

Séminaire "sujet de droit vulnérable" du 9 novembre

Discussion autour de l'intervention de Gilles Raoul-Cormeil

"Qu'est-ce que protéger? Le droit civil à l'épreuve de la vulnérabilité et de ses mutations"

Clotilde Nouet : Merci beaucoup pour cette très, très riche intervention, une première question sur l'effet de la CIDPH : la personne devient le centre de la protection, on abandonne les mots « blessants » d'incapables, vous voyez cela comme le signe d'une évolution générale du droit et de la conscience sociale, ou est-ce que la CIDPH a un effet favorable sur cette évolution selon vous?

Gilles Raoul-Cormeil : L'humanisation du droit des majeurs protégés est ancienne (Demolombe, Carbonnier) même si la route a pu sembler sinueuse, car le respect de la personne protégée rencontre toujours, à un moment donné, la sécurité juridique des tiers. En ce qui concerne votre question sur l'influence de la CIDPH, cette convention internationale n'est pas comme les autres. Les civistes ne sont pas familiarisés avec les conventions onusiennes ; généralement, les évolutions du droit international proviennent moins des textes, des conventions, que des juges qui condamnent la France. Les condamnations de la France ont été si retentissantes pour le droit français que l'on se dit qu'une convention sans juge n'a guère de force contraignante. De surcroît, la première fois que j'ai lu la CIDPH, je n'ai perçu aucun écart avec le droit français, issu de la loi du 5 mars 2007. La prise de conscience est venue avec le rappel à l'ordre du comité de suivi. Les difficultés d'interprétation sont imputables à l'usage de termes vagues ou ambigus contenus dans la CIDPH. Ainsi, par exemple, 1er point : la confusion entre la personnalité juridique et l'incapacité d'exercice, le droit civil ne réduit pas du tout la personnalité juridique de la personne protégée ; 2ème point : la confusion entre personnes handicapées et personnes protégées ; le droit civil recourt à la catégorie de « majeur protégé » pour traiter de la même manière « la personne handicapée », « la personne âgée » ou la « personne dans le besoin », là où le Code de l'action sociale et des familles et le Code de la sécurité sociale leur réserve des traitements distincts. La CIDPH est ambiguë car elle ignore les subtilités du droit français qui sont le produit de son histoire et de ses progrès sociaux. La CIDPH aurait-elle manqué son but ? Non, sa réception par le législateur en 2009, l'attachement du Défenseur des droits à rappeler la France à ses engagements en 2016, nous ont portés à une relecture critique. Les analyses du comité de suivi ont pénétré nos consciences car elles se sont fait l'écho d'analyses sociologiques. On a eu l'impression de redécouvrir notre matière, parce qu'on s'est rendu compte que le refus des mesures devait davantage être pris au sérieux ; faut-il revoir le droit des majeurs protégés et considérer qu'il n'y a pas de mesure sans le consentement des majeurs protégés... pas sûr que ce soit un progrès, mais cela nécessite de repenser « la contrainte ». Le droit des majeurs protégés est-il, en fait, si ce n'est en droit, un droit de contrainte ? Et quelle est la part de contrainte dans ce droit ? Le droit devrait avancer moins masqué. J'ai fait l'apologie d'un droit qui cherche à s'ajuster au besoin individuel de protection mais je n'ai pas assez souligné qu'il pouvait aussi se faire contre les personnes, et c'est sur ce point que la CIDPH est susceptible de nous faire progresser. Il existe une frange de mesures perçues comme un affront personnel, un acte de violence ; il existe des mesures qui ne suscitent qu'un refus et qui font l'objet de frictions persistantes ? Combien d'années a-t-il fallu attendre, y compris après l'entrée en vigueur de la loi de 2007, pour percevoir la procédure de révision de la mesure comme pouvant déboucher effectivement sur la mainlevée ? Les juges des tutelles prononcent, même contre l'avis de la Cour de cassation du 13 avril 2015, des mainlevées de mesure parce qu'elles ne peuvent pas être appliquées... Jusqu'où peut-on aller contre le refus des intéressés d'être protégé ? J'ai regretté de ne pas être entendu sur ce point dans le groupe interministériel. L'article 428 du code civil nous dit que, s'il faut ouvrir d'autres mesures moins contraignantes, faisons-le ! « Moins contraignantes », pour qui ? pour le majeur protégé ou pour la personne en charge

de la mesure ? Le débat n'a pas pris. Et pourtant, peut-on civilement protéger par la contrainte, et ce dans la durée ? Ou est-ce que la protection juridique passe nécessairement par l'adhésion ! C'est un champ de recherche qui s'ouvre pour le sociologue tant le juriste reste sur sa faim !

