

# La réforme ou la possible réforme de la protection des majeurs en droit japonais

*Takashi Oka\**

- I. Situation du problème
- II. Le système japonais de protection des majeurs
  - 1. La tutelle légale
  - 2. Le mandat de protection future (Nin'i kōken keiyaku: littéralement 'contrat de protection volontaire')
- III. Difficultés et pistes de solution
  - 1. Les difficultés posées par le système de protection des majeurs et propositions de réforme
  - 2. Les difficultés posées par le mandat de protection future et propositions de réforme

## I. SITUATION DU PROBLÈME

Le sujet de la conférence internationale ici présente à Lyon est celui de la réforme du droit civil. Dans mon domaine qui est celui du droit des personnes, il n'y a pas de mouvement de réforme. Cependant la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006, entrée en vigueur en 2008, a été ratifiée par le Japon en 2014. Je souhaite étudier ici plus précisément ce que prévoit son art. 12, la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Les observations générales n°1, produites par le Comité des droits des personnes handicapées (CDPH) en mai 2014,<sup>1</sup> rejettent le système de décision substitutive qui porte atteinte à la capacité juridique de la personne, à l'exception du cas des mineurs. Le système japonais de protection des majeurs est-il conforme à la convention ?

Dans cette contribution, je vais d'abord présenter le contenu et la pratique actuelle de la protection des majeurs au Japon. Ensuite, en me fondant sur le point de vue des Nations Unies, je vais proposer quelques pistes de réforme.

---

\* Professeur à l'Université Gakushūin, Faculté de droit.

1 Disponible à l'adresse : <https://undocs.org/fr/CRPD/C/GC/1>.

## II. LE SYSTEME JAPONAIS DE PROTECTION DES MAJEURS

Depuis avril 2000, le Japon a mis en œuvre trois mécanismes de protection, la tutelle *kōken*, la curatelle *hosa* et l'assistance *hojo*, ainsi que le mandat de protection future *nin'i kōken*.

### 1. La tutelle légale

En correspondance avec le déclin des capacités intellectuelles du majeur, trois sortes d'institutions sont prévues. Après une décision judiciaire de tutelle ou d'une autre mesure de protection, celle-ci est inscrite au registre des tutelles<sup>2</sup>. L'accès y est limité à la personne protégée, au tuteur et à certaines institutions, telles que la juridiction des affaires familiales, (même loi, art. 10). Les mandats de protection future y sont aussi enregistrés.

#### a) La tutelle

Dans le cas d'une personne dont les capacités sont altérées par une maladie mentale, le concerné, son conjoint, un membre de sa famille jusqu'au 4<sup>e</sup> degré ou le procureur de la République peuvent entamer une procédure judiciaire de demande de tutelle qui vise à nommer un tuteur pour adulte (art. 7. C. civ. japonais, ci-après CCJ). En tant que défenseur de l'intérêt public, le procureur est prévu, mais son intervention est rarissime. Pour cette même raison une réforme récente a accordé ce pouvoir au maire de commune (art. 32 Loi sur le bien-être des personnes âgées)<sup>3</sup>.

Ce système ne peut pas être employé pour les handicapés physiques. De même, les systèmes de curatelle et d'assistances, que nous allons exposer plus loin, présupposent le handicap mental.

Les actes juridiques d'un majeur protégé peuvent être annulés, soit à la demande du protégé lui-même soit par son tuteur (CCJ, art. 9). Il en résulte que la capacité juridique de la personne est limitée. Cependant, « les achats quotidiens qui appartiennent aux actes de la vie courante » ne peuvent être annulés et le majeur protégé peut les passer seul (même article).

Jusque 2013, les tutelles (ce qui comprend les curateurs et les assistants, ci-après « tutelles ») étaient à 50% des membres de la famille, depuis cette proportion décline, en 2015, 70% étaient des tiers (avocats, notaires etc.). L'une des raisons à ce phénomène est la crainte que les biens du protégé soient détournés et dans le même sens, lorsqu'il possède plus de 10 millions de yens (environ 80 000€), une fiducie (*shi'en shintaku*) est mise en place.

2 V. *Kōken toki nado ni kan suru hōritsu* [la Loi sur l'enregistrement des tutelles], loi n° 152/1999 (Heisei 11).

3 *Rōjin fukushi-hō* [Loi sur le bien être des personnes âgées], loi n° 133/1963 (Shōwa 38).

Les paiements effectués au moyen des sommes placées en fiducie doivent être autorisés par le juge aux affaires familiales, ils ne dépendent pas de la volonté du protégé.

