président de l'Association française pour la bientraitance des aînés et/ou handicapés

Monsieur André GUIBON

Administrateur de la Fédération nationale des aînés ruraux (FNAR)

Madame Charlotte GUILLAUMIN

Union nationale des associations France-Alzheimer - Chargée du suivi des politiques publiques

Organisations d'établissements accueillant des personnes âgées

Monsieur Michel COUHERT

Directeur de la stratégie, des affaires économiques et réglementaires à la Fédération de l'hospitalisation privée (FHP)

Monsieur Antoine FRAYSSE

Responsable du Pôle Médico-social du Syndicat national des établissements et résidences pour personnes âgées (SYNERPA)

Madame Annabelle MALNOU

Fédération Hospitalière de France (FHF) – Pôle organisation sanitaire et médico-sociale

Monsieur Federico PALERMITI

Directeur du service médico-social de la Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne (FEHAP)

Madame Florence LEDUC

Directrice de la formation et de la vie associative à la Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne (FEHAP)

Madame Marie STEHLY

Responsable des Relations Institutionnelles à la Fédération nationale avenir et qualité de vie des personnes âgées (FNAQPA)

Croix-Rouge française

Monsieur Nicolas CHOUTET

Croix-Rouge française - Délégué national, filières sanitaire et personnes âgées

Mademoiselle Marie-Cécile DUVERT,
Croix-Rouge française - Filières personnes âgées / sanitaire

Mademoiselle Alice MULLER
Croix-Rouge française - Pôle qualité, gestion des risques et bientraitance

Groupe KORIAN

Madame Dominique MONGIN
Directrice régionale adjointe du Groupe KORIAN

Madame Patricia HALL
Groupe KORIAN

Groupe ORPEA

Docteur Linda BENATTAR
Directrice Médicale d'ORPEA/CLINEA

Organisations de directeurs d'établissements pour personnes âgées

Monsieur Romain GIZOLME
Association des directeurs au service des personnes âgées – AD-PA

Madame Françoise TOURSIERE
Directeur de la Fédération nationale des associations de directeurs d'établissements et services pour personnes âgées (FNADEPA)

Organisations de mandataires judiciaires à la protection des majeurs

Monsieur Jean-Pierre PERPOIL
Président de l'Association nationale des mandataires à la protection judiciaire des majeurs

Organisations de médecins experts

Docteur Catherine WONG
Psychiatre - Présidente du Collège des médecins experts pour la protection des majeurs (CMEPM)

Fédération française des sociétés d'assurances

Madame Sylvie GAUTHERIN
Sous Directeur à la Direction des assurances de personnes de la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA)

Fédération française des banques

Madame Annie BAC
Directrice juridique de la Fédération française des banques (FFB)

Caisse des Dépôts

Madame Hélène BÉRENGUIER

Caisse des Dépôts - Direction des services bancaires - Département des clientèles

Responsables de centres de jour

Madame Maïté BUET

Directrice du Centre de Jour de l'Étimoë

Docteur Marc COHEN

Médecin Expert - Centre de Santé Elio Habib - CMS OSE

Madame Christine LEBÉE

Responsable du Point Paris Emeraude 18e

Personnalités qualifiées

Professeur François BLANCHARD

Pôle Neurologie Gériatrie - Hôpital Sébastopol – CHU de Reims

Monsieur Xavier DOUSSEAU

Directeur de l'Établissement Public de Santé Mentale de la Marne (Chalons-en-Champagne)

Professeur Alain FRANCO

Professeur de Médecine interne et de Gériatrie à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

Monsieur Fabrice GZIL

Responsable du Pôle Etudes et Recherches - Fondation Médéric Alzheimer

Professeur Claude JEANDEL

Secrétaire général adjoint de la Société Française de Gériatrie et Gérontologie

Adjudant François JEANSON

Gendarmerie Nationale / Reims

Professeur Philippe MALAURIE

Professeur émérite à l'Université du Panthéon-Assas

Monsieur Didier MARTZ

Professeur de philosophie à l'Université de Reims

Madame Isabella MORONNE

Neuropsychologue - CHU de REIMS

Professeur Jean-Luc NOVELLA

Service de Médecine Interne et Gériatrie Clinique - Hôpital Sébastopol – CHU de Reims

Major ORMANCEY

Gendarmerie Nationale / Reims

Maître Sabine WILLAUME

Notaire à Reims

La Semaine Juridique Edition Générale n° 16, 19 Avril 2010, 431

Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés

Aperçu rapide par Philippe Malaurie
Professeur émérite à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Majeurs protégés

La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs est applicable depuis le 1er janvier 2009. - Malgré le souffle humaniste qui l'inspire, la protection du faible que la vie a broyé, la loi comporte de nombreux vices techniques. - En outre, cette loi bavarde affirme avec emphase de grands principes jusqu'alors bien vivants, bien que non écrits. -

Sommaire

Ndlr : Ce libres propos a pour origine une allocution prononcée lors du colloque « Réforme juridique des majeurs : quels enjeux pour le département ? » (Angers, 24/25 mars)

Depuis quelque temps, la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (L. n° 2007-308 : Journal Officiel 7 Mars 2007) s'inscrit à l'ordre du jour de plusieurs colloques universitaires ou para-universitaires, où apparaissent, de manière un peu inattendue, deux de ses caractères, caractères devenus courants dans notre droit contemporain, à la fois des vertus et des vices, des vertus indivisibles des vices ; - une contradiction constante chez les hommes et dans le droit - : l'erreur contient toujours une part de vérité et la vérité comporte toujours des effets pervers ; de même, le mal est l'ombre du bien (et réciproquement) : le droit, comme la pensée, est depuis toujours fait d'antagonismes, des antagonismes complémentaires, maintenant plus que jamais. Deux données, deux vertus et deux vices caractérisent donc le nouveau droit des majeurs protégés : la complexité et la technicité.

D'abord la complexité, très marquée dans les procédés qu'utilise maintenant le droit des majeurs protégés, complexité qu'accuse sa « surjuridicisation » : de plus en plus de droit, de plus en plus d'institutions (en plus de la tutelle et de la curatelle, vieilles comme le droit romain, la sauvegarde de justice créée en 1968, les nouvelles mesures d'accompagnement social personnalisé et les mesures d'accompagnement judiciaire inventées en 2007 ; en plus des tuteurs et des curateurs, les nouveaux mandataires judiciaires à la protection des majeurs). De plus en plus de droit, et sans doute, cette « surjuridicisation » est-elle une forme de pouvoir nécessaire dans une société de plus en plus compliquée et qui perd un peu ses repères. Moins on a le temps de penser, plus une société est compliquée, moins elle a de repères, plus elle a besoin de droit. Mais en se compliquant, la règle de droit risque de méconnaître une des exigences fondamentales du droit : son intelligibilité et sa simplicité, l'une étant liée à l'autre.

Et, s'ajoutant à la complexité, la technicité, sans doute aussi une nécessité dans notre société de plus en plus dominée par la technique, mais qui risque de masquer les réalités anthropologiques fondamentales de la condition des majeurs protégés : la faiblesse de ceux que la vie a fragilisés, avec ses deux facettes : ceux qui la protègent généralement - mais non toujours - l'honneur du droit ; ceux qui l'exploitent - les aigrefins, les cupides et les exploiters. Grandeur et misère de la faiblesse humaine, plus souvent la misère que la grandeur, une autre antinomie fondamentale du droit, elle aussi très perceptible dans le droit des majeurs protégés où le meilleur n'empêche pas le mauvais.

1. 1. Complexité

La première impression qu'ont donnée ces tout récents colloques sur la loi de 2007 constituant un fidèle miroir de la loi, c'est la complexité : complexité du droit (civil, procédure civile, loi, décrets d'application, pas encore jurisprudence, mais elle viendra bientôt), complexité des questions posées (définitions de l'altération des facultés et des actes d'administration et de disposition, offices respectifs du juge et du parquet, rôle du médecin, durée des mesures, distinction de la personne et de ses biens, distinction de la santé et du patrimoine, régime des nullités, prescription, etc.), complexité des personnes protégées - celles que la loi protège (polymorphisme de l'aliénation mentale, progressivité de l'altération des facultés, formes variées de la dépendance - sans compter les différences entre les riches et les pauvres, ceux que la famille aimante protège ou ceux que la famille cupide dépouille, ceux qui sont abandonnés et isolés - et la complexité aussi des acteurs de la protection (tuteurs, curateurs, conjoint, mandataires professionnels, médecins, soignants, personnel administratif, banque, etc.). Cette complexité est sans doute une nécessité qui imposent les temps et la nature des choses mais sûrement pas un compliment : Montesquieu voyait dans la complication des lois un des plus graves vices de l'art législatif « les lois ne doivent pas être subtiles : elles sont faites pour des gens de médiocre entendement » (*L'esprit des lois*, L. XXIX, chr. 16).

L'an dernier, à l'Université de Lyon III, j'avais entendu, à côté des analyses de juristes, le témoignage de directeurs (en fait, des directrices) des maisons de retraite à l'occasion d'un colloque sur le Grand âge et ces témoignages étaient d'une grande clarté et d'une grande simplicité (V. Ph. Malaurie, *Le grand âge*, Defrénois, 2009, p. 220). Cette année, il y a une quinzaine de jours, le 9 mars dernier, la Faculté de droit de Nantes a organisé un autre colloque sur « Le mandat, un contrat en crise ? ». J'y étais intervenu en exposant « Le mandat en droit des personnes », avec, bien entendu, des développements sur les majeurs protégés, car la représentation par l'effet du mandat a toujours été un des modes principaux de la protection des incapables, si ce n'est le mode principal, avec un immense avantage - permettre à l'incapable de participer à l'activité juridique - et ses grands dangers - l'abdication et l'effacement de la personnalité du représenté. À Nantes, j'ai notamment évoqué ce qui a paru être la réforme phare au profit de celle du représentant de la loi de 2007, dont j'ai comme d'autres mais moins qu'eux (D. Fenouillet, *Le mandat de protection future ou la double illusion* : Defrénois, 2009, p. 142), critiqué les imperfections techniques et les approximations où le droit devient la protection bureaucratique des mandataires judiciaires.

La fréquence des colloques consacrés à cette thématique s'explique sans doute par la toute récente mise en vigueur de la loi (1er janvier 2009), mais traduit aussi l'importance de la question et l'intérêt que lui porte tout un vaste petit monde - judiciaire, universitaire, politique, administratif et peut-être bientôt le Parlement qui, selon ses récentes et multiples habitudes, retouchera la loi quelques années après l'avoir faite.

Lorsqu'il s'agit de majeurs protégés, plus encore que pour toute autre réalité juridique, il n'y a pas que le droit : la faiblesse et la fragilité de la personne lui échappent en partie ; aussi pendant longtemps et dans de nombreux pays, elle a presque exclusivement relevé de la famille, de l'époux ou de l'épouse, ou de l'Église et de la paroisse (les *miserabiles personae*). En outre, la loi était, conformément à la culture juridique française, marquée de sobriété, échappant à l'emphase juridique contemporaine, qui aujourd'hui aime les grands mots, affirme les grands principes, jusqu'alors bien vivants parce que non écrits : « de nécessité », « de subsidiarité » et « de proportionnalité » : emphatique, la loi est devenue bavarde.

Ainsi, le droit français pratique à l'égard des majeurs protégés, encore plus qu'il ne le fait ailleurs, une « surjuridicisation » et un « panjuridisme », parce que, de plus en plus, notre société a le sentiment - presque un acte de foi - que le droit doit pouvoir, à lui seul, par sa propre efficacité, assurer la justice, le bonheur, la protection des faibles et même, la sérénité de la fin de vie.