Benoît Eyraud : pour comprendre toute la finesse du droit civil et de la loi de 2007, il est nécessaire d'être expert en droit ; le progrès porté par la convention réside-t-il dans la simplification du droit pour aider au changement des représentations ou dans un changement de celui-ci pour limiter les mesures substitutives au cas des personnes inconscientes ; d'autres pays de tradition de *common law* ont donné des principes directeurs très forts, est-ce qu'un toilettage, ou une refondation des principes directeurs peut être faite ; c'est une question de "politique législative " dans la manière dont on peut recevoir la convention ?

Gilles Raoul-Cormeil : en t'écoutant, je me souviens du séminaire avec Catalina Devandas organisé à l'université de Lyon III par Hugues Fulchiron. Et me suis dit, ce jour-là, que la rapporteure de l'ONU souhaitait demander au législateur de supprimer les mesures de protection incapacitantes et, partant, d'abroger la loi du 5 mars 2007 ! J'y ai pensé avec effroi... puis, à la réflexion, je me suis demandé si le concept de capacité juridique n'était pas soluble dans celui de consentement, dès lors que l'aptitude à consentir est décisive, certificat médical circonstancié oblige, d'une mesure de curatelle ou de tutelle. Je me suis aussi demandé si, en pratique, ce droit était bien appliqué. C'est un beau droit, certes, c'est un droit très respectueux de l'individualité de chacun.e, mais c'est aussi – dans l'être si ce n'est dans le ressenti - le droit de la contrainte et de l'exclusion sociale pour un certain nombre de personnes ; cela prend beaucoup de temps et de moyens pour le mettre en œuvre de manière satisfaisante, alors pourquoi ne pas se résigner à l'abandonner... Depuis les Romanistes (G. May), le droit des incapables est traversé par une philosophie de la défiance et une philosophie humaniste. Le point d'équilibre est-il toujours satisfaisant ? La question pour les civilistes serait de savoir si l'abandon de ce droit des majeurs protégés, souhaité par les auteurs de la CIDPH en ce qu'il porte des mesures de protection incapacitantes, est un progrès. Le régime civiliste est peut-être trop fin, peut-être trop subtil et si peu appliqué, si peu effectif, tant il exige une solide formation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et même des familles. Inversons alors le problème : est-ce que l'abandon de ce droit serait un recul ou un progrès ? Beaucoup de civilistes considéreraient que ce serait un déclin, une sorte de retour à l'état de nature, un retour en arrière très libéral où les abus de faiblesse triompheraient. Si ce droit infantilise, il doit être abandonné. Mais sans ce droit, quel sera le sort des majeurs protégés ? On pourrait reprendre l'exemple du droit de vote. Ceux qui ont applaudi à l'abrogation de L.5 du Code électoral se sont réjouis de la suppression, en amont, de toute appréciation *in concreto* de la capacité à voter seule en pleine conscience. Or, qu'est-ce qui se passe si, en aval, il y a un abus ? Je ne suis pas sûr qu'il y ait un progrès à laisser le responsable d'un bureau de vote gérer la situation d'un abus commis dans l'isoloir par « l'accompagnateur » de l'article L. 64 du Code électoral. Quant au procureur de la République, son rôle pourtant renforcé par la loi du 5 mars 2007 connaît un recul avec la loi du 23 mars 2019. Je ne suis pas sûr que les sanctions pénales soient suffisamment appliquées pour les abus de faiblesse. L'article 12 de la CIDPH est donc porteur de progrès autant que de régression. On peut se réjouir d'un texte libertaire lorsque la protection est un excès. On peut aussi craindre un texte trop libéral aboutissant à l'abandon des personnes vulnérables.

Benoît Eyraud : au regard de ton expertise sur la légistique, la production de la loi, est-ce qu'il y a des dispositions - par rapport aux enjeux de protection des personnes - d'interprétation des volontés, qui ne mériteraient pas de rentrer beaucoup plus en amont, pour s'adresser non pas seulement aux personnes déjà protégées mais aux protecteurs ?