Une personne morale peut être désignée tutelle (art. 843 al. 4) et il peut y avoir plusieurs tuteurs (CCJ art. 843 al. 3). En ce cas, la répartition des tâches doit être faite en commun (art. 859 al. 2). Lors de l'organisation de la vie courante du protégé, de son suivi médical, de la gestion de ses biens, le tuteur doit « respecter [sa] volonté et prendre en considération l'état de sa personne et de ses conditions de vie » (art. 858). Le tuteur représente le protégé dans la gestion de ses affaires, toutefois il y a controverse au sujet de savoir s'il dispose aussi de ce pouvoir à l'égard des questions de santé et en particulier des interventions médicales. Aujourd'hui, au Japon, le conjoint, à plus forte raison ses enfants, ne bénéficient pas d'un droit de décision sur ce dernier point, en conséquence, la doctrine estime que le tuteur n'en dispose pas non plus. Il est nécessaire que le législateur adopte rapidement une réglementation en la matière.

Les actes du tuteur concernant les biens fonciers du protégé, tels que la « vente, location, résiliation de bail, hypothèque, ou pour toute mesure de la sorte », doivent être autorisés par le tribunal des affaires familiales (art. 859-3). Ceci s'applique aussi aux décisions des curateurs et aux assistants lorsqu'ils ont reçu un pouvoir de représentation (art. 876-3 al. 2, 876-8 al. 2). Toutefois ces derniers ne l'ont pas automatiquement. A la suite d'une réforme du code civil de 2016, le tuteur peut être le destinataire des colis postaux du majeur protégé et il a le droit de les ouvrir. (CCJ, art. 860-2 et 860-3). Cette règle a été adoptée par le législateur pour des raisons pratiques, cependant, il est douteux qu'elle soit conforme à la CDPH.

#### *b) La curatelle (hosa)*

Lorsque la capacité de jugement du majeur protégé est manifestement altérée, il est possible d'exercer une action en demande de curatelle, qui permet la désignation d'un curateur. Les demandeurs sont les mêmes que pour la tutelle (CCJ, art. 11). Le majeur protégé a alors besoin de l'autorisation du curateur pour passer neuf catégories d'acte juridiques importants, tels que la vente immobilière ou l'emprunt (art. 13 al. 1). Le curateur comme le protégé peuvent demander judiciairement que d'autres actes juridiques soient soumis à une telle autorisation (art. 13 al. 2). Les actes passés sans cette autorisation sont susceptibles de révocation (art. 13 al. 4), à la demande du protégé ou de son curateur (art. 120). Ainsi la capacité juridique du majeur sous curatelle est limitée.

Si le curateur refuse de donner son autorisation à un acte juridique où celle-ci est requise, « alors qu'il n'est pas à craindre que cet acte ne porte

atteinte aux intérêts du majeur protégé », le tribunal des affaires familiales peut s'y substituer et l'accorder à la demande du concerné (autorisation subsidiaire, CCJ art. 13 al. 3.).

Lorsque le curateur doit effectuer un « acte juridique déterminé » pour le majeur protégé, un droit de représentation peut lui être délivré, soit à sa propre demande, soit à celle du majeur protégé (art. 876-4 al. 1). Toutefois, l'accord du concerné est requis (art. 876-4 al. 2).

J'é mets ici quelques doutes quant au consentement du majeur protégé. En effet, supposons un cas dans lequel le majeur protégé A vend à un marchand C, sans autorisation du curateur B, un précieux vase de famille dont la valeur est de 100 millions de yens (env. 800 000 €). B a révoqué le contrat, mais C ne veut pas restituer l'objet. B dispose d'un droit d'exécution forcée, et s'il n'existe aucune intention de fraude de la part de A (en cas d'intention frauduleuse, l'acte passé par A ne peut pas être annulé, CCJ art. 21), le contrat de vente est annulé de manière rétroactive (CCJ, art. 121), C doit restituer le vase à A. Supposons que A ne fasse pas de demande de restitution. Ceci pourrait être expliqué par sa capacité de jugement diminuée. Mais il serait aussi possible de l'expliquer par le désaccord du protégé avec la demande du curateur. Que doit-il se passer dans une telle situation ? La doctrine n'est pas claire à ce propos. Pour ma part, il me semble que, afin de rendre effectif le droit révocation (en l'espèce, déterminer quelqu'un qui demande à l'encontre de C la restitution du vase à l'égard de A, car la seule annulation du contrat de vente ne produit pas l'effet voulu), il faudrait prévoir un droit de représentation juridique qui permette d'exercer la demande de restitution et qu'ainsi même en l'absence de consentement conforme de A, on puisse demander la restitution du vase.

