



RAPPORT SUR L'AVOCAT TUTEUR

Rapport d'Hélène Poivey-Leclercq

Membre du conseil de l'Ordre

Conseil de l'Ordre du 17 février 2009

L'AVOCAT TUTEUR : un nouveau champ d'activité possible ?

Le nombre de majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection ordonnée par le juge a cru, entre 1990 et 2004, de 56,8 % et selon les estimations du Gouvernement, quelques 700.000 personnes faisaient en 2004 l'objet d'une mesure de protection, c'est-à-dire plus de 1,3 % de la population française majeure.

Les causes de cette situation tiennent essentiellement au vieillissement de la population et à l'insuffisance des contrôles exercés, le dispositif issu de la loi du 3 janvier 1968 étant trop largement utilisé pour les personnes en grande difficulté sociale, et le principe de gradation des mesures (*nécessité, subsidiarité, proportionnalité*) inscrit dans la loi n'étant souvent pas respecté.

La loi du 5 mars 2007 a eu pour ambition de mettre bon ordre à cette situation qui constituait un dévoiement de la loi de 1968.

Pour ce faire, elle a d'abord cherché à garantir au maximum le respect de l'autonomie de la personne vulnérable en réaffirmant les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité de la protection juridique, et celui de sa volonté lorsqu'elle aura été exprimée dans le cadre d'un mandat de protection future.

Elle a ensuite simplifié les textes et amélioré la sécurité patrimoniale de la personne protégée.

Elle a enfin fait de la fonction de tuteur une profession à part entière lorsque le tuteur ne peut être un membre de la famille. C'est cet aspect de la réforme qui fait l'objet de ce rapport ¹

LE TUTEUR : UN PROFESSIONNEL

C'est une des innovations les plus importantes de la loi. Lorsqu'il n'est pas familial, le tuteur est désormais un professionnel.

¹ Ce rapport s'inspire tant de l'intervention de Madame le Professeur Nathalie PETERKA-BORNIET à la 4^{ème} Convention Nationale des Avocats qui s'est tenue à Lille en septembre 2008 que de l'article qu'elle a publié à ce sujet dans la revue

Rappel des principes :

* Si la personne protégée a fait choix d'un tuteur dans le cadre d'un mandat de protection future et si la personne désignée ne refuse pas la mission ou n'est pas dans l'impossibilité de l'exercer ou encore si elle n'a pas à être écartée dans l'intérêt de la personne à protéger, et sauf difficulté, **ce choix s'impose au juge.** (article 448 du code civil).

* A défaut, le juge choisit comme tuteur **prioritairement** le conjoint de la personne à protéger, le partenaire avec lequel elle est pacsée, le concubin, sauf si la vie commune a cessé ou bien si une autre cause empêche de lui confier cette mission.

* A défaut encore, le juge doit choisir un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé et « *entretenant avec lui des liens étroits et stables* ». (article 449 du code civil).

Et ce n'est que très subsidiairement, lorsqu'aucun membre de la famille ou proche ne peut assumer la curatelle ou la tutelle qu'alors, mais alors seulement, le juge désigne un ***mandataire judiciaire à la protection des majeurs inscrit sur la liste prévue à l'article L 471-2 du Code de l'action sociale et des familles.*** (article 450 du code civil).

C'est sous cette dénomination que sont désormais désignées et regroupées les personnes qui exercent à titre habituel les mesures de protection juridique.

La profession nouvelle des ***mandataires judiciaires à la protection des majeurs est très encadrée par la loi.***

Ils devront notamment :

- être inscrits sur une liste départementale établie par le préfet
- suivre une formation, obtenir un agrément, présenter des garanties d'assurance de responsabilité civile (CASF art L 471-4 al 2)
- être assujettis à une déontologie
- prêter serment ...

(cf. notamment CASF – articles L 471-2, 3, 6 et 472, 472-1)

Ainsi peut-on conclure en disant que :

le tuteur non familial est subsidiaire.

le tuteur non familial est un professionnel.

LE ROLE DE L'AVOCAT

Le rôle traditionnel

Le rôle traditionnel de l'avocat consiste à assister et à défendre le majeur vulnérable, soit qu'une procédure soit dirigée par lui, soit au contraire qu'elle soit dirigée contre lui.

L'avancée de la loi du 5 mars 2007

Si la profession n'a pas été entendue par le législateur lorsqu'elle a demandé à ce que la présence de l'avocat aux côtés de la personne à protéger soit rendue obligatoire en toutes occurrences, notamment lors de la mise en place de la mesure de protection, elle a obtenu néanmoins un demi-succès : la présence de l'avocat est désormais **possible** lors de l'audition préalable à l'ouverture d'une mesure de protection ou à sa modification, ce qui constitue une avancée par rapport aux dispositions légales antérieures. (*article 432 du code civil*).

L'avocat – tuteur : rêve ou réalité ?

L'avocat dont le rôle naturel consiste à assister et à défendre le majeur vulnérable peut-il exercer le nouveau métier de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, peut-il être tuteur ?

Pour répondre à cette question, il faut se reporter aux textes qui gouvernent la profession d'avocat.

Que disent les textes ?

L'article 115 du décret 97-1197 du 27 novembre 1991 pose un principe d'incompatibilité de la profession d'avocat avec l'exercice de toute autre profession à l'exception de celles expressément prévues par ce texte.