La pensée et l'esprit de beaucoup de magistrats, de professeurs de droit, d'hommes d'État, d'élus de la nation, de personnel administratif et de beaucoup d'autres personnes sont aussi devenus dominés par une vraie passion pour le droit et aiment sa complexité, celle des règles, des concepts, des institutions, aussi et surtout de ses constructions, de son langage, sans trop se soucier qu'il y a aussi, et surtout, des gens simples qui ont besoin de simplicité. Le monde juridique devient ainsi un amas d'abstractions, un monde d'aristocrates de la pensée juridique avec tout ce que cela implique de richesse intellectuelle et de noblesse morale mais aussi de coupure avec le monde réel : la souffrance, la solitude et la détresse des majeurs lorsque leur faiblesse rend nécessaire leur protection, sont facilement ignorées de la technique juridique. Trop de droit brouille la connaissance du vivant.

Exemple entre mille : une des épreuves que réservent pour beaucoup la vieillesse et la diminution des facultés mentales est la lassitude de la vie, la solitude et l'ennui car tel est le monde du vivant, pas celui des concepts juridiques complexes.

Était-il raisonnable de cesser de faire en 2007 de la prodigalité une incapacité qui permettait depuis notre ancien droit de protéger (en 1968, par une mise en curatelle) les prodiges contre eux-mêmes ? Pas besoin d'avoir beaucoup fréquenté les vieillards isolés pour savoir qu'il est facile de soutirer leur argent : la solitude est pour eux une épreuve et les prédateurs le savent bien. L'accompagnement social auquel la loi de 2007 permet désormais de soumettre les prodiges est en réalité dérisoire, puisqu'il ne s'applique qu'à ceux qui reçoivent des prestations sociales pour la gestion de ses prestations.

La simplification du droit est donc une nécessité, mais elle a pourtant ses limites : par exemple, la loi de 2007 a voulu rendre simple le mandat pour protection future, la nouvelle institution qu'elle a créée, sans mesurer la gravité qu'entraîne toujours la représentation : il suffit d'un mandat, fût-il sous signature privée, conclu par une personne qui n'a pas été mise en tutelle et d'une déclaration médicale d'inaptitude, sans intervention quelconque d'un juge, pour que le mandat devienne efficace. Le génie du Québec qui a inventé cette institution, jouissant maintenant d'un immense succès mondial l'a, au contraire, soumis à un contrôle judiciaire lors de la déclaration médicale d'inaptitude, qu'il entend développer, mesurant les dangers de ce mandat, que notre législateur, prisonnier de sa foi en les vertus du mandat, a voulu ignorer.

2. 2. Technique

Les enjeux humains fondamentaux du droit des majeurs protégés dépassent la simple technique juridique, si nécessaire soit-elle, car ils existent en dehors du droit, au dessus du droit, ils sont sa raison d'être et son sens profond. Dans cette matière, comme dans toute autre, le droit n'est qu'une petite chose à la surface de nous-mêmes. En 1925, Maurice Barrès l'avait dit pour l'intelligence, puis Henri Bergson à partir de 1950. Le droit n'est pas qu'une simple technique, car son objet, c'est la personne. Comme l'avait dit Portalis dans son Discours préliminaire au Code civil, le droit est fait pour la personne, et non la personne pour le droit.

Or, nous vivons dans une société où la technique, notamment juridique, prend une importance démesurée, où elle devient déifiée, un nouveau type d'angélisme, celui de la technique juridique, alors que la technique même juridique n'est en elle-même qu'une force aveugle et brute.

Notre société entend pourtant rester fidèle à son humanisme en affirmant fortement au-delà de toute technique le respect de la dignité humaine : même déchu, vieilli, moribond, ou misérable, l'être humain a une transcendance, dans son identité et sa condition corporelle, spirituelle et sociale.

Mais il peut avoir aussi des effets pervers en en faisant un angélisme de la verbalité, se gargarisant de mots sonores. Parfois la protection des incapables devient le fait de voyous où le dévouement, l'humanisme et la charité sont de jolis masques pour dissimuler la rapacité. Parfois, ces protecteurs des incapables qui font des personnes protégées leur fonds de commerce : la protection des faibles devient bien lucratif.

Audition Médiateur de la République, 3 décembre 2010 Rapport « Maltraitance financière en établissement pour personnes âgées »

<i>Reproduction avec l'aimable autorisation de l'auteur</i>
--

Karine LEFEUVRE-DARNAJOU, Docteur en Droit privé ; Droit des personnes vulnérables, Professeur à l'Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique (EHESP)

Voici en quelques axes, les réactions que ce thème m'inspire :

1) Définition du périmètre de la mission « maltraitance financière en établissement pour personnes âgées »

Sur la maltraitance financière : Il me semble qu'au-delà d'une « simple » maltraitance financière, il faut entendre dans une acception plus large l'atteinte aux biens de la personne âgée.

- Absence de définition pénale de la maltraitance en tant que telle, qui est néanmoins poursuivie indirectement par le biais des incriminations de vol, escroquerie, abus de confiance, abus de faiblesse d'une personne hors d'état de se protéger...
- Problématique particulière de la protection du logement qui relève à la fois du champ de la protection des intérêts personnels et patrimoniaux (*exemple de la fin d'un bail opéré brutalement par les enfants d'une personne âgée hospitalisée sans la prévenir, avec répartition entre eux des meubles et souvenirs, alors que cette personne récupère son autonomie plus aisément que prévue et qui souhaite retourner à son domicile*)
- Maltraitance financière intimement liée à la maltraitance psychologique, car elle constitue une atteinte à l'intégrité psychique et à la dignité de la personne âgée vulnérable

Sur la notion d'établissement : La maltraitance financière en établissement est un vrai sujet qui comme la maltraitance à la personne est encore trop l'objet aujourd'hui d'une loi du silence mais aussi d'un désarroi des professionnels sur les réactions à tenir et concrètement sur leurs droits à intervenir sans porter atteinte au respect de la vie privée protégée par l'article 9 du Code civil.

Par ailleurs, ne pas perdre de vue que la maltraitance financière à domicile est un phénomène certainement de plus grande ampleur qui mériterait d'être l'objet d'une mission à part entière tant elle est diffuse et impalpable, mais néanmoins détectable au regard des plateformes d'écoute téléphonique (Alma et 3977).

Sur les personnes âgées : Ne pas omettre que les personnes handicapées sont tout autant victimes de maltraitance en établissement, mais que les formes peuvent en être distinctes.

Les plans et assises départementales « bientraitance » de ces dernières années se sont centrées sur les personnes âgées, occultant l'ampleur de l'existence des actes de maltraitance dans le champ du handicap. Il me semble qu'il faut insister sur ce fait, au titre d'une protection plus large des usagers vulnérables en établissement.

2) Justifier/contourner le paradoxe de traiter la question de la maltraitance financière dans le contexte de la réforme du 5 mars 2007 ancrée sur la protection de la personne du majeur vulnérable

- Ne pas faire perdre de sens à la philosophie de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs
- Intérêt indéniable et vraie problématique de la maltraitance financière qui n'est qu'un pendant de la maltraitance dont peuvent être victimes les personnes âgées en établissement (*cf nombreux témoignages de directeurs et soignants sur les familles et notaire qui « débarquent » dans les EHPAD pour faire signer un résident dont on sait pertinemment qu'il ne dispose plus de toutes ses facultés psychiques*)
- Interrogations récurrentes et très significatives des professionnels : comment agir ? A-t-on le droit d'agir ? Qui peut agir ? Quel est le domaine et les exceptions du principe du respect de la vie privée ?

En définitive, il apparaît à travers cette problématique de la maltraitance financière que la protection des biens est étroitement liée à la protection de la personne, dès lors que le respect de la dignité de la personne est un tout.

3) Rappeler la diversité des acteurs de la maltraitance financière

Les personnes âgées en établissement peuvent être auteurs et/ou victimes de maltraitance. Ainsi, les acteurs de la maltraitance peuvent être :

- les résidents entre eux (atteintes aux biens de gravité diverse : de la substitution de gâteaux (!) au vol de bijoux)
- Résidents/ professionnels
- Résident/ famille
- Résidents/ tiers extérieur

4) Réfléchir sur les critères d'appréciation de la « décision prise ou à prendre dans l'intérêt des personnes âgées »

- Quels sont les acteurs de cette appréciation ?
- Quel sens donner à l'intérêt ?
- Tenir compte du rapport affectif à l'argent
- Savoir respecter le choix de la personne âgée
- Ne pas adopter une attitude tranchée dans un domaine où l'intérêt de la personne âgée est peut-être parfois le maintien des relations affectives et sociales, y compris dans le cas d'atteinte (relative) à ses biens (*exemple du petit-fils qui effectue des visites régulières à sa grand-mère et repart avec un chèque*)

5) S'interroger sur la nature et les modalités de la protection à instaurer pour répondre à la problématique de la maltraitance financière

- Deux contextes juridiques distincts :

- 1) Personne âgée non bénéficiaire d'une mesure de protection juridique : bénéficiaire en revanche des règles de droit commun de la protection (protection émanant des régimes matrimoniaux, procuration, ...)
- 2) Personne âgée bénéficiaire d'une mesure de protection juridique : Distinction établie par la loi du 5 mars 2007 entre les mesures de protection civile (judiciaires : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle ; et non judiciaires : mandat de protection future) et sociales (MASP et MAJ)

Enjeux majeurs et propositions d'axes de travail

1) Auprès de l'opinion publique : Action de sensibilisation

- Sur les mesures de protection et la nécessité d'anticiper pour soi et pour autrui : **Enjeu national d'une « Education à la protection »** (parallèle à établir avec les enjeux de santé publique d'éducation thérapeutique et les actions de promotion qui s'ensuivent). Mise en place d'une campagne nationale sur cette thématique.

- Sur la vigilance à l'égard de l'existence et des formes de maltraitements financiers envers les personnes vulnérables à domicile et en établissement avec rappel du cadre de la loi et des sanctions pénales.