### *c) L'assistance*

Dans le cas où les capacités intellectuelles d'une personne s'avèrent insuffisantes, le tribunal aux affaires familiales peut désigner un assistant. Les demandeurs sont les que pour la tutelle et la curatelle (CCJ, art. 15), cependant à la différence de celles-ci, les pouvoirs de l'assistant sont limités. Il dispose de pouvoirs de consentir à certains actes juridiques et de les révoquer. Ces actes sont les neufs actes prévus pour la curatelle. De même, au cas où l'assistant refuse de consentir à un acte, une décision du le tribunal peut s'y substituer (art. 17 al. 3). Dans cette mesure, la capacité juridique du protégé placé sous assistance est limitée.

Si le pouvoir de l'assistant est limité à un pouvoir de représentation, alors la capacité juridique du majeur protégé n'est pas limitée (art. 876-9, al. 1). Une telle personne est pratiquement sur le même plan qu'un majeur non protégé car la diminution de son autonomie de volonté est restreinte. Il

ne s'agit pas de limiter la capacité juridique du majeur, mais de le protéger suffisamment au moyen d'une représentation juridique.

d) *Résumé*

La curatelle et l'assistance sont très peu employées de nos jours, tandis que depuis son introduction, les différentes formes de curatelle sont beaucoup employées.

2. *Le mandat de protection future (Nin'i kōken keiyaku : littéralement 'contrat de protection volontaire')*

Jusqu'à la réforme de mars 2000, une personne, en possession de ses facultés intellectuelles et souhaitant prévenir un déclin futur qui ne lui permette plus de gérer ses affaires, pouvait seulement passer un contrat en vue de la gestion de son patrimoine, en recourant soit au mandat, soit à la représentation. Cette situation posait trois difficultés. La première se posait au moment de la signature du contrat : si les facultés intellectuelles du concerné avaient alors diminué, il était possible que ses héritiers entrent en conflit, car la capacité nécessaire à la formation du contrat pouvait être mise en question. La deuxième visait le moment de la mise en œuvre du contrat : il pouvait « prévoir quelqu'un qui pourvoira à ma place à l'administration de mes affaires au moment de la perte de ma capacité de jugement ». Or ce moment est difficile à déterminer et un conflit pouvait alors survenir. Ceci conduisait à rendre la date d'entrée en vigueur du contrat incertaine. La troisième difficulté est qu'il n'y avait aucun moyen, après l'entrée en vigueur du contrat, de vérifier si l'investi ne commettait aucun abus.

La loi sur le mandat de protection future est entrée en vigueur depuis avril 2000.<sup>4</sup> Lorsque les facultés de jugement d'une personne deviennent insuffisantes, ce contrat permet qu'un représentant adulte de son choix soit investi du pouvoir de prendre en charge « partiellement ou entièrement les affaires du concerné ». L'objet du contrat est le transfert du droit de représentation du majeur protégé pour la gestion de son patrimoine, auquel est attachée une surveillance du représentant dès la formation du contrat, et qui prévoit le moment de son entrée en vigueur (art. 2 al. 1). Cette loi règle ainsi les trois problèmes évoqués précédemment. La question des capacités intellectuelles du concerné au moment de la signature du contrat est réglée par l'obligation de forme du contrat, qui doit être notarié (art. 3 al. 2). Celle de l'entrée en vigueur du dispositif est réglée ainsi : lorsque le moment est venu où la personne n'est plus en mesure, en raison d'un handicap physique ou psychique

---

4 *Nin'i kōken keiyaku ni kan suru hōritsu* [Loi sur le contrat de protection volontaire], n°150/1998 (Heisei 10).

d'apprécier sa situation, le contrat entre en vigueur lorsque lui-même, son conjoint, son parent jusqu'au 4<sup>e</sup> degré ou le représentant de son choix émet une demande de surveillance du représentant (art. 4 al. 1). Enfin le troisième problème, la crainte de l'abus dans les fonctions du représentant est aussi résolue par la désignation d'un surveillant (art. 7 al. 1). Le rôle du tribunal de la famille est limité à la surveillance indirecte par la désignation du surveillant du représentant désigné (art. 7 al. 3). Ainsi la capacité juridique du protégé n'est pas amoindrie par l'entrée en vigueur du contrat.

La loi sur le mandat de protection future définit les relations entre le protecteur et la tutelle légale, voici quelques exemples.

