

Discours de Philippe POTENTIER, Rapporteur Général
du 102^{ème} Congrès des Notaires de France à Strasbourg.

Monsieur le Garde des Sceaux, Mesdames et Messieurs les hautes personnalités, Mesdames et Messieurs, Mes chers confrères,

Je vous demande une faveur: celle de ne pas juger, par la lecture d'un moment, sur quelques feuillets pris au hasard, le rapport du 102^{ème} Congrès des notaires de France, mais de le prendre dans son entier pour le commenter. *Si l'on veut chercher le dessein de ses auteurs, on ne peut le découvrir que dans le dessein de l'ouvrage, avertissait, dans sa préface de l'Esprit des lois, Montesquieu qui poursuivait ainsi :*

Nous avons bien des fois recommencé, envoyé mille fois aux vents les pages que nous avons écrites, nous ne trouvions la vérité que pour la perdre. Mais lorsque nous avons découvert nos principes, tout ce que nous cherchions est venu jusqu'à nous ; et..., nous avons vu notre ouvrage commencer, croître, s'avancer et finir.

Les personnes vulnérables implorent le secours. De qui ? De la société tout entière, devant exprimer ses devoirs, mais aussi de nous tous encore pris individuellement ou familialement. Tout est résumé dans cette réponse brève. La nécessité fait loi, elle construit le droit, l'ordre public de protection. Le besoin appelle aussi la volonté des uns et des autres, qui fait le droit autrement, prêt à se substituer au droit nécessaire et urgent, chaque fois qu'il est possible.

Principe de nécessité et principe de subsidiarité s'alternent, se conjuguent, s'additionnent et jamais ne s'opposent, parce que l'un vit de l'autre.

Voici l'articulation majeure de notre ouvrage.

Les première et deuxième commission traduisent et illustrent le principe de nécessité :

Face à la vulnérabilité sous ses diverses formes, la réponse est en premier lieu publique. Elle est aussi graduée, car elle est ordonnée au besoin.

La personne vulnérable doit d'abord être aidée : la première commission révèle ainsi tout le champ de l'aide et de l'action sociales qui visent à accompagner la personne en difficultés.

La personne vulnérable doit être également protégée si plus gravement encore, l'expression de sa volonté est altérée. La deuxième commission examine toute la gamme des mesures de protection, bien connues de nous tous, de la sauvegarde de justice à la tutelle en passant par la curatelle.

Les troisième et quatrième commission déclinent le principe de subsidiarité, en décrivant le champ contractuel de la volonté.

La volonté dessine tout d'abord des figures libres d'assistance. La troisième commission fonde sa réflexion sur le mandat, puis explore d'autres chemins invitant à la contractualisation des rapports familiaux.

La quatrième commission prolonge la réflexion dans le patrimoine. Elle y trouve des alternatives à la constitution, la gestion, la transmission d'un patrimoine au profit de la personne vulnérable.

Le droit des personnes vulnérables se nourrit ainsi à deux sources essentielles du droit :

- La loi dans son acception large
- La volonté dans toute sa dimension

Il en appelle nécessairement une troisième, car il faut de temps à autre un arbitre, un sage qui tranche les conflits, et apaise les situations : le juge.

Voici le triptyque reconstitué, nous invitant à une belle question : quel est finalement dans la construction du droit le rôle de la loi, de la volonté, et de celui du juge ? Je vous propose d'y répondre :

- La loi définit
- La volonté personnalise
- Le juge surveille

La loi définit

Lorsqu'il s'est agi, après les heures troubles et destructrices de la révolution, de construire un droit nouveau, d'éminents civilistes et humanistes se sont rassemblés pour façonner un Code civil. Écoutons Portalis : *l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître dans chaque matière.*

La loi porte en elle trois fonctions :

Elle a une fonction moralisante. On peut discuter à l'infini de sa morale, mais elle doit toujours en contenir une. A cette condition, elle a alors une puissance réfléchissante et contient un volume de sens. *Il faut toujours rattacher les lois des hommes à celles de l'humanité*, disait encore Portalis. C'est ainsi qu'elle est comprise de tous, susceptible d'être acceptée.