Gilles Raoul-Cormeil : On pourrait faire remonter les dispositions de l'article 457-1 et 459, alinéa 1^{er} du Code civil à côté de l'article 415 dans un article 415-1... mais le problème ne

réside pas tant dans la loi rédigée que dans la loi appliquée... scrutons les décisions des juges, faisons une étude sur des centaines de jugements ; quel est le temps consacré par le juge à l'individualisation de la mesure ? J'ai entendu des juges reprocher aux notaires le caractère formel des mandats de protection future mais ne peut-on pas reprocher aux juges le caractère standard de leur jugement ? Si l'individualisation de la mesure vient avec le temps de la pratique par le professionnel en charge de protection, quel juge accepte de reprendre son jugement pour affiner son analyse ? Par ailleurs, regardons comment les mesures sont vécues par les intéressés ? Combien sont-ils à vivre dans l'angoisse l'annonce de leur mesure ? Combien sont-ils à l'avoir acceptée avec le temps ? Combien sont-ils à percevoir dans la mesure plus de contrainte que d'accompagnement et de sécurité juridique de leur patrimoine ? Comment améliorer les choses ? Soyons concrets, je regrette le recours excessif à la curatelle renforcée ; elle est souvent mal vécue et utilisée avec beaucoup d'hypocrisie ! Pourquoi y a-t-il 9 curatelles renforcées pour 1 curatelle simple ? La curatelle de l'article 472 du Code civil est une mesure vécue comme une tutelle, à raison, pour toutes les personnes qui vivent par exemple avec l'AAH ! Là, il y a de la contrainte, parce que ce n'est pas la personne qu'on protège, c'est de la contrainte non dite pour prévenir le surendettement, ou éviter les expulsions ; le droit des majeurs protégés est alors instrumentalisé pour atteindre un but social ou collectif, distinct et étranger à l'intérêt de la personne protégée... En ce cas, pourquoi ne pas parler de tutelle allégée, plutôt que de curatelle renforcée ? Cette curatelle serait moins utilisée, si on l'appelait par son nom ! Ce n'est donc pas tout le droit qu'il faut ré-écrire ; ce ne sont que quelques textes qui méritent d'être repensés au regard des principes directeurs qui peinent à être respectés ; l'article 472 du Code civil, dans sa pratique, c'est de l'hypocrisie sans nom ! Dès que surviennent les risques d'expulsion ou de surendettement, le juge recourt à l'article 472. D'autres dérives existent et sont imputables à la méconnaissance du droit civil par les préfetures, les douanes, les services de police, les services de l'état civil dans les mairies. Pour juguler ces dérives, il faudrait lire des centaines de jugements, se saisir de ce corpus, et réfléchir à la manière dont le juge pourrait être mieux éclairé avant d'ouvrir une mesure de protection juridique ; l'écart provient, nous semble-t-il, de la pratique. Ciblons la critique : quelle est la pratique des ordonnances de non-audition ? Combien de temps le juge consacre-t-il à l'audition des majeurs à protéger ? Les médecins inscrits sont-ils bien formés à la rédaction des certificats médicaux circonstanciés et à ces avis qui ruinent les droits fondamentaux des majeurs protégés (C. civ., art. 432, 441 et 442). La jurisprudence de la Cour de cassation révèle, à cet égard, des dysfonctionnements aussi nets que persistants.

Jean-Philippe Cobbaut : sur les questions de santé, il y a un rapprochement entre la protection et la relation de soin qui nécessite une attention grande aux processus d'information et du consentement, ce qui me ramène à des questions centrales que vous avez posées, au temps crucial de la préparation du jugement, comme application de la loi, et à cette notion que vous proposez de « tiercification » pour renverser le sens péjoratif de l'incapacité d'exercice, comme intervention d'un tiers dans le mécanisme ; en éthique, on utilise parfois la notion de « tiercéisation », un dispositif qui permet le traitement de ce dont il s'agit de manière pas seulement formel, ce qui renvoie à la distinction que vous avez fait entre « décision » et « signature » ; ma question donc, comment permettre une tiercification ou une tiercéisation qui nécessite d'explicitier plus les voix par lesquelles les intervenants sont passés pour arriver à la prise de décision ?

