

L'ACTIVITE DE L'AVOCAT DU MAJEUR SOUS MESURE DE PROTECTION JURIDIQUE ET DU MAJEUR VULNERABLE

Guide pratique

PREAMBULE

L'avocat est un auxiliaire de justice et un professionnel du droit. En cette double qualité, il doit collaborer au respect des lois en conscience et dans le respect de sa déontologie.

Le mandat de l'avocat d'une personne sous mesure de protection juridique des majeurs s'inscrit dans le respect des principes directeurs de la protection des majeurs posés, notamment, aux articles 415 et 428 du Code civil, dans leur rédaction issue de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. La mission de l'avocat poursuit la protection de l'intérêt de son client, à l'aune du respect des choix exprimés par ce dernier et de la promotion de son autonomie. L'avocat d'un majeur protégé ou à protéger doit ainsi s'assurer que l'exercice de son mandat reçoit l'adhésion de son client et l'amener, le cas échéant avec les autres acteurs de la mesure de protection, à donner cette adhésion.

L'avocat de la personne protégée s'assure lui-même, dans toute la mesure du possible, du consentement ou, à tout le moins, de l'adhésion de son client au mandat qui lui est confié.

Le rôle de l'avocat se trouve renforcé en présence d'une personne dont l'altération des facultés est constatée, ainsi que l'a rappelé la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt *Vaudelle c/ France* du 5 septembre 2001¹, lequel met l'accent sur la nécessité d'une assistance d'un avocat dans toute procédure, notamment de nature pénale, la mettant en cause.

L'assistance d'un avocat auprès de la personne protégée ou de la personne vulnérable est d'autant plus cruciale qu'elle bénéficie de la capacité d'ester en justice pour demander sa propre mise sous protection ainsi que pour contester celle-ci et, d'une manière plus générale, les décisions rendues à son égard par le Juge des tutelles (C. civ, art. 430 ; CPC, art. 1239).

¹ CEDH, 5 septembre 2001, requête n°35683/97, *Vaudelle c. France* (RTD civ. 2001, p.330, obs. J.Hauser, p.439 obs. J-P.Marguénaud; D. 2002, p.354 obs. A.Gouttenoire-Cornut et E.Rubi-Cavagna, p.2164 J-J.Lemouland ; JCP G 2001, I, 342 n°14, obs. F.Sudre, II, 10526, obs L. Di Raimondo ; Procédures, 2001 n° 4, comm. 85, obs. N.Fricero ; Dr. fam. n° 6, Juin 2001, comm. 66, obs. T.Fossier ; Gaz. Pal. 25 septembre 2001 n° 268, P. 44 Christophe Pettiti ; LPA, 19 novembre 2001 n° 230, P. 12, note J.Massip). La question dont était saisie la Cour portait sur le point de savoir si le respect des droits procéduraux (à savoir l'absence d'obligation d'informer le curateur et d'assurer au majeur sous curatelle une représentation particulière au pénal) a garanti au requérant une jouissance effective du droit à un procès équitable et lui a permis d'exercer ses droits de la défense, dans la mesure où le juge des tutelles avait relevé « l'altération de ses facultés, son besoin d'être représenté et assisté dans les actes de la vie civile » et son incapacité « sans l'assistance de son curateur » à « ester en justice ».

La Cour conclut à la violation de l'article 6 de la Convention aux motifs que « dans une affaire telle que la présente, portant sur une accusation pénale grave, une bonne administration de la justice eût exigé que les autorités nationales accomplissent des diligences supplémentaires. Elles auraient pu sommer le requérant à (sic) se rendre à la convocation en vue de l'examen psychiatrique ainsi qu'à (sic) comparaître à l'audience, et, à défaut, y faire assurer sa représentation par son curateur ou par un avocat. Cela aurait permis au requérant de comprendre la procédure en cours et d'être informé d'une manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, et au tribunal correctionnel de prendre sa décision en toute équité ».

Les dispositions de droit interne incarnent ici le prolongement de la jurisprudence de la Cour EDH, laquelle reconnaît à la personne protégée, sur le fondement du droit au juge (CEDH, art. 6), la capacité d’ester seule en justice pour contester sa mise sous protection².

La présence de l’avocat auprès de la personne protégée ou de la personne vulnérable apparaît, par ailleurs, comme une *nécessité*, rappelée par les développements les plus récents de la jurisprudence de la Cour de cassation.

La Haute Juridiction, en vertu de la doctrine des actes éminemment personnels, prolonge la sphère irréductible de capacité naturelle réservée à la personne protégée en matière d’actes et de droits strictement personnels (C. civ. art. 458). L’assistance et la représentation du majeur *par la personne chargée de sa protection* sont interdites pour la défense en justice de tels droits. L’intéressé ne peut qu’agir lui-même et seul³.