Elle a une fonction normative. Elle éclaire et gouverne les rapports humains. Elle cherche dans leur développement un équilibre et une équité. C'est ainsi qu'elle devient une référence.

Elle a enfin une fonction pédagogique. Elle enseigne aux hommes et aux femmes qu'elle est chargée d'administrer et induit leurs comportements, afin que ceux-ci soient raisonnables. C'est ainsi qu'elle est exemplaire.

Appliquée à la vulnérabilité, la loi a toute sa raison d'être.

A la façon de Pascal, je dirai que la vulnérabilité est à l'image de la nature : *c'est une sphère infinie dont le centre est partout et la circonférence est nulle part*. Elle est multiforme et semble une matière insaisissable. Plus que jamais pourtant, l'aide à la personne ou sa protection exige dans son expression légale une unité de la source juridique, dans sa morale, sa règle et son sens.

Est-ce bien toujours le cas, dans notre droit de l'aide sociale, qui ressemble davantage à une mosaïque qu'à une fresque ?

C'est à la racine de la loi que les présidents et rapporteurs des première et deuxième commission ont concentré leur effort, en recherchant à chaque fois le pourquoi et le comment de la règle, la philosophie et l'application de la loi, les fonctions et les exigences de l'aide et de la protection.

De ce travail d'exploration, patient et méticuleux, en ont émergé des propositions, qui ont pour objectif de recentrer la règle, afin qu'elle soit mieux comprise et mieux appliquée. J'en donnerai quelques exemples :

La confrontation de l'aide sociale avec l'obligation alimentaire familiale :

L'aide sociale est subsidiaire : d'abord l'aide familiale, et à défaut l'aide sociale. Oui, mais toujours et en toute circonstance ? Non, ce n'est pas raisonnable. Nous poserons au sein de la première commission le problème de l'étendue de l'obligation alimentaire familiale, en proposant des domaines d'exclusion (celui de la santé et du handicap) pour favoriser les domaines d'élection. Nous reviendrons encore sur le terrain de l'obligation alimentaire, dans sa manifestation ultime, lorsqu'il s'agit de récupérer l'aide allouée au décès du bénéficiaire. Actuellement, le droit de la récupération de l'aide sociale est un véritable maquis où personne ne s'y retrouve, et précisément, on a égaré le sens de la règle. Le temps d'une simplification et d'une clarification est très largement venu.

La protection de la personne, dans son être, requiert également une loi concise, simple dans son énoncé et sa définition.

La silhouette de la protection est une protection à deux faces : la face patrimoniale et celle personnelle.

Pendant longtemps, la protection était essentiellement patrimoniale. S'agissant de la personne en elle-même, la protection de l'être est une idée assez neuve, introduite à la faveur de réformes législatives, glissant des dispositions éparses, faisant appel tantôt à l'autonomie de la personne, tantôt à son représentant légal, tantôt encore au juge des tutelles, tantôt enfin à une personne de confiance. Le statut personnel de la personne protégée reste encore, dans cet assemblage de solutions disparates, une idée confuse. La protection de la personne requiert au contraire une vue unitaire, distincte de celle du patrimoine.

Nous proposerons que le statut de la personne protégée ait une construction symétriquement inverse à celui de son patrimoine. A la présomption d'incapacité, traditionnellement retenue en matière patrimoniale, nous suggérerons une présomption de capacité de la personne, en ce qui concerne sa vie personnelle, éventuellement modulée par le juge des tutelles, suivant l'état d'altération de ses facultés. Il s'agirait là d'une innovation majeure dans notre droit.

Enfin, dans un autre domaine encore, celui des sociétés civiles, alternative patrimoniale intéressante de la protection de la personne, dans la gestion de son patrimoine, nous souhaiterons une innovation législative fondamentale.