2) Auprès des professionnels des établissements pour personnes âgées (et personnes handicapées):

- **Action de sensibilisation et de formation :** Sensibilisation et connaissance du dispositif de protection juridique des majeurs vulnérables par les professionnels à tous les niveaux d'intervention et de responsabilité

- **Elaboration et contrôle de la mise en œuvre d'outils :**

- Mise en place et contrôle de protocoles d'action au sein des établissements pour agir/réagir en cas de suspicion de maltraitance financière : Insister sur le rôle et le devoir des établissements de prendre leurs responsabilités sur la prévention et la lutte contre la maltraitance financière

- Rappel des missions du ou des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM) et clarification de l'articulation des rôles respectifs (administratifs, soignants, MJPM)

- **Organiser la protection financière à l'intérieur comme à l'extérieur de l'établissement et prévenir les abus :** Vigilance accrue à l'égard des personnes âgées en fonction d'indicateurs de :

- Vulnérabilité (déficience psychique, sujets aux pressions, particulièrement influençables)
- Importance du patrimoine, c'est-à-dire interroger la « santé financière » de la personne âgée qui peut induire une « situation à risque »
- Attitude de la famille et des proches/visiteurs

*

* *

**Audition d'Hervé MACHI, Secrétaire général de la MIVILUDES
par la Médiature de la République**

Reproduction avec l'aimable autorisation de l'auteur

**Mission sur la maltraitance financière des personnes âgées
12 janvier 2011**

Introduction – mesure du phénomène

- Il n'existe aucune étude spécifique sur l'action des sectes auprès des personnes âgées. Aucun chiffre n'est donc disponible.
- De même, les condamnations pour abus de faiblesse, ne permettent pas, selon les statistiques délivrées par le ministère de la Justice, d'identifier les situations dans lesquelles les personnes âgées ont été les victimes principales. Ce chiffre de condamnations est d'ailleurs relativement stable : 695 en 2007, 671 en 2008, 621 en 2009.
- L'exercice en lui-même se heurte à quelques difficultés en raison des facteurs suivants :
 - difficultés de pénétrer dans la sphère privée pour s'assurer de l'absence de sollicitations de nature sectaire ; en l'absence d'un proche vigilant, les abus dont peuvent être victimes les personnes âgées isolées risquent de passer totalement inaperçus ;
 - réticence des victimes à déposer plainte ou à signaler les faits par honte de s'être fait berné ;
 - la détection des dérives sectaires dont sont victimes les mineurs, malgré un consensus social fort et un arsenal législatif et réglementaire complet pour assurer une protection des personnes considérées comme les plus vulnérables de la population, est déjà délicate ; elle l'est plus encore pour les personnes âgées, qui il faut bien le reconnaître, ne bénéficient pas de la même attention des pouvoirs publics.
- **Or, on le sait, les personnes âgées, fragilisées par l'âge, l'isolement, le deuil, la maladie, la perte des repères, l'altération des capacités physiques et intellectuelles, sont des victimes idéales** des mouvements sectaires, non pour être des cibles à recruter, mais plutôt comme de bonnes sources de revenus et de capitaux. Les personnes âgées les intéressent particulièrement car elles reçoivent des revenus réguliers sous forme d'allocation et ne sont plus exposées à des dépenses importantes, donc disposent de liquidités significatives. Et si les personnes âgées vivant à domicile sont le plus souvent victimes d'escroqueries de type commercial, il peut tout à fait se dissimuler derrière ces sollicitations lucratives des mouvements de type sectaire.
- **Le vieillissement de la population ne pourra du reste qu'amplifier le phénomène.** Le chiffre donné lors des débats de la loi de réforme des tutelles en 2006, de un million de personnes concernées par les régimes de protection en 2010 (Conseil Supérieur du Notariat), donne le vertige. Et ce chiffre ne concerne que les personnes sous tutelle ou curatelle, qui est loin de concerner l'ensemble de la population âgée.

Aujourd'hui, 2,5 millions de personnes ont plus de 80 ans. En 2040, ils seront 7 millions.

- **Face à ce danger, la MIVILUDES a alerté à de nombreuses reprises dans ses rapports sur le risque sectaire touchant les personnes âgées, soit en situation d'isolement, soit hébergées dans des centres d'accueil médico-sociaux ou à l'hôpital :**
 - **Le rapport de 2001 signale plusieurs cas de « pénétrations sectaires » (mises en échec) dans le domaine des soins palliatifs :** la médecine classique peut ne pas apporter de réponse satisfaisante pour apaiser la souffrance des malades et de leur famille ; le groupe sectaire, avec ses réponses toutes faites et séduisantes, dispose alors d'un point d'entrée particulièrement sournois et efficace.
 - **Dans son rapport de 2006, la MIVILUDES a appelé à une vigilance particulière à l'égard des personnes âgées (p.53 et suiv.) en rappelant « qu'il ne faut pas sous-estimer les risques spécifiques inhérents aux maisons de retraite médicalisées. La présence d'auxiliaires bénévoles d'accompagnement en fin de vie ouvre la porte à de potentielles extorsions de dons et à une spoliation des héritiers naturels. Les mouvements guérisseurs peuvent en effet par ce biais s'infiltrer dans des établissements hospitaliers publics ou privés ou dans des maisons de retraite, se positionnant ainsi auprès des patients en fin de vie, en en faisant une cible privilégiée ».**
 - Dans son rapport 2008 (p. 140), la MIVILUDES citait une contribution du ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, qui rappelait que *« le champ des personnes âgées nécessite aussi une attention particulière, en raison des situations peu visibles (aide au domicile) et de ce fait peu susceptibles de contrôle. La « maltraitance » des personnes âgées est aussi devenue un thème pour certains de ces groupes sectaires ».*

Afin de répondre plus précisément au domaine de votre mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, la MIVILUDES a identifié un certain nombre de risques de dérives sectaires auxquels les personnes âgées peuvent être confrontées dans cette situation, et est conduite, face à ce constat, à formuler un certain nombre de propositions qui pourraient, si vous l'estimiez opportun, être reprises dans le cadre de vos travaux.

1. Les cas de dérives sectaires possibles favorisant une maltraitance financière des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux

- **Le risque provenant de l'établissement lui-même, tenu ou inspiré par un mouvement sectaire :**
 - L'hypothèse est extrêmement rare mais elle a été repérée au moins une fois, dans le cas d'une maison de retraite médicalisée dont le fonctionnement, la gestion et les pratiques d'accueil et de soins sont empreints de références inspirées des thèses du mouvement sectaire, et dans laquelle une forte suspicion de captation d'héritage a été mise à jour, faisant l'objet d'un signalement judiciaire.

- **Le risque provenant de l'entourage de la personne, dont l'accueil en établissement, loin de la famille, peut favoriser des risques de sollicitations financières à dimension sectaire :**
 - C'est le plus cas le plus courant, relevé par la mission interministérielle en 2006 : celui des auxiliaires bénévoles qui viennent visiter les personnes âgées placées en EHPAD, et qui peuvent profiter de l'absence de vigilance de la direction de l'établissement et de la carence de la famille, pour instaurer une relation de confiance voire affective avec la personne et lui soutirer des dons, legs, remises en nature, avantages financiers, etc, pour leur propre compte ou pour celui du mouvement auquel ils appartiennent. Il ne faut bien sûr pas généraliser, ce n'est pas le cas de tous les bénévoles et de toutes les associations qui interviennent dans les établissements, souvent d'ailleurs avec un œil bienveillant de la part de la direction, car ils permettent d'assurer une certaine prise en charge sociale des résidents coupés des liens avec leur famille. Mais les cas sont nombreux de situations de cette hypothèse ayant favorisé la commission d'infractions de nature financière au préjudice des personnes âgées : **loin de leurs proches, les personnes âgées s'attachent à ceux qui les entourent, et certains peuvent être amenés à en profiter.**
- **Le risque de prosélytisme au sein des établissements d'accueil :**
 - La MIVILUDES a été saisie par des établissements d'accueil s'interrogeant sur la faculté de refuser l'accès de l'établissement à des groupes d'inspiration philosophique ou spirituelle, qui peuvent constituer un point d'entrée pour permettre des sollicitations ultérieures de nature financière
 - Il a été répondu que la direction de l'établissement est tout à fait apte à interdire l'accès de l'établissement à toute forme de prosélytisme auprès des résidents (comme du personnel) dans le cadre de sa mission générale de protection d'un public vulnérable qui ne dispose pas de sa pleine capacité, compte tenu de sa vulnérabilité et du fait qu'il tient de l'établissement lui-même les conditions de son bien-être et de son existence.
 - En revanche, il convient de préciser que si l'un des résidents, déjà membre d'une communauté spirituelle, réclame de sa propre initiative la visite d'un autre membre de sa communauté, il ne peut lui être refusé cet accès.
- **Le risque provenant du personnel de l'établissement lui-même :**
 - Au-delà de l'hypothèse d'un membre du personnel de l'établissement lui-même membre d'un groupement sectaire, qui est réelle, il existe aussi un risque très fort d'exposition du personnel de l'établissement à des formations professionnelles délivrées par des mouvements sectaires.
 - Il ne faut pas oublier que 80% des recettes des mouvements sectaires proviennent du secteur des « pseudo-thérapies » et de celui de la formation professionnelle. Le secteur sanitaire et social est particulièrement exposé : compte tenu du stress et des conditions de travail réputées difficiles, certains employés peuvent être sollicités et séduits par des actions de formation dans le domaine du « coaching », du « développement personnel », de la « gestion du stress », de la « confiance en soi », autant de mots qui doivent alerter, sinon appeler à la vigilance les personnels eux-mêmes et la direction des établissements.

- Lors du vote de la loi du 24 novembre 2009 relative à la formation professionnelle, le secrétaire d'Etat à l'emploi avait estimé à 20 % la proportion de formations professionnelles offertes inspirées par des mouvements sectaires
- Le risque est réel pour les personnes hébergées dans des établissements dont le personnel a pu bénéficier de ces formations : au risque de prosélytisme évident s'ajoute celui de captations financières pour faire vivre le mouvement auxquelles certains groupes appellent leurs adeptes formés
- Il convient donc d'appeler à une particulière vigilance les responsables des ressources humaines et les directeurs des EHPAD face à ce risque d'entrisme particulièrement réel.

- **Le risque santé**

- Certaines personnes âgées en fin de vie peuvent enfin être séduites par le discours de « pseudo-guérisseurs » : il s'agit d'un risque réel signalé dès 2001 par la MIVILUDES
- au-delà de l'arrêt des traitements de la médecine classique au profit de pratiques non-conventionnelles, ce qui présente évidemment un risque vital pour la personne, le coût de ces méthodes est particulièrement élevé et expose les personnes âgées à des dépenses importantes
- ce risque est d'autant plus important en cas de formation du personnel des EHPAD à des pratiques non conventionnelles à visées thérapeutiques.

2. les propositions de la MIVILUDES

- **les propositions visant à renforcer le contrôle des établissements d'accueil**

- Les établissements médico-sociaux, à la différence des établissements de soin, ne bénéficient pas de l'intervention des associations agréées assurant la défense des personnes malades et des usagers du système de santé.
 - Il conviendrait donc de renforcer le rôle du Conseil de la Vie Sociale de l'établissement en permettant d'intégrer les associations agréées (modification législative nécessaire pour élargir le champ de compétence de la commission nationale d'agrément)
- Les établissements de santé, en vertu du code de la santé publique, sont incités à avoir recours à une personne de confiance désignée par le malade, pour assurer en cas de besoin une meilleure prise en charge de cette dernière.
 - Il conviendrait d'introduire la notion de personne de confiance dans le code de l'action sociale et des familles afin de permettre sa désignation en cas d'admission dans un établissement médico-social.

- **les propositions visant à renforcer le contrôle des bénévoles intervenant au domicile des personnes âgées**

- Le code civil (article 909) fait obstacle à ce qu'un patient effectue une donation au profit d'un médecin, d'un pharmacien ou de tout autre personnel de santé ; il en est de même pour les gérants de tutelle. Le code de l'action sociale et des familles (article 331-4) prévoit la même interdiction à l'égard des personnes physiques ou morales

propriétaires ou gérantes d'établissements d'accueil des personnes âgées, ainsi que de leur personnel, des bénévoles et des associations qui y interviennent ; rien n'est prévu pour les bénévoles et associations intervenant au domicile des personnes âgées.

- Il conviendrait d'interdire à tout bénévole et toute association intervenant au domicile des personnes âgées de pouvoir bénéficier des dons, legs et avantages financiers de toute nature de la part de la personne visitée.
- **les propositions visant à renforcer la formation de personnels des établissements médico-sociaux**
 - Il convient d'assurer une sensibilisation des directeurs d'établissements, des personnels médico-sociaux et des gérants de tutelle au risque sectaire.
 - La Miviludes (MILS à cette date) avait signé en 2000 un partenariat avec l'ANFH (association nationale pour la formation permanente du personnel hospitalier), permettant de repérer les mouvements sectaires dans le domaine de la formation continue et de sensibiliser à cette problématique les acteurs de la formations professionnelle (responsables RH, responsables des services de formation ne structure hospitalière ou médico-sociale). Ce partenariat pourrait être reconduit.
- **Les propositions visant à renforcer l'information des personnes âgées et de leur famille**
 - une campagne d'information et de sensibilisation aux risques sectaires pourrait être menée dans les CLIC (centre local d'information et de coordination) à l'attention des personnes âgées et de leur famille.
 - la MIVILUDES prépare actuellement la rédaction d'un Guide sur les dérives sectaires dans le domaine de la santé à destination des professionnels de la santé et du secteur médico-social : la situation des personnes âgées y sera spécifiquement traitée. Elle prépare également la rédaction d'un document d'information à destination des malades du cancer. Ces deux documents seront publiés au cours de l'année 2011.
 - Compte tenu des enjeux humains en présence, la MIVILUDES consacrera dans son rapport 2011, à sortir en mai 2012, un développement spécifique à la situation de particulière fragilité des personnes âgées à l'égard des dérives de nature sectaire.