Gilles Raoul Corneil : oui, en effet, je pense qu'il est fondamental d'expliquer et de développer le cadre juridique de l'intervention du tiers. La personne en charge de la protection qui assiste ou représente une personne protégée sécurise un acte juridique ; sa signature signifie que l'acte peut engager le majeur protégé parce qu'il a été pris dans son intérêt, défini à partir de sa volonté, de son habitude ou dans le respect de sa personnalité et de sa conscience (ex. du don au denier du culte). Le tiers signe ; mais il ne décide pas toujours seul lorsqu'il signe. Il signe pour valider un processus décisionnel qui associe et engage le majeur protégé, corps et biens. Le code civil ou le code de l'action sociale et des

familles est-il le meilleur écrin à ces définitions ? Expliquer l'office du MJPM, le sens de son identité professionnelle, distinguer ce qui est du ressort de l'auxiliaire de Justice qui applique un jugement et ce qui est du ressort d'une mission sociale qui crée du lien entre un citoyen et ses contractants (bailleurs sociaux, Ehpad, assureurs, etc.), c'est très important, parce que cette formalisation est de nature à réunir tous les modes d'exercice (préposé, mandataire privé...) quand les pouvoirs publics les divisent... Il y a pour chaque décision prise par, avec ou pour le majeur protégé, un cadre juridique commun : dans le DIPM, le MJPM doit connaître la personne et ses projets ; on ne gère pas une mesure de protection juridique comme on gère le patrimoine d'une personne morale ; une personne protégée a un corps, un esprit ; elle souffre, elle a le droit de changer d'avis et changer de projet ; il faut du temps pour apprendre à connaître une personne protégée et cette temporalité est nécessaire ; le cadre juridique des missions exercées par ce tiers qu'est le MJPM doit être précisé pour mieux faire connaître cette profession, la valoriser, justifier aussi la professionnalisation, accompagner leur formation, et justifier des sanctions en cas de manquements. Et cette professionnalisation qui se renforce peu à peu aura un effet bénéfique sur les familles ; le CASF est donc, mieux que le Code civil, l'écrin destiné à accueillir ces nouvelles dispositions ; on ne peut pas avoir les mêmes exigences pour les familles qui exercent les mesures à titre gratuit ! Ne perdons pas de vue que la loi de 2007 a tellement perfectionné le droit civil des majeurs protégés qu'elle a empêché des familles d'en être les acteurs ; c'est pour cela qu'en 2015, on a créé deux habilitations familiales, mesures extrêmement simples, libérales et fondées sur un excès de confiance, parce qu'on voulait simplifier ; la suppression du compte-rendu de gestion est louable, mais pas celle de l'inventaire, ni l'abandon de l'acte de disposition. Le législateur doit améliorer le dispositif en vigueur sans créer une pression sociale impossible à supporter pour celles ou ceux qui vont devoir la mettre en œuvre ; il faut que les contraintes acceptables puissent être comprises et consenties par les sujets.

Fabrice Gzil : il y a un sujet sur le chevauchement entre CASF et code civil, à la lumière de la CIDPH;

Paul Véron : Deux questions ! La première, vous avez peu parlé d'intérêt, beaucoup plus de l'attention aux souhaits de la personne; mais l'article 415 ne fait-il pas primer quand même la question de l'intérêt ? La deuxième : sur la distinction entre personnes et biens, d'un côté pour les personnes on serait de côté de l'irréversible, alors que pour les biens, on serait du côté des actes juridiques, et donc des fictions, de la métaphysique, et donc de décisions réversibles et toujours annulables. Or, est-ce que la distinction ne serait pas entre acte juridique et action matérielle ?