Il a donc d’autant plus besoin d’un avocat pour protéger ses droits.

Pour tenter de vaincre la maltraitance, la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l’adaptation de la société au vieillissement a multiplié les chartes, les documents d’information et la présence d’une personne de confiance, sans donner les moyens aux personnes vulnérables de faire sanctionner les manquements⁴. Considérant que la famille est a priori le protecteur naturel des personnes, le

² CEDH, 2^{ème} sect., 13 oct. 2009: *RTD civ.* 2009, p. 681, obs. J.-P. Marguénaud.

³ Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2013, n° n° 12-23766 : *JCP G* 2014, n° 14, note N. Peterka ; *Dr. famille* 2014, comm. 9, obs. I. Maria ; *D.* 2014, p. 467, note G. Raoul-Cormeil ; *AJ fam.* 2013, p. 717, obs. Th. Verheyde ; *RTD civ.* 2014, p. 84, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 3787, obs. J. Massip.

⁴ *Article L471-6 du code de l'action sociale et des familles (Modifié par [LOI n°2015-1776 du 28 décembre 2015 - art. 32](#) : Afin de garantir l'exercice effectif des droits et libertés de la personne protégée, notamment de prévenir tout risque de maltraitance, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs remet personnellement à la personne protégée ou, dès lors que l'état de cette dernière ne lui permet pas d'en mesurer la portée, à un membre du conseil de famille s'il a été constitué ou, à défaut, à un parent, un allié ou une personne de son entourage dont il connaît l'existence, le cas échéant à la personne de confiance désignée au titre de l'article [L. 311-5-1](#) :*

1° Une notice d'information à laquelle est annexée une charte des droits de la personne protégée ;

2° Un document individuel de protection des majeurs qui vaut, le cas échéant, document individuel de prise en charge pour l'application du quatrième alinéa de l'article [L. 311-4](#).

Ce document définit les objectifs et la nature de la mesure de protection, dans le respect des principes déontologiques et éthiques, des recommandations de bonnes pratiques professionnelles et, le cas échéant, du projet de service. Il détaille la liste et la nature des prestations offertes ainsi que le montant prévisionnel des prélèvements opérés sur les ressources de la personne protégée. Le contenu minimal de ce document est fixé par décret.

Une copie des documents mentionnés aux 1° et 2° du présent article est, dans tous les cas, adressée à la personne par tout moyen propre à en établir la date de réception.

Article L311-5-1 du code de l'action sociale et des familles : Créé par [LOI n°2015-1776 du 28 décembre 2015 - art. 27](#)

Lors de toute prise en charge dans un établissement ou un service social ou médico-social, il est proposé à la personne majeure accueillie de désigner, si elle ne l'a pas déjà fait, une personne de confiance dans les conditions définies au premier alinéa de l'article [L. 1111-6](#) du code de la santé publique. Cette désignation est valable sans limitation de durée, à moins que la personne n'en dispose autrement. Lors de cette désignation, la personne accueillie peut indiquer expressément, dans le respect des conditions prévues au même article [L. 1111-6](#), que cette personne de confiance exerce également les missions de la personne de confiance mentionnée audit article [L. 1111-6](#), selon les modalités précisées par le même code.

législateur n'impose d'obligations qu'aux MJPM, mandataires professionnels et pour l'exécution des contrats de service et d'hébergement.

Une personne de confiance est désignée pour faire le lien avec le professionnel. Il s'agit souvent d'un proche, lui-même en plein désarroi confronté souvent brutalement à un accident de santé. Le périmètre de la protection de la vie privée et par voie de conséquence celui du secret professionnel, est considérablement réduit par le législateur, dans un souci d'efficacité de la protection.

La souscription et l'exécution des contrats de service à domicile et d'hébergement en établissement restent la plupart du temps hors du champ judiciaire, laissant tout un pan de la population hors de tout accès au droit en la matière.

Le Barreau devra s'affirmer comme force de proposition en vue de la mise en œuvre d'organismes de médiation indépendants afin de résolution amiable des conflits.

La présence impérative de l'avocat auprès du majeur vulnérable oblige à préciser et compléter les règles déontologiques de droit commun.

La vulnérabilité de la personne oblige l'avocat à plus de vigilance afin de respecter les règles essentielles définies par le Règlement intérieur national.

La personne de confiance est consultée au cas où la personne intéressée rencontre des difficultés dans la connaissance et la compréhension de ses droits.