La MIVILUDES met également actuellement en place un module de formation des avocats et des notaires sur la problématique professionnelle des dérives sectaires. Elle effectue d'ores et déjà la formation des magistrats, des fonctionnaires de police et des militaires de la gendarmerie où la problématique à l'égard des personnes âgées est abordée.

*
* *

La réforme des régimes de protection des majeurs : le regard d'un juge des tutelles

Stéphanie Kass-Danno*

« Si je suis juge, je suis homme, je puis me tromper, éclairez-moi. Songez aux devoirs que la loi m'impose, aux recherches rigoureuses qu'elle exige alors qu'il s'agit de prononcer l'interdiction d'un père de famille qui se trouve dans toute la force de l'âge. »

Honoré de Balzac¹

Toute personne physique jouit de la personnalité juridique et se voit ainsi reconnaître des prérogatives, des droits. La pleine capacité de jouissance et d'exercice de ses droits suppose qu'elle puisse exprimer une volonté éclairée, résultant d'une aptitude à comprendre les données et les enjeux des questions qui lui sont soumises, à élaborer un raisonnement et à faire un choix. Si, en raison d'une altération de ses facultés personnelles, la personne majeure ne peut exprimer une volonté consciente, le droit ne lui reconnaît pas la capacité de participer efficacement à la vie juridique. Sa personnalité juridique se trouvera « diminuée² » : sa capacité de jouissance³ ou sa capacité d'exercice⁴ pourront être limitées.

Le Code civil de 1804 avait instauré deux institutions à l'égard des personnes majeures privées de raison. L'interdiction judiciaire permettait de placer sous tutelle les individus se trouvant « *en état d'imbécillité, de démence ou de fureur* ». Le conseil judiciaire permettait d'assister les faibles d'esprit et les prodiges. Toutefois, les familles répugnaient à agir en vue de la mise en place de ces régimes d'incapacité. L'interdiction était en effet considérée comme ayant un caractère humiliant, voire infamant, la procédure était lourde et son coût élevé. De plus, ces régimes présentaient une certaine rigidité en ce qu'ils ne permettaient pas de tenir compte de la situation de famille du malade, de l'importance de son patrimoine ou de l'évolution de son état de santé. Ces deux institutions étant peu employées, les aliénés se faisaient interner sans se faire interdire. La loi du 30 juin 1838 a entériné cette situation en instaurant une incapacité à l'égard de l'aliéné interné et en prévoyant sa représentation par un administrateur. Néanmoins, l'application de cette loi a engendré des difficultés tenant à l'application d'office du régime de l'administration provisoire aux seuls aliénés internés dans des hôpitaux psychiatriques publics, à la limitation des pouvoirs de l'administrateur provisoire, à l'absence de contrôle exercé sur ce dernier et à la levée de la mesure de représentation dès la sortie de l'hôpital psychiatrique sans considération de l'incapacité de la personne à reprendre la gestion de ses affaires⁵.

La loi du 3 janvier 1968 a profondément réformé la matière en instaurant trois régimes de protection encadrés par des dispositions respectueuses de la personne protégée : la tutelle, la curatelle et la sauvegarde de justice. En dépit de la terminologie employée, la « protection » promise par ces trois mesures n'est possible que par les restrictions qu'elles apportent à la capacité d'exercice et – plus exceptionnellement – à la capacité de jouissance de la personne protégée et réciproquement par les pouvoirs qu'elles confèrent à la personne désignée pour exercer soit une mission de représentation, soit une mission de conseil, d'assistance et de contrôle. Ces enjeux auraient dû sensibiliser les différents acteurs sur la nécessité de mettre en œuvre ces mesures dans le respect des droits de la personne protégée. Mais d'importantes dérives ont été mises en lumière par un rapport de l'Inspection générale

* Juge des tutelles au tribunal d'instance de Courbevoie.

¹ . Honoré de BALZAC, *L'interdiction*, (1836), Livre de Poche, 1993.

² . Jean CARBONNIER, préface de l'ouvrage de Jacques MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1968.

³ . Aptitude à devenir titulaire de droits.

⁴ . Aptitude à faire valoir seul ses droits.

⁵ . Jacques MASSIP, *Les incapacités, Étude théorique et pratique*, Répertoire du Notariat Defrénois, 2002, n° 395 et suivants.

des services judiciaires, de l'Inspection générale des finances et de l'Inspection générale des affaires sociales, rendu public au mois de juillet 1998. Le groupe de travail interministériel qui a succédé, en juin 1999, aux trois inspections générales a émis des propositions et recommandations « *afin de rendre leur pleine effectivité aux principes directeurs de la loi du 3 janvier 1968 et de redonner à la protection judiciaire des majeurs toute sa souplesse et toute son efficacité* » en soulignant la nécessité de garantir « *le respect de la liberté individuelle du majeur protégé [...] par l'individualisation de la mesure en fonction de son degré d'incapacité et par le respect de sa volonté [...] ainsi que de sa dignité* »⁶.

C'est ainsi que la matière a connu une nouvelle réforme par la loi du 5 mars 2007. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, cette loi reste fidèle à de nombreux principes posés par la loi de 1968 ou dégagés par la jurisprudence qu'elle réaffirme avec force et qu'elle explicite. Cette réforme n'en comporte pas moins quelques innovations, telles que le mandat de protection future ou le principe de révision périodique des mesures de protection. Il est encore trop tôt pour mesurer les conséquences de la réforme dans la pratique. Toutefois, elle a sensibilisé l'ensemble des acteurs sur la nécessité de mettre en œuvre les mesures de protection dans un plus grand respect des personnes protégées et de leurs droits. Cette idée irrigue tant les règles définissant les contours de ces mesures que les dispositions précisant leur champ d'application.

DES MESURES DE PROTECTION JURIDIQUE AUX CONTOURS REDEFINIS

Afin d'enrayer l'accroissement du nombre de mesures de protection juridique estimé à plus de 630.000 en 2004⁷ et de restaurer les droits des personnes protégées, la loi du 5 mars 2007 a redéfini leurs contours, limité l'office du juge et ainsi modifié les règles de procédure et de fond régissant la phase pré-décisionnelle. Elle a réaffirmé les principes de subsidiarité, proportionnalité et individualisation, fondamentaux au stade du prononcé du jugement.

La phase pré-décisionnelle

Des conditions plus strictes de déclenchement de la procédure en vue de l'ouverture de la mesure

Conditions de procédure

En 2004, 49,1% des mesures de protection étaient encore instaurées après déclenchement de la procédure par saisine d'office du juge des tutelles⁸. Cette pratique répondait, d'une part, aux signalements de certains professionnels du secteur médico-social n'ayant pas qualité pour saisir le juge des tutelles et, d'autre part, aux requêtes familiales dépourvues du certificat médical du médecin inscrit sur la liste établie par le procureur de la République et encourant de ce chef l'irrecevabilité. Elle n'apparaissait pas conforme à l'exigence d'impartialité⁹ et elle a provoqué un accroissement du nombre de mesures de protection, dont le coût était pour partie à la charge de l'État, alors que le critère tenant à l'altération des facultés mentales n'était pas rempli. En effet, une dérive a consisté à répondre à des signalements émanant des caisses d'allocations familiales, travailleurs sociaux, bailleurs sociaux et autres créanciers sollicitant une mesure de protection afin de permettre une meilleure gestion des ressources de personnes en situation de surendettement ou rencontrant des difficultés d'ordre social¹⁰.

Pour mettre fin à cette dérive, le législateur a choisi de supprimer la faculté de saisine d'office du juge des tutelles, en confiant un rôle de filtre au procureur de la République. Une telle solution qui se veut plus respectueuse des droits des personnes présente néanmoins quelques inconvénients, compte tenu de l'allongement du délai de saisine du juge des tutelles, de l'impossibilité de prévoir des mesures d'urgence dans l'attente d'une telle saisine alors que la sauvegarde du patrimoine de la personne peut exiger l'accomplissement de certains actes. Par ailleurs, dans certaines juridictions, une divergence de vue oppose les juges des tutelles aux magistrats du ministère public, ces derniers considérant qu'une mesure de protection n'est pas nécessaire lorsque la personne ne perçoit pas de ressources. Où l'on voit qu'une mise en œuvre efficace de la réforme des tutelles exige un renforcement des moyens alloués aux juridictions et des échanges entre les différents acteurs judiciaires. Le rapporteur du projet de loi au Sénat

⁶ . Rapport du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs, Documentation française, avril 2000, p.1 et 7.

⁷ . Rapport de M. Emile BLESSIG, au nom de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, n°3557, p. 16.

⁸ . Rapport de M. E. BLESSIG précité, p. 28, étant précisé que d'après le rapport du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs, le taux moyen de saisine d'office avait atteint 64,4 % en 1997.

⁹ . Rapport du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs, avril 2000, p. 27.

¹⁰ . Jean CARBONNIER, *Droit civil, 1/Les personnes*, PUF, 2000, n° 158 ; Thierry VERHEYDE, D. 1996, p ; 123 ; Rapport de M. E. BLESSIG précité n° 3557, p. 29.

n'envisageait le succès de la réforme qu'à la condition qu'elle soit accompagnée de « *moyens supplémentaires conséquents* », soulignant que si « *le rôle du parquet civil sera désormais très important [...] il n'y est pour l'instant pas préparé*¹¹. » Lors de son audition par la commission des lois du Sénat, le 6 février 2007, le garde des Sceaux, ministre de la Justice avait annoncé le recrutement, en équivalent temps plein travaillé, de vingt-deux juges des tutelles, sept magistrats du parquet, cinquante et un greffiers et cinq greffiers en chef¹². A ce jour, ces effectifs supplémentaires – dont le nombre n'apparaissait pas suffisant, même au rapporteur du projet de loi au Sénat – n'ont pas été déployés dans les juridictions.

Conditions de fond

Le rapport des trois Inspections générales des services judiciaires, des finances et des affaires sociales a fait ressortir qu'environ 20 % des mesures de protection juridique étaient ouvertes pour des motifs sociaux et non pour cause d'altération des facultés mentales¹³. En effet, à la demande de certains acteurs sociaux, les juges des tutelles ont mis en place de telles mesures pour traiter des situations sociales difficiles rencontrées par des personnes surendettées, alcooliques, toxicomanes, des joueurs pathologiques ou des personnes en voie d'exclusion sociale, étant précisé que les dispositions du Code civil permettaient, sous certaines conditions, l'instauration d'une mesure de protection en cas de prodigalité, d'intempérance ou d'oisiveté.

Fort de ce constat, le législateur a choisi d'opérer une césure entre la protection juridique et l'action sociale. Désormais, une mesure de protection juridique ne peut être ouverte qu'à l'égard d'une « *personne 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*¹⁴ ». Si une personne éprouve des difficultés à gérer ses ressources, elle peut bénéficier d'une mesure d'accompagnement social personnalisé qui comporte une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé¹⁵.