Gilles Raoul Cormeil : la loi de 2007 est plus nette et ferme que celle de 1968 et ce qu'elle affirme que la mesure de protection doit être mise en œuvre dans l'intérêt de la personne protégée. La disposition ne signifie pas que l'intérêt l'emporte sur la volonté. L'effet de rupture doit être recherché par rapport à la confrontation de l'intérêt du majeur protégé et à d'autres intérêts. En 1968, Carbonnier recherchait un consensus entre l'intérêt de la personne et l'intérêt de la famille, pensez à la curatelle pour prodigalité, ou à l'interdiction de la personne en tutelle de tester, au mariage du tuteur autorisé par le conseil de famille (et non pas le juge). Or, ce qu'a fait la législation Jean Hauser, c'est de porter le consensus sur l'évolution de notre époque, le triomphe de l'individualisation. Beaucoup de familles ne l'acceptent pas pour elles. A l'inverse, beaucoup de personnes l'exigent pour elles-mêmes. Or, on ferme un peu facilement les yeux sur les manières dont les familles gèrent les mesures ; il y a évidemment des attitudes très bienveillantes mais il y a aussi de l'infantilisation ; l'intérêt du majeur protégé, ce n'est pas seulement en lien avec la volonté, c'est une direction, un cap ! Et je n'ai jamais dit, ni laisser entendre, que l'intérêt individuel du majeur protégé surpasserait l'intérêt général ; il y a des cas où s'impose l'intérêt général; par exemple, il y a des cas de repris de justice exposés à des récidives, un MJPM doit organiser, par ex., l'éloignement du majeur protégé « pédophile » pour qu'il soit loin d'une école et de

ses enfants ; mais il est vrai que c'est l'article 415 qui donne une solution quand intérêt et volonté s'opposent ; et la CIDPH nous fait avancer quand elle nous dit que l'intérêt ne doit pas passer devant la volonté ; et il y a des décisions de la CEDH qui vont dans ce sens ; il faut dissocier qui a été défini par une volonté déclarée et l'intérêt défini à partir d'une volonté supposée, qui ne peut plus être exprimée, être réitérée... dans ces cas marginaux, l'intérêt permet de faire avec ou sans la volonté... La question est trop importante pour qu'on raisonne à vide. L'éthique de la protection juridique des majeurs doit inspirer un texte, à nouveau. On manque sans doute d'une règle pour dire que seul le juge peut faire prévaloir l'intérêt sur la volonté contraire du majeur protégé (arg. art. 469)... On retrouve alors le problème de la contrainte ! Que se passe-t-il quand une personne s'oppose, refuse la mesure, refuse une décision et qu'on lui oppose : « mais c'est dans votre intérêt ! » Il faut une disposition sur la contrainte. Je l'ai dit au groupe de travail interministériel, il faut arrêter de mettre la poussière sous le tapis. Mais on m'a répondu que ce n'est pas le problème... Alors on continue à instrumentaliser le droit des majeurs protégés et à le percevoir ou à le ressentir comme un droit de contraintes, c'est une hypocrisie ; souvent, on m'appelle et on me dit, tel majeur ne paie pas son loyer, ou refuse de se soigner, est-ce qu'il ne faut pas le mettre en tutelle, on y arriverait alors ? Peut-être mais notre droit des majeurs protégés n'est pas un droit de la contrainte, c'est un droit du lien social, pour permettre à des personnes qui ne peuvent plus s'exprimer, ou à des personnes qui ont dû baisser les bras et qui compromettent leurs intérêts. Le pluriel exprimé par l'article 425 du Code civil c'est le passé, les intérêts patrimoniaux acquis. Or l'intérêt - au singulier - celui de l'article 415 du Code civil c'est l'avenir, comment aller dans le sens de la défense de leurs intérêts tout en ménageant l'intérêt du majeur protégé, ses droits fondamentaux et sa dignité ! Je dis toujours aux MJPM que je forme, vous êtes des défenseurs des droits ! Vous n'êtes pas là pour brimer la volonté de la personne ! Il faut aborder frontalement le problème de la contrainte et dire que seul le juge a le pouvoir d'arbitrer entre la volonté et l'intérêt du majeur protégé. Et les plus expérimentés me répondent que ce n'est pas par la contrainte qu'on tisse un lien de confiance et de respect mutuel. Si le désaccord persiste, alors le juge et seulement le juge de l'ordre judiciaire doit statuer et trancher... à moins qu'on dise il ne faut plus de mesure... Et oui, j'accepte que la mainlevée soit un possible juridique à l'horizon !

Pour aller plus loin : l'intérêt personnel ne s'analyse pas de la même manière qu'un intérêt patrimonial qui engage des tiers, débiteurs ou créanciers ; est-ce que l'intérêt personnel l'emporte sur l'intérêt patrimonial, c'est une question qui a animé les juristes, spécialement les auteurs de la théorie des actes mixtes (Colloque de Caen, avec Thierry Verheyde, 21 mars 2014) !