Mais au nombre de ces professions ne figure pas le mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Et en l'état, il ne semble pas prévu de l'ajouter.

C'est la loi de 1971 et Règlement intérieur national qui ouvre à l'avocat la voie de ce nouveau champ d'exercice.

* **la loi 71-1130 du 31 décembre 1971 dans son article 6 bis** permet à l'avocat « de *recevoir des missions confiées par justice* ».

* **L'article 6-1 alinéa 2 du règlement intérieur national** permet à l'avocat de *collaborer avec d'autres professionnels à l'occasion de l'exécution de missions nécessitant la réunion de compétences diversifiées et ce, aussi bien dans le cadre d'interventions limitées dans le temps et précisément définies que par une participation à une structure ou organisation à caractère interprofessionnel.*

* L'article 6-2 alinéa 3 lui permet de recevoir des missions de justice.

* L'article 6-3 lui permet d'être un **mandataire** autre que ad litem de son client..

La profession d'avocat-tuteur semble donc compatible avec les règles qui gouvernent sa profession. Des règles différentes seront applicables, selon qu'il tiendra son mandat du juge ou de la personne à protéger.

Le tuteur désigné par le juge :

Puisque la loi 71-1130 du 31 décembre 1971 dans son article 6 bis permet à l'avocat « de *recevoir des missions confiées par justice* » l'avocat pourra être désigné tuteur par le juge.

Mais pour cela, il faudra :

1°) - que l'avocat remplisse les conditions d'exercice de la nouvelle profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs telles que les définissent les articles 471 et suivants et 472 et suivants du Code de l'Action Sociale et Familiale (CASF) :

- agrément délivré par le préfet sur avis conforme du procureur de la république,
- formation attestant des compétences ;

Signalons à ce sujet la création du diplôme universitaire de formation des tuteurs à la personne vulnérable créé par Madame Nathalie PETERKA-BORGNIET, professeur à la Faculté de Droit de Paris 12 Créteil

- conditions de moralité, d'âge, d'expérience professionnelle
- respect de principes déontologiques
- garanties d'assurance de responsabilité civile (CASF L 471-4, al 2)
- prestation de serment

2°) – que l'avocat soit autorisé à solliciter son inscription sur la liste départementale des mandataires judiciaires à la protection des majeurs ce qui peut poser problème car on sait que l'inscription des avocats sur la liste des experts judiciaires est contestée.

Il résulte des explications qui précèdent qu'il serait nécessaire de prendre les mesures permettant sans ambiguïté à l'avocat de cumuler les nouvelles fonctions de mandataire judiciaire à la protection des majeurs avec son activité classique, une telle démarche s'inscrivant dans la politique visant à mettre en place la grande profession du droit.

Le tuteur désigné par la personne à protéger

Il résulte des articles 477 et suivants nouveau du code civil, c'est-à-dire ceux issus de la loi du 5 mars 2007, que 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 elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.

C'est ce que la loi dénomme MANDAT DE PROTECTION FUTURE, l'une des innovations les plus remarquées de la loi.

Puisque le règlement intérieur national (article 6-3) l'autorise à recevoir de son client des mandats qui ne se limitent pas au mandat ad litem, l'avocat est concerné **à deux titres** par ce mandat particulier.

- D'abord parce qu'il en peut être le rédacteur et que lorsqu'il est ce rédacteur, la loi du 5 mars 2007 lui reconnaît alors une valeur particulière et le fait échapper aux contraintes des règles de forme posées par le décret d'application.
- Ensuite parce qu'il peut, sans contestation possible, être le mandataire choisi par le mandant et ce, que le mandat de protection future résulte d'un acte sous seings privés, établi avec ou sans avocat ou d'un acte authentique.

Lorsqu'il sera ce mandataire, il ne sera pas soumis aux contraintes imposées par l'article 480 alinéa 1 du code civil aux mandataires personne morale. Il n'aura donc pas l'obligation d'être inscrit sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue par l'article L 471-2 du code de l'action sociale et des familles.

En revanche, le mandat étant susceptible d'englober tant l'assistance de la personne protégée que la gestion de son patrimoine, on ne saura trop recommander à l'avocat s'il l'accepte, de s'astreindre à une formation spécifique et de respecter certaines règles déontologiques. En particulier, si le mandat lui confère la possibilité de gérer des portefeuilles ou des immeubles, l'avocat ne pourra accomplir ces tâches que de manière accessoire et occasionnelle et devra se soumettre aux dispositions des articles 6-3 et 6-4 du règlement intérieur national, notamment déposer les fonds dont il sera dépositaire à la CARPA ou sur un compte séquestre, avertir le bâtonnier et veiller au respect des obligations résultant de la directive sur le blanchiment...

La responsabilité du mandataire se prescrivant par cinq ans à compter de l'expiration du mandat, se pose aussi la question de l'opportunité de souscrire une **assurance spéciale pour cette activité**.

CONCLUSION

Fiducie, mandats successoraux, tutelles, nombreuses sont les dispositions légales nouvelles qui ouvrent les unes après les autres la voie à la grande profession du droit.

Mais ce n'est qu'au prix d'une formation professionnelle rigoureuse et une déontologie forte que ce nouveau statut pourra s'imposer.