La modification des contours des mesures de protection se comprend au regard de l'atteinte qu'elles portent aux libertés individuelles et notamment à celle de disposer librement de ses biens. Une telle atteinte ne se justifie pas à l'égard d'une personne rencontrant des difficultés d'ordre purement social et ce d'autant plus que l'instauration d'une mesure de protection ne favorisait pas l'apprentissage de la gestion des ressources. Pour autant, le nouveau dispositif législatif présente une lacune importante : seules les personnes percevant des prestations sociales peuvent prétendre au bénéfice d'une mesure d'accompagnement social personnalisé. Une frange importante de la population risque de se trouver dans une situation de plus grande précarité et d'exclusion sociale, faute de pouvoir bénéficier d'une quelconque protection.

Renforcement des droits de la personne à protéger pendant l'instruction de la requête

Renforcement de manière directe

Autrefois prévu par les dispositions réglementaires du Code de procédure civile, le principe de l'audition de la personne à protéger par le juge des tutelles a désormais valeur législative. Cela souligne l'importance attachée par le législateur à cette phase procédurale qui permet au juge des tutelles de vérifier si la personne présente une altération de ses facultés personnelles et, le cas échéant, si cette altération justifie l'instauration d'une mesure dont il devra déterminer les contours exacts. L'audition garantit en outre le respect du principe du contradictoire et ce, d'autant plus que le majeur peut se faire assister par un avocat ou se faire accompagner par un tiers et que l'audition peut désormais être préparée après consultation du dossier¹⁶.

L'obligation faite au juge des tutelles de procéder à l'audition de la personne à protéger a toutefois été assouplie. D'une part, l'article 432 alinéa 1^{er} du Code civil prévoit que « *le juge statue la personne entendue ou appelée* ». D'après les travaux parlementaires, ce dernier terme vise « *l'hypothèse d'un refus*

¹¹ . Rapport de M. Henri DE RICHEMONT, au nom de la Commission des lois du Sénat, n° 212, p. 71.

¹² . *Ibid.*

¹³ . Rapport de M. E. BLESSIG précité, p. 25 et 26 ; Rapport de M. H. DE RICHEMONT précité, p. 119.

¹⁴ . Article 425 du Code civil.

¹⁵ . Articles L.271-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles : la santé ou la sécurité doit être menacée par les difficultés que la personne éprouve à gérer ses ressources ; cette mesure prend la forme d'un contrat conclu avec le département pour une durée de six mois à deux ans renouvelable sans pouvoir excéder la durée totale de quatre ans.

¹⁶ . Articles 1220-1 et 1222 et suivants du code de procédure civile

de la personne à protéger de déférer à la convocation qui lui est adressée ou son refus de répondre aux questions du juge qui s'est déplacé pour la rencontrer¹⁷ ». Une telle entorse au principe devra être mise en œuvre avec parcimonie par les juges, compte tenu de l'aspect essentiel de l'audition. D'autre part, l'article 432 du Code civil admet une dispense d'audition si celle-ci est de nature à porter atteinte à la santé de la personne à protéger ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté. Cette dernière exception introduite par la loi du 5 mars 2007 a été envisagée dans le cadre des travaux parlementaires à l'égard « d'une personne atteinte d'une incapacité cérébrale ou psychique grave, par exemple la maladie d'Alzheimer ou un coma¹⁸ ». La décision de dispense devant intervenir au vu du certificat d'un médecin inscrit, des réunions entre les juges des tutelles et les médecins inscrits pourront être utiles afin d'attirer l'attention de ces derniers sur le sens restrictif à donner à ce cas de dispense d'audition : l'incohérence du discours de la personne à protéger ne l'empêche pas pour autant d'exprimer ses sentiments et certains choix, notamment à l'égard des proches susceptibles d'exercer la mesure de protection et il importe que le juge des tutelles puisse s'en assurer.

Si l'audition de la personne à protéger apparaît indispensable, la question des moyens affectés aux juridictions apparaît cruciale pour assurer l'effectivité du principe. En effet, de nombreux tribunaux d'instance connaissent d'importantes difficultés de fonctionnement résultant de l'insuffisance des effectifs tant de greffe que de magistrats. Ces difficultés sont accrues par l'extension des ressorts des juridictions consécutive à la réforme de la carte judiciaire, entraînant l'éloignement géographique des justiciables. Certaines personnes protégées ou à protéger trouveront encore la possibilité de répondre aux convocations du juge des tutelles. Mais de nombreuses autres personnes rencontrent des difficultés tenant à leur isolement social, à leur état de santé, à l'insuffisance de leurs ressources et à un maillage territorial insuffisant. Elles ne pourront pas déférer aux convocations qui leur seront adressées. Dans un tel cas, le juge des tutelles devra se rendre sur leur lieu de vie pour procéder à leur audition. Cette contrainte entraînera un allongement des délais d'instruction et d'examen des demandes.

Renforcement de manière indirecte

La loi du 5 mars 2007 a élargi le nombre de personnes ayant qualité pour saisir le juge des tutelles en vue de l'ouverture d'une mesure de protection afin de donner plus d'importance aux proches et à la famille dans le déclenchement de la procédure. Comme autrefois, la demande d'ouverture de mesure de protection peut être présentée par le conjoint de la personne à protéger, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, par la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique ou par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers. Désormais la demande peut également être présentée par le partenaire avec qui la personne à protéger a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, par tout parent¹⁹ ou allié ainsi que par tout individu entretenant avec la personne des liens étroits et stables.

Les parents et proches de la personne à protéger sont aussi admis à consulter le dossier, dès lors qu'ils justifient d'un intérêt légitime. L'exercice d'un tel droit leur permet de connaître les raisons invoquées pour solliciter une mesure de protection ou pour écarter tel parent de l'exercice de celle-ci et d'éclairer utilement le juge des tutelles sur l'opportunité du régime de protection sollicité.

La phase décisionnelle

Outre le principe de nécessité subordonnant la mise en place d'une mesure de protection à l'existence d'une altération des facultés personnelles, le législateur a réaffirmé avec force les principes de subsidiarité, de proportionnalité et d'individualisation qui sous-tendaient les régimes de protection avant la réforme du 5 mars 2007.

Le principe de subsidiarité

Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968, la Cour de cassation se fondait sur le principe de subsidiarité pour privilégier l'habilitation entre époux en écartant les mesures de protection lorsque l'époux de la personne hors d'état d'exprimer sa volonté est en mesure de la représenter²⁰. La loi du 5 mars 2007 a entendu réaffirmer très clairement ce principe afin d'inciter les juges des tutelles à

¹⁷ . Rapport de M. H. DE RICHEMONT précité, p.132.

¹⁸ . *Ibid.*

¹⁹ . Et non plus seulement les ascendants, les descendants et les frères et sœurs.

²⁰ . Civ. 1^{re}, 9 novembre 1981, JCP 1982, II, 19808, note PREVAULT ; RTD civ. 1982, 137, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI ; Defrénois. 1982, 423, obs. CHAMPENOIS.

l'appliquer plus strictement et à ne mettre en place des mesures de protection qu'à condition qu'aucune autre institution ne suffise à pourvoir aux intérêts de la personne²¹.

Outre l'application des règles des régimes matrimoniaux, le juge des tutelles devra vérifier si la personne à l'égard de laquelle une mesure de protection est sollicitée n'a pas confié un mandat à un tiers. Si un tel mandat existe, il devra en vérifier la portée afin de déterminer s'il suffit à pourvoir aux intérêts de la personne. Un mandat portant sur des actes particuliers, tels que la gestion des comptes bancaires, peut apparaître suffisant pour une personne très entourée par sa famille, n'ayant pas la possibilité de répondre aux sollicitations de tiers ou n'ayant pas d'autres éléments de patrimoine à gérer. En revanche, le juge pourra être amené à considérer qu'un mandat général ne permet pas de pourvoir suffisamment aux intérêts de la personne, par exemple si le mandataire s'avère négligent ou si la personne est susceptible d'entrer en relation avec des tiers et d'accomplir des actes juridiques. Il ne s'agit pas d'exclure par principe la mise en place d'une mesure de protection, laquelle peut s'avérer nécessaire, ne serait-ce que par la possibilité qu'elle offre de remettre en cause des actes accomplis par la personne protégée alors même qu'elle avait le pouvoir d'agir²².

Compte tenu de la souplesse procurée par les dispositifs contractuels, la loi du 5 mars 2007 a entendu les privilégier, notamment en instaurant le mandat de protection future²³ : toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, en cas d'altération de ses facultés personnelles, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts. Le juge des tutelles n'a pas, en principe, à connaître de l'exécution du mandat en principe. Toutefois, en ce qu'il est garant des libertés individuelles et du respect des droits des personnes vulnérables, tout intéressé peut le saisir aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution²⁴. Certains auteurs considèrent que « *ce mandat peut aboutir à la cacophonie*²⁵ » car le mandant et le mandataire ayant chacun les mêmes pouvoirs sur les mêmes biens, le sort des aliénations consenties sur ces mêmes biens, à des personnes différentes, n'est pas résolu et qu'en conséquence, la sécurité des transactions se trouve compromise.

Les principes de proportionnalité et d'individualisation

Le choix de la mesure

Il existe trois régimes de protection juridique : la tutelle (régime de représentation), la curatelle (régime d'assistance) et la sauvegarde de justice (régime permettant en principe à la personne protégée de conserver l'exercice de ses droits). Le choix de la mesure de protection détermine les pouvoirs conférés à la personne chargée de l'exercer et corrélativement le degré d'atteinte portée à la capacité d'exercice de la personne protégée. Ce choix doit être fait dans le respect du principe de proportionnalité : la tutelle n'est instaurée que s'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par la curatelle ou par la sauvegarde de justice ; la curatelle ne peut être mise en place que si la sauvegarde de justice est insuffisante à protéger les intérêts de la personne.

Au soutien de ce principe, certaines dispositions légales permettent de favoriser l'ouverture d'une mesure de curatelle. L'article 472 du Code civil permet au juge, à tout moment, d'ordonner une curatelle renforcée, dans le cadre de laquelle le curateur perçoit seul les revenus de la personne et assure le règlement des dépenses auprès des tiers, cette exception au principe de l'assistance permettant d'éviter l'instauration d'une tutelle. En cas de blocage dans la gestion des affaires de la personne en curatelle, en raison de son opposition aux actes – dont l'accomplissement requiert toujours son accord – l'article 469 du Code civil offre désormais au curateur, s'il constate que la personne en curatelle compromet gravement ses intérêts, la possibilité de saisir le juge pour être autorisé à accomplir seul un acte déterminé sans qu'il ne soit contraint, comme autrefois, à provoquer l'ouverture de la tutelle.

La sauvegarde de justice a été renforcée afin de permettre au juge des tutelles de désigner un mandataire spécial et lui confier la mission d'accomplir tout acte – de quelque gravité qu'il soit – relatif tant à la gestion des biens qu'à la protection de la personne. Ainsi, des mesures de curatelle ou de tutelle

²¹ . L'article 428 du Code civil dispose que la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge que lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429 (...) ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé.

²² . Voir ci après.

²³ . Articles 477 et suivants du Code civil.

²⁴ . Article 484 du code civil

²⁵ . Philippe MALAURIE, Defrénois 2008, n°38569.

pourront être évitées dans les situations n'exigeant qu'une protection temporaire pour l'accomplissement d'actes ponctuels.