Une personne X a signé un contrat de gestion de patrimoine avec un avocat Y. Il est prévu que celui-ci entrera en vigueur dès la survenance d'une diminution des facultés intellectuelles, à partir d'un niveau qui correspondrait à celui requis pour une protection judiciaire. Ainsi, s'il se trouve dans une situation où il ne peut plus apprécier sa situation, le contrat entre en vigueur. Supposons qu'après un certain temps, les facultés intellectuelles viennent à diminuer, de sorte que les conditions pour une mesure de protection judiciaire soient remplies, de même que la condition nécessaire à la mise en œuvre du contrat l'est aussi. Or le contrat passé entre X et Y accorde le droit à ce dernier de réaliser certains actes, limitativement énumérés et ceci ce qui s'avère insuffisant. En ce cas, Y doit lancer une demande de protection judiciaire (art. 10 al. 1). La désignation d'un mandataire de justice paralyse le mandat de protection future. Si par la suite les facultés intellectuelles de X disparaissent entièrement, Y peut demander la désignation d'un surveillant auprès du tribunal, la désignation de ce dernier a pour effet de mettre fin à la mesure judiciaire prise antérieurement.

Le second exemple part de l'hypothèse selon laquelle un mandataire a été désigné et il exerce ses fonctions. Or les actes qu'il peut passer sont limitativement énumérés et il est confronté à certains actes nécessaires pour lesquels aucun pouvoir ne lui a été confié. En ce cas, une mesure de protection judiciaire doit être mise en œuvre, probablement une tutelle. En ce cas, le mandat prend fin avec la désignation du tuteur (art. 10 al. 3).

Il résulte de ces dispositions que protection judiciaire et mandat de protection future ne peuvent coexister en même temps.

### III. DIFFICULTÉS ET PISTES DE SOLUTION

#### 1. *Les difficultés posées par le système de protection des majeurs et propositions de réforme*

Les trois modes de protection légale des majeurs, assistance, curatelle, tutelle, portent atteinte à la capacité juridique des personnes, ceci est contraire à la convention de l'ONU.

Si une personne n'a plus la capacité suffisante pour désigner un mandataire, ou si elle dispose de cette capacité, mais qu'elle ne peut trouver la personne adéquate, ses affaires doivent tout de même être réglées, alors une forme de protection dont le domaine et la durée seraient limités devrait pouvoir être organisée. Même si un tuteur est désigné, dans les cas où le concerné dispose encore, même diminuées de ses facultés, le tuteur ne devrait-il pas agir en qualité de représentant, afin de laisser au protégé le moyen, dans la mesure du possible, d'agir par lui-même, et si nécessaire avec l'appui du tuteur ? Plus encore, il faudrait qu'en cas de « danger grave et important », lorsque le tuteur n'a pas donné son accord, déclarer nuls *de lege ferenda* les actes passés. Comme en droit allemand, une « clause de réserve de confirmation » (en droit autrichien, une « clause de réserve d'acceptation ») devrait être instituée. Dans ce cadre, une limitation de la capacité juridique de la personne protégée est inévitable. En conséquence, les trois formes semblent inutiles et une seule forme de protection serait suffisante.

Plus encore, il faudrait envisager que la protection puisse prendre fin, soit à l'issue de la gestion des affaires pendantes, soit après l'écoulement d'une certaine durée, (ici une durée maximale de 3 ans devrait être prévue). Même si les affaires courantes doivent être traitées, une vérification d'ensemble devrait être réalisée à l'échéance de la période, afin de vérifier si la nécessité de la protection perdure. En ce cas, un processus de prolongation devrait être prévu. D'un autre côté, le tuteur devrait pouvoir, à partir du moment où il entre en fonction, vérifier si la mise en place d'un mandat volontaire de représentation est possible, et pouvoir transmettre ses fonctions à un mandataire choisi par la personne.

#### 2. *Les difficultés posées par le mandat de protection future et propositions de réforme*

##### a) *Les difficultés*

Lorsqu'un mandataire est librement désigné par la personne concernée, il n'y a pas d'atteinte à sa capacité juridique, par conséquent, ce mécanisme n'est pas en contradiction avec la convention de l'ONU. Cependant, jusqu'à maintenant, force est de constater que le système est peu utilisé. Ceci peut

venir du fait que plusieurs années doivent s'écouler jusqu'à ce que les facultés intellectuelles de la personne soient altérées. Durant ce laps de temps, et afin de conserver la relation de confiance qui existe entre le mandataire et le concerné, il pourrait être envisagé de passer un contrat en vertu duquel il se verrait confier une sorte de surveillance régulière. Ensuite, lorsque la condition suspensive du mandat de protection future vient à être remplie, c'est à dire lorsque les facultés intellectuelles de la personne diminuent, le mandat s'y substitue. Les rapports de la Commission d'aide et de soutien aux personnes âgées de l'Ordre des notaires font état du fait que, dans beaucoup de cas, on observe que dans les cas où un mandat ayant pour objet la gestion des biens de la personne a été conclu, le mandat de protection future n'est pas mis en œuvre, même si ses conditions viennent à être remplies. Une raison possible à ce phénomène, est qu'avec l'entrée en vigueur du mandat de protection, une gestion illimitée des affaires du protégé devient impossible, ce que l'on essaie d'éviter.