Plutôt que de rechercher sous des formes compliquées à contourner la responsabilité indéfinie des associés, lorsque ceux-ci sont des personnes protégées, nous ferons le constat d'échec de cette règle d'un autre âge, en proposant de façon générale une responsabilité limitée des associés, quels qu'ils soient, à concurrence de leurs apports. Libre aux créanciers d'exiger des garanties complémentaires pour à leur tour se protéger, ce qu'ils font déjà, il faut bien le reconnaître.

La loi ne doit pas se perdre dans le détail. Elle doit sans cesse rechercher l'épure, propice aux idées simples et accessibles, car elles seules gouvernent le monde. La loi est par définition générale. Elle a une incapacité essentielle au cas particulier. Seule la volonté personnalise.

La volonté personnalise

La loi est également ce que nous décidons. Le droit n'est pas qu'une expression légale ou réglementaire. Dans une société de liberté, il est aussi le fruit d'une volonté.

Nous devons cette autre source fondamentale du droit à Kant, qui dans le berceau de la philosophie des lumières a forgé le concept de l'autonomie de la volonté. *L'idée de la dignité d'un être raisonnable n'obéit à aucune autre loi que celle qu'il se donne à lui-même.*

N'y a-t-il pas ce matin plus beau message à entendre que celui-ci pour un notaire, lui qui est le porte-plume de la volonté de ses clients.

La volonté créatrice de droit, ce n'est pas seulement son devoir de l'exécuter, ce doit être son œuvre, car il doit l'inspirer.

Les troisième et quatrième commission de ce congrès se sont livrées à cet exercice difficile de solliciter les figures libres juridiques d'assistance, susceptibles d'être créées à côté de celles imposées. Prolongées dans le patrimoine, pour devenir de véritables alternatives, elles constituent un immense champ de découverte et d'exploration. Nous ne pouvions manquer de les relever, de les ordonner puis de vous les proposer, de façon résolue. Les cibles proposées sont nombreuses et variées.

Là où la volonté doit être la plus inventive, c'est sans doute dans la contractualisation des rapports familiaux ou amicaux intéressant des personnes en difficultés.

Il s'agira en premier lieu de vouloir étendre la capacité patrimoniale d'agir des personnes protégées, par l'intermédiaire de leur représentant, par exemple en matière de donations.

Il vous sera également proposé de multiplier les contrats de service à la personne, en exhumant notamment des contrats désuets pour les rénover, tel le bail à nourriture, et les libérer de freins juridiques qui existent encore, tel l'incommodé article 918 du Code civil.

On vous fera redécouvrir le contrat d'assurance-vie, en le visitant d'une autre manière à travers les exigences des personnes protégées.

Dans la foulée du projet de loi portant réforme des libéralités et des successions, on approfondira également les libéralités graduelles et résiduelles, afin d'en révéler le meilleur usage possible.

La figure libre d'assistance la plus remarquable reste encore toutefois celle à inventer, je veux parler du mandat de protection future.

Cette figure n'est pas inconnue, d'abord parce que de nombreuses législations étrangères l'ont adoptée, mais aussi parce que le projet de réforme en cours du droit des incapacités en porte la création.

L'innovation est considérable, car il s'agit, ni plus ni moins, de proposer une alternative volontaire au système légal de protection de la tutelle et de la curatelle.

Toute personne pourrait désormais, en cas d'inaptitude future, désigner une autre personne chargée de la représenter dans sa vie patrimoniale et civile.

Cette figure originale soulève un certain nombre de questions que la troisième commission a voulu aborder avec objectivité et confiance, ce qui n'exclut jamais la prudence.

Dans l'assistance et la protection des personnes vulnérables, la volonté contractuelle, alors qu'elle évolue par principe dans un ordre public de protection, apparaîtra omniprésente, et parfois peut-être, nous objectera-t-on, trop puissante !