Après que le juge a opéré le choix de la mesure de protection répondant au mieux aux besoins de la personne à protéger, le principe d'individualisation²⁶ lui commande de faire varier les contours de la mesure. Pour les actes relatifs au patrimoine il énumérera, en tutelle, certains actes que la personne aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur, et en curatelle, certains actes que la personne a la capacité de faire seule ou avec l'assistance du curateur. Cette faculté, très peu mise en œuvre avant la réforme²⁷, est très importante car elle permet de rendre plus supportable à la personne protégée le poids de la mesure qui doit correspondre au degré de protection requis sans entamer de manière excessive sa liberté de gérer son patrimoine. Le même principe prévaut pour les actes relatifs à la personne²⁸.

Aussi fondamentaux ces principes soient-ils, leur mise en œuvre dépendra des moyens alloués aux juridictions car l'individualisation de la mesure suppose un examen approfondi de l'altération des facultés personnelles de la personne protégée et un suivi régulier du dossier pour tenir compte de l'évolution de cette altération et de la nécessité d'une assistance ou d'une représentation.

Le choix des modalités

Avant la réforme, les personnes étaient placées sous un régime de protection sans limitation dans le temps et, sauf circonstance particulière, leur situation était rarement révisée. La loi du 5 mars 2007 limite les mesures à une durée qui ne pourra pas excéder cinq ans. Elles sont toutefois renouvelables pour une même durée ou, sur avis d'un médecin inscrit, pour une durée plus longue si l'altération des facultés personnelles n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science²⁹. Cette règle constitue une grande avancée. Toutefois, il convient de souligner que la réforme impose aux juges des tutelles de réviser environ 800.000 mesures de protection³⁰ avant le 1^{er} janvier 2014³¹, à peine de caducité, et il est permis de douter qu'à ce jour, soit un peu moins de deux ans après l'entrée en vigueur de la réforme, 40 % des mesures ouvertes dans les cabinets des juges des tutelles aient fait l'objet d'un réexamen³².

La loi du 5 mars 2007 a réaffirmé le principe de primauté familiale dans l'organisation des mesures de protection et développé de nouvelles règles de nature à encourager la désignation de la famille et à respecter les souhaits de la personne protégée³³. Les personnes admises à devenir tuteur sont plus nombreuses qu'autrefois : le juge pourra confier la tutelle au conjoint, au partenaire de pacte civil de solidarité ou au concubin, à moins que la vie commune n'ait cessé entre eux, à un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables. Dans le choix de la personne désignée, le juge doit prendre en considération les sentiments exprimés par la personne à protéger, ses relations habituelles, l'intérêt porté à son égard et les recommandations éventuelles des parents et alliés ainsi que de son entourage. Il est lié par la désignation de la personne chargée d'exercer la mesure de tutelle ou de curatelle que la personne à protéger aura faite alors qu'elle disposait encore de toutes ses facultés.

Le législateur a prévu la possibilité de désigner plusieurs tuteurs ou curateurs, de diviser la mesure entre un tuteur ou curateur chargé de la protection de la personne et un tuteur ou curateur chargé de la gestion patrimoniale, de confier la gestion de certains biens à un tuteur ou curateur adjoint, de nommer un subrogé tuteur ou curateur. Certains proches ou parents impliqués dans la vie de la personne protégée et souhaitant continuer à lui apporter leur soutien peuvent ainsi trouver leur place dans l'exercice de la mesure de protection, selon leurs aptitudes et leur disponibilité. Une personne peu versée dans la gestion patrimoniale pourra prendre en charge la protection de la personne. Une personne peu disponible pourra exercer un contrôle sur l'exercice de la mesure de protection, par exemple en qualité de subrogé tuteur ou curateur. Afin d'aider les tuteurs et curateurs familiaux, le décret n° 2008-1507 du 30 décembre 2008

²⁶ . Article 428 du Code civil.

²⁷ . Jacques MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, Lextenso éd., 2009, n°471 et 516 : selon les statistiques du ministère de la Justice, le taux d'application de cette règle en curatelle se limitait à 3% des cas.

²⁸ . Voir ci-après

²⁹ . Articles 441 et 442 du Code civil.

³⁰ . D'après les projections de l'Institut national d'études démographiques pour 2010, citées dans l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme de la protection des majeurs vulnérables.

³¹ . Initialement prévue au 7 mars 2012, la date butoir a été reportée au 1^{er} janvier 2014 par la loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures en date du 12 juin 2009 compte tenu de l'impossibilité pour les juges des tutelles de procéder au réexamen des mesures dans le délai initialement prévu.

³² . Le délai de renouvellement du stock de mesures en cours étant de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi, 20 % des mesures devraient être révisées tous les ans, afin de s'assurer du respect du délai imparti.

³³ . Articles 447 et suivants du Code civil.

organise leur information et leur soutien. Cependant, à ce jour, les listes des personnes et des structures qui délivrent cette information ne sont pas constituées dans toutes les juridictions.

Ce n'est qu'en l'absence de proche ou de parent que le juge des tutelles désignera un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Le législateur a renforcé les droits des personnes protégées à l'égard des mandataires judiciaires en subordonnant leur inscription sur la liste dressée par le représentant de l'État dans le département à des conditions de moralité, d'âge, de formation certifiée par l'État et d'expérience professionnelle, en leur imposant une obligation d'information à l'égard de la personne protégée³⁴ et en soumettant l'exercice de leur mission au contrôle du juge des tutelles qui, en cas de manquement caractérisé, peut notamment les dessaisir de leur mission et saisir le procureur de la République afin qu'il sollicite leur radiation de la liste des mandataires judiciaires.

DES MESURES DE PROTECTION JURIDIQUE AU CHAMP D'APPLICATION CLARIFIÉ

La protection des personnes présentant une altération de leurs facultés mentales a longtemps été envisagée par le législateur sous un aspect purement patrimonial. La loi du 5 mars 2007 a apporté des modifications et précisions aux règles relatives à la gestion du patrimoine. Reprenant les principes posés par la jurisprudence, la loi du 5 mars 2007 a organisé la protection de la personne.

La préservation du patrimoine

Les mesures de protection permettent la préservation du patrimoine de la personne protégée, d'une part, en encadrant les conditions de gestion du patrimoine et, d'autre part, en organisant le contrôle de cette gestion et en sanctionnant les actes irréguliers.

Les règles relatives à la gestion du patrimoine

La personne placée sous sauvegarde de justice conserve, en principe, l'exercice de ses droits. Toutefois, lorsque le juge désigne un mandataire spécial, avec pour mission d'accomplir un ou plusieurs actes de gestion du patrimoine de la personne protégée, la capacité d'exercice de cette dernière se trouve entamée, car elle ne peut plus accomplir ces mêmes actes, à peine de nullité³⁵. Lorsque la personne protégée a accompli un acte pour lequel aucun mandataire spécial n'a été désigné, il peut être contesté dans le cadre d'une action en nullité – facilitée par l'instauration de la mesure³⁶ –, d'une action en rescision pour simple lésion ou d'une action en réduction en cas d'excès³⁷.

La personne placée sous tutelle agit elle-même lorsque la loi ou l'usage l'y autorise³⁸. Le tuteur la représente pour tous les autres actes de la vie civile, sauf décision contraire du juge des tutelles : il accomplit seul les actes conservatoires et les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée³⁹ ; il ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, par le juge, faire des actes de disposition au nom de la personne protégée⁴⁰.

La personne placée sous curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille⁴¹. *A contrario*, sauf décision contraire du juge des tutelles, elle peut faire seule tous les autres actes.

Hormis les actes régis par des règles spécifiques, les pouvoirs du tuteur et la sphère de capacité de la personne sous curatelle sont donc déterminés en fonction de la nature des actes que la loi a répartis en trois catégories : les actes conservatoires, les actes d'administration et les actes de disposition. Le décret n°2008-1484 en date du 22 décembre 2008 donne une définition de ces actes⁴² et en dresse une liste

³⁴ . Articles L.471-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles.

³⁵ . Article 435 du Code civil.

³⁶ . Articles 414-1 et 414-2 du Code civil.

³⁷ . Article 435 du Code civil.

³⁸ . Articles 473 et 496 du Code civil.

³⁹ . Article 504 du Code civil.

⁴⁰ . Article 505 du Code civil.

⁴¹ . Article 467 du Code civil ; il convient toutefois de préciser que les actes visant à disposer des droits relatifs au logement et aux meubles meublants ainsi que les actes relatifs à l'ouverture et à la modification des comptes bancaires sont soumis à l'autorisation du juge des tutelles, conformément aux articles 426 et 427 du code civil.

⁴² . L'acte conservatoire est un « acte qui permet de sauvegarder le patrimoine ou de soustraire un bien à un péril imminent ou à une dépréciation inévitable sans compromettre aucune prérogative du propriétaire » ; l'acte d'administration est un « acte d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénué de risque anormal » ; l'acte de

longue mais non exhaustive, présentée dans deux annexes. Les actes listés à l'annexe 1 constituent en toutes circonstances des actes d'administration et des actes de disposition. Ceux visés à l'annexe 2 peuvent changer de qualification si *« les circonstances d'espèce ne permettent pas au tuteur de considérer qu'ils répondent aux critères [fixés par les définitions] en raison de leurs conséquences importantes sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie »*.

Ce décret présente un aspect pédagogique et certains auteurs avancent qu'il favorise la personnalisation de la gestion patrimoniale, dans la mesure où la faculté de requalification laissée au tuteur assouplit la gestion des patrimoines de grosse importance ou qu'au contraire il permet d'encadrer le devenir des actifs lorsqu'ils sont rares et cruciaux pour tel ou tel moment de la vie⁴³. Toutefois, il convient de s'interroger sur la part d'incertitude qu'introduit une telle faculté de requalification au regard de la validité de ces actes. Par exemple, les actes accomplis par le tuteur seul alors qu'une autorisation du juge est requise, sont nuls de plein droit. Quel sera le sort d'un acte figurant à l'annexe 2 dans la colonne relative aux actes de disposition – soumis en principe à l'autorisation du juge des tutelles – que le tuteur aura néanmoins accompli seul en considérant, à tort, que ledit acte devait être requalifié en acte d'administration au regard des circonstances d'espèce ? La souplesse introduite par le décret, avec l'annexe 2, fait naître un risque d'insécurité juridique. En outre, les actes requalifiés à l'initiative du tuteur susciteront probablement des difficultés dans le cadre de la vérification des comptes de gestion.

Le contrôle de la gestion et la sanction des actes irréguliers

Le contrôle de la gestion s'exerce au moyen de l'inventaire que le tuteur et le curateur – dans le cadre de la curatelle renforcée – sont tenus d'établir, ainsi que des comptes annuels de gestion et du compte rendu de gestion du mandataire spécial dans le cadre d'une sauvegarde de justice. Le rapport des trois inspections rendu public en 1998 a pointé le caractère « très insuffisant » de ce contrôle ainsi que la faiblesse des moyens humains et matériels⁴⁴.

La réforme apporte quelques innovations afin d'alléger la tâche du greffier en chef dans le contrôle des comptes et d'assurer l'effectivité de celui-ci : le juge des tutelles peut dispenser le tuteur ou curateur familial d'établir des comptes de gestion en considération de la modicité des revenus et du patrimoine de la personne protégée ; lorsqu'un subrogé tuteur ou curateur a été nommé, son rôle consiste à vérifier le compte avant de le transmettre avec ses observations au greffier en chef et le juge peut même décider qu'il exercera la mission de vérification et d'approbation des comptes dévolue au greffier en chef ; ce dernier peut être assisté pour la vérification des comptes ; le juge peut confier la mission de vérification et d'approbation du compte de gestion à un technicien ; une copie du compte et des pièces justificatives est remise chaque année par le tuteur à la personne protégée et, s'ils justifient d'un intérêt légitime, les parents et proches de cette dernière peuvent être autorisés à se faire communiquer une même copie. À ce jour, il apparaît que la seule mesure susceptible d'apporter un renfort notable au greffier en chef dans sa mission de contrôle des comptes, à savoir l'assistance par un technicien, ne peut être mise en œuvre faute de décret d'application. Par conséquent, la situation en matière de vérification des comptes ne s'est guère améliorée.