Arnaud Béal : du point de vue de la psychologie sociale, vous avez montré la complexité et les relations dialectiques entre le droit et le sens, dans un contexte où le droit cherche à changer les pratiques de sens commun ; vous montrez bien aussi la tension entre l'idéal et les pratiques ; idéal dans l'article 12 de la CIDPH, mais aussi des dispositions de textes de loi. J'ai bien aimé quand vous dites, « on est resté en 1804 », on a parfois des réactions primaires, j'ai entendu alors archaïques, et je trouve cela intéressant ; vous mobilisez aussi "la solidarité", et pas seulement les "intérêts", est-ce que la solidarité est présente dans nos représentations du droit des majeurs protégés ; et puis, cette « tiercification », vous montrez cette complexité de la vie sociale où les autres sont toujours là, le rapport aux droits est toujours un rapport aux autres ; l'individu est pensé par l'autre à travers ses manques et ses vulnérabilités.

Gilles Raoul Cormeil : sur la solidarité, vous avez complètement raison de nous interpellé sur les représentations de cette matière, solidarité familiale et étatique, dans l'article 415, alinéa 4, il y a la prééminence familiale, puis l'Etat ; dans le *Vocabulaire Cornu*, au mot « solidarité », on voit que le droit des majeurs protégés est un mécanisme de solidarité familiale, comme le droit des aliments ou la réserve successorale ; mais il y a aussi une condition, pleine d'ambivalence, c'est la réciprocité, non seulement le majeur protégé peut

attendre de sa famille une prise en charge de sa mesure, c'est le majeur protégé qui est créancier de ses relations familiales; mais il peut aussi être débiteur ! Car ce n'est pas parce qu'on est majeur et protégé qu'on n'a plus d'obligations familiales à l'égard des siens ; le texte était explicite en 1968, à l'article 488, alinéa 3 du Code civil ; les mandataires connaissent bien les conflits sur les obligations alimentaires, ou inversement sur les appréhensions de faire porter un poids aux enfants. Cette réflexion nous ramène à l'intérêt, quand on bascule vers la solidarité, il y a des formes de réciprocité; Or, en allant vers le lien citoyen-Nation, la réciprocité est plus diluée.

Paul-Loup Weil-Dubuc : ma question est sur la contrainte, les relations sociales imposent des incapacités (cf. Mauss, les techniques du corps), des interdictions qui règlent nos comportements depuis l'enfance, interdictions de fait, et de droit. Que peut le droit par rapport à des interdictions qui nous frappent, et qui sont en quelque sorte infra-juridique ? Ma question porte notamment sur les personnes atteintes de troubles cognitifs, par exemple les interdictions à table, ou dans les discussions du cercle familial ; que peut le droit concernant des personnes qui ne peuvent pas se mobiliser ou signaler ces atteintes, contrairement à d'autres groupes qui ont été touchés par ces interdictions de droit? (comme l'incapacité des femmes mariées); autres exemples : se déplacer, aller faire ses courses, des actes de la vie quotidienne...

Benoît Eyraud : je rebondis sur l'alimentation, dans les EHPAD, on sait que c'est une difficulté importante!

Gilles Raoul-Cormeil : Votre question me rappelle l'impression à laquelle le Doyen Carbonnier en 1968 à tenter d'échapper dans la protection de la personne : "on ne peut pas par le droit tout régir"; certes, la législation Jean Hauser a ajouté un certain nombre de textes sur la protection de la personne, aux articles 457-1 à 463, mais plutôt sur des actes juridiques et pas sur des actions matérielles; libérer les personnes protégées de toutes les contraintes matérielles ; et de fait, c'est sans doute une conséquence négative du statut; le statut ce devrait être un bouclier, et non pas des chaînes ; je comprends mieux vos réticences à l'égard du statut de majeur protégé; pour un juriste, un statut s'inscrit dans le temps long de la protection du droit, qui dépasse l'acte juridique, qui permet l'interruption des prescriptions (article 2235 du code civil : ce temps qui ne court plus contre les personnes en tutelle) ; le CASF devrait contenir une disposition, avec une visée notamment prophylactique; il faut redire que le MJPM est le défenseur des droits des personnes protégées et qu'elles doivent exister dans leurs mesures et au-delà ! Cela passe par l'éthique, et la formation, plus que par les textes! Rajouter des textes, ce n'est pas toujours la bonne solution tant les règles inutiles affaiblissent ceux qui sont absolument nécessaires ! On peut être en EHPAD et être soumis à toutes ces interdictions de fait sans être sous tutelle; et parfois, quand on est protégé, on peut avoir un tiers qui intervienne pour réduire ces interdictions de fait...