Un autre constat s'impose : le droit volontaire n'exclut pas qu'il soit contrôlé et surveillé. Il est temps de faire entrer en scène le dernier acteur de la protection mais sans doute le premier par sa fonction : le juge.

Le juge surveille

Nul ne méconnaît son rôle, mais sans doute plus que jamais, est-il nécessaire de le réaffirmer.

Parfois, le vent de la réforme souffle la tentation de déjudiciariser notre droit. Economie de droit judiciaire, sobriété des dépenses publiques, ces objectifs sont très largement répandus.

Pour autant, le monde des personnes vulnérables révèle une exigence. Plus que jamais, la personne vulnérable doit être protégée. Il y va de la dignité de sa personne, et plus généralement de la dignité de la société tout entière, que l'on peut identifier à la façon dont elle secourt les personnes en difficultés de toutes sortes.

C'est sans doute l'un des défis juridiques de notre siècle naissant que de réaliser ce subtil dosage entre l'indispensable mouvement de liberté dont notre droit doit s'imprégner et la nécessité d'une surveillance par le pouvoir judiciaire.

Le juge doit être à la fois un arbitre familial et une sentinelle de l'ordre social.

C'est le rôle qu'il joue déjà en de nombreuses circonstances : en matière de curatelle, il départage le curateur et le majeur protégé. Il occupe aussi cette fonction au sein d'un conseil de famille.

Son rôle est plus celui d'un décideur sous un régime d'administration légale sous contrôle judiciaire. Sa volonté est indispensable à la formation d'un contrat, dès qu'il s'agit d'un acte important. Aussi souhaitons-nous mettre fin à une pratique courante, sanctionnée par la jurisprudence, de considérer le consentement du juge des tutelles comme la condition d'une obligation, alors que le juge participe réellement à la décision. A cette fin, nous esquisserons la définition d'un contrat à formation progressive, susceptible de répondre à un réel problème pratique. La deuxième commission vous l'exposera.

Ailleurs, les alternatives patrimoniales que nous proposons, celles notamment autour de la société civile de gestion, rendront une intervention du juge plus discrète.

La discrétion ne signifie pas pour autant l'exclusion du juge : la quatrième commission vous rappellera avec insistance les verrous judiciaires indispensables à l'exercice d'une liberté patrimoniale revendiquée.

Même dans un rôle plus effacé, le juge doit rester l'ultime rempart, le recours nécessaire en vue d'éviter les pires turpitudes, les intrigues ou les malhonnêtetés éventuelles.

Il exercera d'autant mieux cette fonction que celle-ci sera allégée dans d'autres domaines. Il interviendra là où il est uniquement nécessaire et utile. Dans cette perspective, nous accueillons favorablement le souhait du gouvernement de distinguer en matière d'incapacité, celle sociale ou économique, qui n'a souvent rien à voir avec une altération des facultés intellectuelles. La mesure proposée dans l'avant-projet visant à un seul accompagnement, sans restreindre la capacité, apparaît d'une grande pertinence. Peut-être conviendra-t-il de réfléchir encore sur la dénomination de cette mesure ? La périphrase proposée de mesure de gestion budgétaire et d'accompagnement social qui déviara vite en acronyme (MGBAS) n'est pas très heureuse. Peut-être pourra-t-on parler tout simplement de guide économique et social, puisqu'il s'agit ici d'encorder la personne vulnérable.

Voici comment l'équipe du 102^{ème} Congrès, si vous adhérez à ses propositions, conçoit le droit des personnes vulnérables ? Un mélange subtil de deux sources de droit : la loi et la volonté. Mozart définissait ainsi la musique : chercher les notes qui s'aiment. La loi et la volonté doivent s'aimer pour composer un droit juste, équilibré et adapté, conjuguant autorité et volonté.

Le droit est finalement peut-être un art, dirait Baudelaire, moitié de transitoire, de fugitif, de contingent, symbolisés par la volonté, l'autre moitié étant l'éternel et l'immuable, représentés par la loi.