Si le contrôle de la gestion révèle l'existence d'actes accomplis de manière irrégulière par la personne protégée ou par la personne chargée de la mesure de protection, ils pourront être remis en cause. Tout acte accompli par une personne sous tutelle ou sous curatelle qui pouvait agir sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de la protection peut être contesté dans le cadre d'une action en rescision pour lésion ou en réduction en cas d'excès, sauf si cet acte a été expressément autorisé par le juge ; si elle devait être assistée, l'acte ne peut être annulé qu'à condition que la personne protégée ait subi un préjudice ; si elle devait être représentée, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice. Tout acte accompli par le tuteur ou le curateur seul alors qu'il aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qu'il aurait dû être accompli avec l'autorisation du juge, est nul de plein droit. Toutefois, l'acte peut être confirmé par le juge des tutelles, tant que la mesure est ouverte et pendant le délai de cinq ans à compter du jour où le majeur en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de les refaire valablement⁴⁵.

disposition est un « acte qui engage le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou pour l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire ».

⁴³ . Thierry FOSSIER, JCP G 2009, Act. 20.

⁴⁴ . Rapport du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs, p. 49.

⁴⁵ . Article 465 du Code civil.

Il convient de préciser que la préservation du patrimoine de la personne protégée nécessite une particulière vigilance lors de l'établissement de l'inventaire à l'ouverture de la mesure. Tous les actes importants accomplis moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture devront être recensés car s'ils ne sont pas conformes aux intérêts de la personne protégée, les obligations en résultant peuvent être réduites ou les actes annulés dans les conditions prévues à l'article 464 du Code civil.

La protection de la personne

La loi de 1968 avait délibérément limité le champ des mesures de protection des majeurs à la gestion patrimoniale, considérant qu'il s'agissait d'un domaine relevant davantage des règles de déontologie et du choix des familles que de la loi. La protection de la personne n'était envisagée qu'au titre de quelques actes personnels ayant des conséquences patrimoniales, tels le mariage ou les droits relatifs au logement. C'est à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de préciser l'étendue des régimes de protection des majeurs : par un arrêt du 18 avril 1989⁴⁶, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel ces régimes de protection « *ont pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable* ». Le législateur a entendu consacrer ce principe conformément à la recommandation n° R (99) 4 du Comité des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables. La loi du 5 mars 2007 rappelle les principes fondamentaux reconnus à la personne protégée et définit le régime juridique des actes relatifs à la personne.

Les droits fondamentaux reconnus à la personne protégée

L'article 415 du Code civil précise que « *[la] 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 [...].* » Si certains n'y voient qu'un « *simple discours pédagogique*⁴⁷ », cette disposition marque la volonté du législateur de restaurer les droits des personnes protégées et elle est déclinée en de multiples obligations formulées explicitement pour remédier à la carence passée des différents acteurs des mesures de protection. C'est ainsi que désormais, outre les principes de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité, d'individualisation et de primauté familiale, le législateur précise que le juge des tutelles ne peut statuer sur une requête relative à la protection de la personne qu'après avoir entendu ou appelé la personne protégée, sauf si l'audition est de nature à porter atteinte à sa santé ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté⁴⁸. À l'adresse de la personne chargée de la protection, le législateur a rappelé que la personne protégée doit recevoir, selon des modalités adaptées à son état, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part⁴⁹. Une telle information apparaît indispensable dans un domaine aussi sensible que les actes relatifs à la personne. Elle permet de s'assurer que la personne protégée dispose de tous les éléments en vue de décider de manière éclairée ou, à tout le moins, de prendre part à la décision, dans la mesure où son état le permet.

Le régime des actes relatifs à la personne

Les actes strictement personnels

L'article 458 du Code civil précise que, sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes relatifs à la personne du majeur dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Sont ainsi réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. Ces actes, dont la liste n'est nullement exhaustive, sont considérés comme relevant d'une sphère tellement intime que nul n'est autorisé à représenter la personne ou à l'assister lorsque sa volonté n'est pas suffisamment consciente. Un tel principe érigé dans le respect de la personne protégée peut, néanmoins, avoir pour effet de la priver de la jouissance même de ses droits. Par exemple, dans une espèce tranchée par la Cour de cassation le 4 juin 2007, un majeur qui a exprimé sa volonté d'adopter les enfants de sa compagne, alors qu'il était placé sous curatelle, ne s'est pas vu reconnaître – après l'instauration d'une tutelle – le droit d'être représenté par son tuteur pour solliciter cette adoption en justice⁵⁰.

⁴⁶ . Bull. Civ. I, n° 156, D.1989, p.493, note J. MASSIP ; JCP G 1990, n° 21467, note T. FOSSIER.

⁴⁷ . Philippe MALAURIE, Defrénois 2008, n° 38569.

⁴⁸ . Article 1220-3 du Code de procédure civile.

⁴⁹ . Article 457-1 du Code civil.

⁵⁰ . Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, Bull. Civ. I, n° 218 ; la requête en adoption n'est pas comprise dans la liste des actes strictement personnels mais la décision permet d'illustrer les conséquences de la règle posée à l'article 458 du Code civil.

Les autres actes personnels

Les autres actes relatifs à la personne, sauf ceux soumis à des dispositions particulières, sont régis par l'article 459 du Code civil, qui transpose à la matière le principe d'individualisation des mesures de protection. Ce texte pose le principe selon lequel la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Ce n'est qu'après avoir constaté que l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, que le juge peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection, qu'elle soit placée sous tutelle ou sous curatelle. Au cas où cette assistance ne suffirait pas, le juge peut, le cas échéant, après l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser le tuteur à représenter l'intéressé⁵¹.

Pour l'accomplissement des actes personnels les plus graves, l'article 459 alinéa 3 du Code civil prévoit l'intervention du juge des tutelles : sauf cas d'urgence, son autorisation est requise lorsque la personne chargée de la protection doit prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée. L'absence de définition légale de ces notions soulève des interrogations, notamment au sujet des actes médicaux. S'agissant de la notion d'intégrité corporelle, certains auteurs l'envisagent au regard de « *la nécessité de protéger le corps humain dans sa substance et son intimité la plus essentielle*⁵² ». Des actes tels qu'une amputation ou toute autre ablation peuvent aisément s'analyser comme portant une atteinte grave à l'intégrité corporelle, en ce qu'ils remettent en cause la complétude du corps humain. En revanche, la gravité de l'atteinte causée par les autres actes médicaux est moins aisée à déterminer. La gravité de l'atteinte doit-elle résulter de la nature de l'acte envisagé ou peut-elle s'apprécier au regard des risques que l'acte fait encourir à la personne protégée ? De nombreuses requêtes présentées aux juges des tutelles font apparaître que les mandataires judiciaires ont tendance à analyser la gravité de l'atteinte du point de vue des risques encourus. Par exemple, une décision a été rendue récemment par un juge des tutelles au sujet d'une coloscopie sous anesthésie générale. Il a été jugé que la décision relative à un tel acte ne requiert pas l'autorisation du juge des tutelles⁵³. À cet égard, il importe de relever que c'est au jour où il statue que le juge doit apprécier si la décision a « *pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée* ».

Une autre question se pose quant à l'articulation entre les dispositions générales du Code civil et les dispositions du Code de la santé publique ou du Code de l'action sociale et des familles. L'article 459-1 du Code civil énonce que « *l'application de la présente sous-section [comprenant l'article 459 susvisé] ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal* ». Ce texte qui présente une acuité particulière en matière médicale, fait l'objet de différentes lectures : certains professionnels considèrent que lorsque les dispositions spéciales du Code de la santé publique s'appliquent, elles dérogent aux dispositions générales du Code civil ; d'autres proposent de combiner les textes⁵⁴. Les enjeux de cette question sont très importants : appliquer les seules dispositions spéciales du Code de la santé publique conduit à laisser inappliquées les dispositions de l'article 459 du Code civil prévoyant une autorisation du juge pour toute décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle. Une telle solution ne nous paraît pas compatible avec la volonté du législateur d'assurer une protection particulière à la personne protégée pour de tels actes. Il nous semble que les dispositions du Code civil déterminant les pouvoirs du tuteur ont vocation à s'appliquer en toutes circonstances mais qu'elles ne dérogent pas aux dispositions spéciales du Code de la santé publique relatives au champ d'intervention du tuteur⁵⁵.

Près de deux ans après l'entrée en vigueur de la réforme, il subsiste des difficultés d'interprétation et d'application des textes. Toutefois, force est de relever que les dispositions nouvelles édictées en vue d'assurer un plus grand respect de la personne protégée ont suscité une importante remise en cause de leurs pratiques par tous les acteurs des mesures de protection. En cela, la loi du 5 mars 2007 mérite d'être saluée.

⁵¹ . Il convient de préciser que l'article 459 alinéa 4 du Code civil autorise la personne chargée de la protection à prendre les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à la personne protégée ; elle doit en informer sans délai le juge.

⁵² . F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, 6^e éd., 1996, n°71.

⁵³ . Tribunal d'instance de Nice, 4 février 2009, D. 2009, p.1397, obs. T. VERHEYDE.

⁵⁴ . *Ibid.*

⁵⁵ . Le même raisonnement est applicable aux dispositions du Code de l'action sociale et des familles.

Annexe VIII : Grille individuelle d'évaluation du niveau de fragilité

Grille individuelle d'évaluation du niveau de fragilité

Proposée par le GTR Bien Vieillir du PRSP et le réseau RéGéCA de Champagne Ardenne

Version expérimentale février 2009

Cet outil est destiné à l'évaluation rapide du profil de fragilité des personnes âgées. L'évaluation est faite par tout acteur du champ gériatrique formé à l'évaluation de l'outil, à partir de questions posées au senior et/ou à la personne de référence présente ou contactée par téléphone. La grille n'est pas une évaluation gériatrique, mais dessine un profil de risque de fragilité et donne un signalement des problèmes et des facteurs susceptibles d'influencer le déclin fonctionnel.

NOM & PRENOM de la PERSONNE.....