Fabrice Gzil : le séminaire porte sur "le sujet de droit", et la manière dont on l'appréhende théoriquement ; on continue à utiliser des catégories (capacité, volontés, intérêts...) d'une psychologie rationnelle un peu datée, d'une conception d'une métaphysique sociale un peu datée...Est-ce que réfléchir en termes de capacités, volontés, intérêts, ne nous bloque pas un peu? Dans les mesures d'anticipation, ne faudrait-il pas exprimer des intentions plutôt que des volontés, c'est peut-être plus réaliste et plus prudents? Dans le même ordre d'idées, j'ai du mal à parler de « mes intérêts », mais je peux aisément évoquer « mes attachements », ce qui compte pour moi; est-ce qu'il faut une nouvelle psychologie rationnelle, ou une nouvelle vision du sujet? Et quelle est la place du mandat de protection future, j'y sens une petite dissonance avec les grands concepts français?

Gilles Raoul Cormeil : je partage tes réserves ; j'aurais dû traiter le mandat de protection future plutôt que l'évoquer ; dans la trilogie 1. jugement en application de la loi / 2. publicité pour la sécurité des tiers / et 3. nullité de protection, le mandat de protection future résiste à chaque étape ; le mandat est un contrat et il n'y a donc pas de jugement ; en conséquence, il

n'y pas de publicité (du moins pas avant que la loi de 2015 ne l'exige par une texte de loi inapplicable faute de décret), surtout, le contrat ne peut pas instituer une incapacité ; faute de quoi, il n'y a pas de nullité pour défaut de représentation. Le mandat de protection future, c'est un hybride, la rencontre du contrat et de la tutelle (le mariage de la carpe et du lapin !) ; au 116^e congrès des notaires, en octobre 2020, les notaires ont dit que le mandat de protection future doit être incapacitant, parce que sans incapacité, il n'y a pas de protection effective... ; ils ont aussi proposé de créer une assistance dans le mandat de protection future ; mais l'assistance pourrait avoir 3 sens qui revisiteraient tout le dispositif contractuel ; le mandat de protection future pourrait ainsi connaître son changement de paradigme tant il est vrai qu'il n'y a que des avantages à mettre les pouvoirs dans la lumière plutôt que les incapacités ; Nathalie Peterka et Anne Caron Deglise sont très en avance sur ces points ; plus d'incapacité générale, c'est sûr, pour des incapacités spécifiques, je ne sais pas. Avec la notion de pouvoir, c'est le tiers qui est mis sous les feux de la rampe, et il faudrait rendre public – seulement pour les banques, les juges, les notaires, et les auxiliaires de Jutsice – les pouvoirs d'assistance et de représentation, avec leur durée, leur titulaire, et le fondement contractuel ou judiciaire. Il y aurait alors des garanties procédurales sur l'assistance et la représentation ; il faut qu'il y ait une publicité des pouvoirs (cf. colloque Bordeaux 25 mai 2018) ; la sécurité juridique et le respect des plus faibles nous portent à rendre public les pouvoirs civils plutôt que les incapacités juridiques; l'interversion du pouvoir et de l'incapacité, qui se répondent, n'a que des avantages, tant les réticences liées au respect de la vie privée peuvent justifiées des dispositifs analogues à la mention « RC » dans l'acte de naissance ; la publicité des pouvoirs, mêmes contractuels, les mandats, les simples procurations, servirait l'inclusion sociale des personnes protégées ; la publicité des pouvoirs faciliterait le traçage des décisions, de déceler les abus de faiblesses et de les sanctionner le cas échéant, de revenir en arrière pour annuler les décisions préjudiciables ; il y a des processus d'abus, de captation de consentement qui n'existent pas seulement pour les personnes protégées, qui concernent une population plus large ; la traçabilité des processus décisionnels, et la publicité de tous les pouvoirs serait une avancée sociale. Quant on songe que le notariat a proposé de prendre en charge cette réforme, on ne comprend pas les réticences de la Chancellerie... je vous remercie de votre écoute.