Si la personne le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

Lorsqu'une mesure de protection judiciaire est ordonnée et que le juge ou le conseil de famille, s'il a été constitué, autorise la personne chargée de la protection à représenter ou à assister le majeur pour les actes relatifs à sa personne en application du deuxième alinéa de l'article 459 du code civil, la désignation de la personne de confiance est soumise à l'autorisation du conseil de famille, s'il est constitué, ou à défaut du juge des tutelles. Lorsque la personne de confiance est désignée antérieurement au prononcé d'une telle mesure de protection judiciaire, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut soit confirmer sa mission, soit la révoquer.

TABLE DES MATIERES

I. L'AVOCAT DU MAJEUR PROTEGE ET LE MANDAT AD LITEM 6

1. L'intervention de l'avocat du majeur protégé	6
1.1 L'intervention de l'avocat dans le cadre de la procédure relative à l'ouverture ou à l'organisation de la mesure de protection	6
1.2 L'intervention de l'avocat dans le cadre de la procédure de soins psychiatriques sans consentement	7
1.3 L'intervention de l'avocat dans le cadre des poursuites pénales engagées contre la personne protégée	8
1.4 L'intervention de l'avocat dans le cadre des contrats de service et d'hébergement	8
2. La mission de l'avocat du majeur protégé	9
2.1 La constitution préalable	9
2.2 La nature de la mission de l'avocat.....	10
- La mission de l'avocat.....	10
- Obligation de compétence.....	10
3. Le choix de l'avocat du majeur protégé ou à protéger.....	11
3.1 La capacité juridique du majeur protégé, ou à protéger, de choisir son avocat.....	11
3.2 Le choix de l'avocat en cas d'incapacité du majeur protégé.....	11
- La commission d'office d'un avocat par le Bâtonnier	12
- L'autorisation du Juge de tutelles d'assister ou de représenter la personne protégée pour le choix de l'avocat (C. civ. art. 459)	12
- L'avocat en situation de conflit d'intérêts	13
3.3 Le choix de l'avocat du majeur protégé n'est pas soumis à l'approbation du Juge des tutelles	13
4. La preuve du mandat ad litem de l'avocat du majeur protégé	14
5. Les honoraires de l'avocat du majeur protégé.....	14
5.1 La conclusion d'une convention d'honoraires	14
5.2 Les règles de capacité gouvernant la conclusion de la convention d'honoraires.....	15
- La convention d'honoraires signée après la mise sous protection	15
- La convention d'honoraires signée avant la mise sous protection	15

II. L'AVOCAT DU MAJEUR PROTEGE ET LA PROCEDURE 17

1. Le certificat médical circonstancié et la consultation du dossier	17
1.1 La confidentialité du certificat médical circonstancié.....	17
1.2 L'accès au certificat médical circonstancié via la consultation du dossier.....	18
1.3 La délivrance des copies des pièces du dossier.....	19
2. La communication des pièces	19
2.1 Dans le cadre de la procédure devant le Juge des tutelles	19
2.1.1 Avant l'ouverture ou la modification de la mesure de protection	19
2.1.2 Après l'ouverture ou la modification de la mesure de protection	20
2.2 Dans le cadre d'autres procédures.....	21

- Le fondement juridique de cette consultation relève du Code de procédure civile	21
- L'expertise médicale dans le cadre du procès pénal ou civil	21
3. L'action en justice du majeur protégé	22
3.1 L'entorse au principe du renvoi sous la curatelle aux règles de la tutelle	22
3.2 La capacité naturelle du majeur protégé en matière d'actions en justice strictement personnelles	22

III. L'AVOCAT DU MAJEUR PROTEGE ET CERTAINES PROCEDURES PARTICULIERES **23**

1. Les particularités de la procédure de divorce	23
1.1 La restriction de l'éventail des causes de divorce	23
1.2 La procédure de divorce	23
1.2.1 Sous la tutelle.....	23
• Le majeur sous tutelle, demandeur au divorce.....	23
• Le majeur sous tutelle, défendeur au divorce.....	24
• La désignation d'un tuteur ad hoc.....	24
1.2.2. Sous la curatelle	24
• Le majeur sous curatelle, demandeur au divorce	24
• Le majeur sous curatelle, défendeur au divorce	24
1.2.3. Sous la sauvegarde de justice	24
1.2.4. Sous le mandat de protection future	25
1.2.5 La conclusion de conventions de divorce	26
1.2.6 La participation de la personne protégée à l'audience de conciliation	26
1.2.7 La liquidation du régime matrimonial post-divorce :	27
2. Le recours à la procédure participative et la médiation est-il possible en présence d'un majeur protégé ?	27
2.1 La possibilité de recourir à la procédure participative en présence d'un majeur est controversée.....	27
2.2 Le recours à la médiation devrait être également permis.....	27
3. La question du visa	28
4. L'articulation du secret professionnel de l'avocat avec la prévention de l'abus de faiblesse et de la maltraitance	28
4.1 L'avocat peut-il s'exonérer du secret professionnel ?	28
1/ Définition du secret professionnel article 2 du RIN	29
2/ La transmission du dossier	30
3/ Le signalement.....	30