ANNEE DE NAISSANCE AGE Sexe

Date évaluation	N° Structure	Fonction de l'évaluateur	N° Personne	POIDS (en Kg)	TAILLE (en cm)	Code postal	Statut marital

Volet A	Profil gériatrique et facteurs de risques			
	0	1	2	Score
Age	74 ans ou moins	Entre 75 ans et 84 ans	85 ans ou plus	
Provenance	Domicile	Domicile avec aide prof.	FL ou EHPAD	
Médicaments	3 médicaments ou moins	4 à 5 médicaments	6 médicaments ou plus	
Humeur	Normale	Parfois anxieux ou triste	Déprimé	
Perception de sa santé par rapport aux personnes de même âge	Meilleure santé	Santé équivalente	Moins bonne santé	
Chute dans les 6 derniers mois	Aucune chute	Une chute sans gravité	Chute(s) multiples ou compliquée(s)	
Nutrition	Poids stable, apparence normale	Perte d'appétit nette depuis 15 jours ou perte de poids (3kg en 3 mois)	Dénutrition franche	
Maladies associées	Absence de maladie connue et traitée	De 1 à 3 maladies	Plus de 3 maladies	
AIVQ (confection des repas, téléphone, prise des médicaments, transports)	Indépendance	Aide partielle	Incapacité	
Mobilité (se lever, marcher)	Indépendance	Soutien	Incapacité	
Continence (urinaire et/ou fécale)	Continence	Incontinence occasionnelle	Incontinence permanente	
Prise des repas	Indépendance	Aide ponctuelle	Assistance complète	
Fonctions cognitives (mémoire, orientation)	Normales	Peu altérées	Très altérées (confusion aiguë, démence)	
Total / 26				

TOTAL Volet A		
< ou = 8 : Personne peu fragile	[9-11] : Personne fragile	> ou = 12 : Personne très fragile

Volet B	Données complémentaires			
	0	1	2	Score
Hospitalisation au cours des 6 derniers mois	Aucune hospitalisation	1 hospitalisation de durée < 3 mois	Plusieurs hospitalisations ou 1 seule > 3 mois	
Vision	Normale (avec ou sans correction)	Diminuée	Très diminuée	
Audition	Normale (avec ou sans correction)	Diminuée	Très diminuée	
Support social / entourage	Couple (ou famille)	Seul sans aide	Seul avec aide	
Aide à domicile professionnelle	Aucun besoin	Aide unique occasionnelle	Aide quotidienne ou multiple	
Aidant naturel	Aucun besoin	Aide unique occasionnelle	Aide quotidienne ou multiple	
Perception de la charge par les proches	Supportable	Importante	Trop importante	
Habitat	Adapté	Peu adapté	Inadéquat	
Situation financière	Pas de problème	Aide déjà en place	Problème identifié et absence d'aide	
Perspectives d'avenir selon la personne	Maintien lieu de vie actuel	Maintien lieu de vie et renforcement aides	Changement de lieu de vie souhaité	
Perspectives d'avenir selon son entourage	Maintien lieu de vie actuel	Maintien lieu de vie et renforcement aides	Changement de lieu de vie souhaité	

TOTAL Volet B (sur 22)
Plus le score est élevé, plus grande est la fragilité

Cette grille est une adaptation de la grille SEGA (Short Emergency Geriatric Assessment ou Sommaire de l'Evaluation du profil Gériatrique à l'Admission). Auteurs : SCHOEVAERDTS Didier, BIETTLOT Serge, MALHOMME Brigitte, REZETTE Céline, GILLET Jean-Bernard, VANPEE Dominique, CORNETTE Pascale, SWINE Christian, La Revue de Gériatrie : 2004, vol.29, n°3, pp.169-178

REMARQUES DE L'EXPERIMENTATEUR

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

PRINCIPAUX PROBLEMES REPERES

.....

.....

.....

.....

Propositions d'actions pour diminuer le niveau de fragilité

Besoins repérés par l'évaluateur d'une prise en charge médico-sociale OUI ☐ NON ☐

- | | |
|---|--|
| ☐ assistante sociale | ☐ protection juridique |
| ☐ auxiliaire de vie | ☐ portage de repas |
| ☐ garde de jour | ☐ téléalarme |
| ☐ garde de nuit | ☐ activité physique ou sportive |
| ☐ hébergement temporaire | ☐ vie associative |
| ☐ accueil de jour | ☐ soutien aidant naturel |
| ☐ entrée en EHPAD | ☐ autre action / à préciser |
| ☐ demande d'A.P.A. | |

TRANSMISSION AU MEDECIN TRAITANT OUI ☐ NON ☐

Besoins repérés par l'évaluateur d'une prise en charge sur décision médicale OUI ☐ NON ☐

- ☐ évaluation gériatrique complète
- ☐ prise en charge médicale ciblée
- ☐ kinésithérapeute
- ☐ psychologue
- ☐ ergothérapeute
- ☐ orthophoniste
- ☐ diététicien
- ☐ atelier équilibre
- ☐ éducation thérapeutique du patient
- ☐ soutien nutritionnel
- ☐ autre action / à préciser

GUIDE D'UTILISATION DE LA GRILLE D'EVALUATION DU NIVEAU DE FRAGILITE
DES PERSONNES AGEES EN CHAMPAGNE-ARDENNE

Définition de la personne âgée fragile par le Groupe technique régional Bien Vieillir du PRSP

« C'est une personne présentant un état instable conduisant à un risque de décompensation somatique, psychique ou sociale, secondaire à un évènement même minime ; cet état est potentiellement réversible, s'il est identifié, et si des actions adaptées sont mises en place. »

Volet A :

Provenance : *La personne vit-elle à domicile ou en lieu de vie collectif ? Si elle vit à domicile, reçoit-elle une aide professionnelle ?*

(FL : Foyer Logement ; EHPAD : Etablissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes)

Médicaments : *Combien de médicaments différents la personne prend-elle par jour ?*

Considérer chaque substance différente prise au moins une fois par semaine.

Humeur : *Au cours des trois derniers mois la personne s'est-elle sentie anxieuse, triste ou déprimée ?*

La question posée est celle du « moral ». On peut demander : *Vous sentez-vous bien, êtes-vous anxieux, êtes-vous souvent triste ou déprimé ? Prenez-vous des antidépresseurs depuis moins de trois mois ?*

Perception de sa santé : *Par rapport aux personnes de votre âge, diriez-vous que votre santé est meilleure, équivalente, moins bonne ?*

Cette question doit être posée directement à la personne.

Chute durant les six derniers mois : *Au cours des 6 derniers mois, la personne a-t-elle fait une chute ?*

Par chute compliquée, on entend une chute ayant nécessité un bilan médical.

Nutrition : *La personne a-t-elle actuellement un appétit normal, un poids stable ? Durant les 3 derniers mois, la personne a-t-elle perdu du poids sans le vouloir ?*

Si la personne n'a pas de problème évident de nutrition, d'appétit ou de poids, on code (0) ; si elle a une diminution nette de l'appétit depuis au moins 15 jours, on code (1) ; si elle est franchement dénutrie et a perdu sans le vouloir plus de 3 kg en trois mois, on code (2).

Autant que possible veuillez renseigner le poids et la taille dans les items au début de la grille, ce qui permettra de calculer l'IMC (Indice de Masse Corporelle). Dénutrition si IMC < 21.

Maladie associées : *La personne souffre-t-elle d'une ou plusieurs maladies nécessitant un traitement régulier ?*

Mobilité : *La personne a-t-elle des difficultés pour se lever et/ou pour marcher ?*

Cette zone explore l'indépendance de la personne dans les transferts de la position assise à la position debout et la marche. Le soutien peut être technique (canne, déambulateur) ou humain, on code (1). L'incapacité se définit par l'impossibilité de se lever et/ou de marcher, on code (2) dans cette situation.

Continence : *La personne a-t-elle des problèmes d'incontinence, utilise-t-elle des protections ?*

Si la personne n'a pas d'incontinence urinaire ni fécale, on code (0). Si elle a des pertes occasionnelles ou une incontinence seulement la nuit, on code (1) ; si elle est incontinente urinaire et/ou fécale en permanence, on code (2).

Prise des repas : *La personne a-t-elle des difficultés pour prendre ses repas, doit-elle être aidée, doit-on lui donner à manger tout au long du repas ?*

Si la personne est tout à fait indépendante, on code (0) ; si son état nécessite une préparation des aliments dans l'assiette et des instructions pour le repas, on code (1) ; si elle nécessite une assistance complète pour les repas, on code (2).

Activités instrumentales de la vie quotidienne (AIVQ) : La personne a-t-elle des difficultés pour accomplir des activités quotidiennes telles que préparation des repas, usage du téléphone, gestion des médicaments, formalités administratives et financières à accomplir... ?

Si la personne est tout à fait indépendante, on code (0) ; si son état nécessite une aide partielle pour réaliser au moins une de ces activités, on code (1) ; si elle nécessite une assistance complète, on code (2).

Fonctions cognitives : Au vu de votre entretien, diriez-vous que la personne a des problèmes de mémoire, d'attention, de concentration, ou de langage ?

Par fonctions cognitives on entend mémoire, attention, concentration, langage, etc. Il ne s'agit pas de faire une évaluation neuropsychologique ou un mini-mental test (MMSE), mais d'apprécier la situation connue du patient à cet égard. Soit la personne n'a pas de problème de mémoire à l'évidence et on code (0) ; soit il y a un doute sur l'intégrité des fonctions cognitives et on code (1) ; soit les fonctions cognitives sont connues pour être altérées et l'on code (2).

- ➔ **COTATION SUR 26 :** Elle indique l'intensité du profil de fragilité en reflétant globalement le nombre de problèmes signalés ; il est clair que ce chiffre n'a qu'une valeur indicative. On peut considérer que le profil de la personne est peu fragile pour un score inférieur ou égal à 8, qu'il est moyen pour un score compris entre 9 et 11 et qu'il est très fragile pour un score supérieur ou égal à 12.

Volet B : Données complémentaires. Cette partie regroupe des facteurs susceptibles d'influencer le plan de soins et d'aides. Les facteurs sensoriels, le recours à l'hospitalisation y sont pointés ainsi que des facteurs propres aux aides existantes et à l'aidant principal (perception de la charge de soins) ainsi que les facteurs propres aux attentes de la personne et de ses proches.

Hospitalisation récente : La personne a-t-elle été hospitalisée durant les 6 derniers mois ? Combien de fois a-t-elle été hospitalisée ? Une hospitalisation a-t-elle duré plus de 3 mois ?

Vision : La vue de la personne, avec des lunettes si elle en porte, est-elle normale, diminuée ou très diminuée ?

Audition : L'ouïe de la personne, avec des prothèses auditives si elle en porte, est-elle normale, diminuée ou très diminuée ?

Support social / entourage : La personne vit-elle seule à domicile, en couple, ou avec un ou plusieurs membres de sa famille ?

Aide à domicile professionnelle : Selon vous, la personne de l'aide à domicile de la part de professionnels ? Cette aide est-elle occasionnelle ou quotidienne ? Combien de services différents interviennent-ils à son domicile ? L'aide peut-être à visée soit sanitaire, soit médico-sociale, soit sociale.

Aidant naturel : La personne a-t-elle besoin de recevoir de l'aide à domicile de la part de sa famille ? Cette aide est-elle occasionnelle ou quotidienne, combien de personnes différentes interviennent-elles à son domicile ?

Perception de la charge par les proches : l'accompagnement de la personne est-il vécu par son entourage comme supportable, importante ou trop importante ? Si l'entourage est absent, on code (2).

Habitat : De votre point de vue de professionnel, diriez-vous que l'habitat de la personne est adapté, peu adapté, ou inadéquat ?

Cette zone explore l'influence des conditions d'habitat sur l'autonomie de la personne. Exemples : chambre à l'étage, éclairage déficient, salle de bains non aménagée, absence de barres d'appui, etc.

Situation financière : la personne vous semble-t-elle avoir des difficultés sur le plan de ses ressources ? A-t-elle demandé une aide ? La reçoit-elle déjà ? Il s'agit d'une appréciation déclarative par la personne.

Perspectives d'avenir selon la personne : Cette question doit être posée directement à la personne. Dans les 6 prochains mois, envisagez-vous de modifier votre mode de vie ? Par exemple : renforcer les aides à domicile familiales ou professionnelles, changer de lieu de vie, entrer en maison de retraite ?

Perspectives d'avenir selon l'entourage : Cette question doit être posée directement à l'aidant naturel de la personne. Dans les 6 prochains mois, envisagez-vous la nécessité de modifier le mode de vie de votre parent ? Par exemple : renforcer les aides à domicile familiales ou professionnelles, changer de lieu de vie, entrer en maison de retraite ? Ces deux dernières questions permettent de noter une discordance entre l'avis de la personne et celui de ses proches, notamment sur l'entrée en institution