A mon avis, le faible recours à l'institution s'explique par les raisons suivantes. En premier, il existe une lacune entre la prise de conscience de la personne (une mise en œuvre à partir du moment où les facultés sont fortement déficientes ou lorsqu'elles disparaissent est souhaitable) et la survenance de la condition légale (le moment où les facultés ne suffisent plus). Par ailleurs, les tribunaux aux affaires familiales ne suscitent pas la confiance des concernés, car les juridictions ne peuvent pas exercer de surveillance directe, mais seulement un contrôle indirect par l'intermédiaire du surveillant du mandataire. De plus, la tutelle légale et le mandat de protection future ne peuvent pas être mis en œuvre de manière parallèle, enfin il est possible que le mandataire choisi ne puisse pas exercer son mandat alors même que les conditions sont remplies.

#### *b) Propositions de réforme*

Il faut prendre en considération le fait que l'institution du mandat de protection future serait mieux utilisé si l'on évitait les comportements déviants et si l'on réduisait l'écart qui existe entre la prise de conscience du citoyen et la réalisation des conditions prévues par la loi.

En premier lieu, au moment de la formation du mandat de protection, alors que le concerné possède encore suffisamment ses facultés pour comprendre le sens du mandat, le transfert de pouvoir et l'étendue des affaires transférées, alors il a le droit de le passer, ainsi que le prévoit le droit autrichien. Même au Japon, certaines décisions des juridictions du fond prennent en considération la volonté du protégé pour certaines questions. Les arguments suivants partent de ce principe. Les contrats doivent être passés sous forme notariée, comme c'est le cas actuellement, et en cas de doute sur

les facultés du concerné, le notaire doit être en mesure d'exiger une expertise médicale. Cette expertise médicale devrait être utilisée. En d'autres termes, il ne s'agit pas de savoir si les facultés dans leur ensemble sont présentes, mais de vérifier si le concerné dispose de suffisamment de facultés pour comprendre le sens du mandat en question.

Deuxièmement, même si le concerné dispose de ses facultés au regard des différents actes à accomplir, le mandat devrait entrer immédiatement en vigueur. Le représentant choisi détiendrait le pouvoir de représentation, mais l'entrée en vigueur du contrat ne signifierait pas qu'il exerce obligatoirement son droit de représentation. Bien plus, il s'agirait que le concerné aie la possibilité de s'occuper de ses propres affaires dans la plus grande indépendance possible, et seulement en cas de besoin avec le soutien et l'accompagnement du mandataire. Une telle conception traduirait la volonté de respecter réellement la volonté de la personne.

Troisièmement, le tribunal de la famille devrait exercer directement la surveillance du mandataire choisi. Le projet de loi autrichien devrait servir ici d'exemple (mandat de protection future et représentation des majeurs). Considérant le fait que l'efficacité de la surveillance des tutelles légales par les tribunaux aux affaires familiales est sujette à discussion, il paraît encore plus douteux que ceux-ci soient en mesure d'élargir leur surveillance aux cas des mandats de protection future. Il serait envisageable que ces tribunaux, lors de la demande de protection du majeur, transfèrent petit à petit la surveillance aux centres régionaux de protection des majeurs, auxquels ils sont liés, en particulier à ceux qui sont bien équipés en structures et en personnel. Il faudrait alors veiller à commencer à petite échelle et à choisir les centres qui peuvent remplir un tel rôle, pour pouvoir étendre ce dispositif par la suite.

Quatrièmement, le droit actuel, qui ne permet pas la coexistence de la protection légale et du mandat de protection future, doit être modifié. S'il advient que le mandataire devienne lui-même incapable, ou s'il rencontre quelques difficultés dans l'exercice sa mission, le mandat devrait pouvoir être révoqué ; lorsque la mise en œuvre de la protection légale permettrait de dépasser les limites rencontrées par le mandat, le mandataire pouvoir continuer de représenter le concerné. Le problème de sa rémunération se pose, cependant ceci est une autre question que nous n'avons plus le temps d'aborder.

Je termine ainsi ma présentation. Merci pour votre attention.

*Tōkyō, mars 2017*