EN CONCLUSION – L'AVOCAT DANS LE CADRE DE LA PROTECTION DES MAJEURS : ENJEUX ET STRATEGIE **32**

1. L'audit personnel, médical, familial, social, patrimonial et budgétaire avant de lancer une procédure.....	32
2. Favoriser l'intervention de l'avocat	33
3. L'avocat doit participer à la prévention et être inclus dans les systèmes de prévention	33

* * *

I. L'AVOCAT DU MAJEUR PROTEGE ET LE MANDAT AD LITEM

Il convient d'identifier, en présence d'un client sous mesure de protection juridique, les principes gouvernant l'intervention de l'avocat (1), la nature de sa mission (2), le choix de l'avocat (3), la preuve du mandat ad litem (4) ainsi que le paiement de ses honoraires (5).

1. L'intervention de l'avocat du majeur protégé

En raison de sa fonction d'auxiliaire de justice, l'avocat détient le monopole de la représentation des justiciables devant les tribunaux. Ce monopole est consacré par l'article 4 de la loi n° 1971-1130 du 31 décembre 1971.

Le RIN, qui constitue le socle de la déontologie commune des avocats, insiste sur deux caractéristiques essentielles de la profession, lesquelles trouvent un écho particulier s'agissant de l'avocat du majeur protégé ou à protéger : l'indépendance et la compétence.

Dans son dernier alinéa, l'article 1.3 du RIN précise que l'avocat: « *fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence.* »

Les textes qui fondent les conditions et les conséquences de l'exercice du mandat judiciaire sont prévus par le Code de Procédure civile aux articles 411 à 420.

L'existence de ce monopole justifie que le législateur ait spécifiquement prévu l'intervention de l'avocat dans les procédures relatives à la mise sous protection des majeurs vulnérables ainsi qu'à la modification et à la mainlevée de la mesure de protection, et cela, bien que la présence de l'avocat ne soit pas en cette matière obligatoire.

La législation française a été complétée en vue d'une meilleure information de la personne et pour une complète assistance par un avocat dès que son état de santé ne lui permet pas de se défendre seule efficacement, par la loi relative aux *Hospitalisations psychiatriques sans consentement*, et la représentation obligatoire dans la procédure pénale. Il devrait en être de même pour la procédure de protection judiciaire, laquelle peut conduire à la restriction de l'exercice de ses droits de la personne protégée.

1.1 L'intervention de l'avocat dans le cadre de la procédure relative à l'ouverture ou à l'organisation de la mesure de protection

L'article 1214 du Code de Procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°2009-1628 du 23 décembre 2009, dispose que « *Dans toute instance relative à l'ouverture, la modification ou la mainlevée d'une mesure de protection, le majeur à protéger ou protégé peut faire le choix d'un avocat ou demander à la juridiction saisie que le Bâtonnier lui en désigne un d'office. La désignation doit intervenir dans les huit jours de la demande (al. 1^{er}). Les intéressés sont informés de ce droit dans l'acte de convocation (al. 2) ».*

En pratique, si le majeur à protéger n'est pas en situation de désigner un Avocat, c'est le Juge des

Tutelles qui écrit directement au Bâtonnier pour solliciter la désignation d'office d'un avocat.

1.2 L'intervention de l'avocat dans le cadre de la procédure de soins psychiatriques sans consentement

L'article L 3211-12-2 I, alinéa 2 du Code de la Santé publique, prévoit, dans sa version issue de la loi n°2013-869 du 27 septembre 2013, que la personne faisant l'objet de soins psychiatriques, est assistée ou représentée par un avocat choisi, désigné au titre de l'aide juridictionnelle ou commis d'office lors de son audition par le juge des libertés et de la détention,

Et l'article R 3211-8 du Code de la santé publique prévoit quant à lui que :

« Devant le juge des libertés et de la détention et le premier président de la cour d'appel, la personne faisant l'objet de soins psychiatriques est assistée ou représentée par un avocat. Elle est représentée par un avocat dans le cas où le magistrat décide, au vu de l'avis médical prévu au deuxième alinéa de l'article L. 3211-12-2, de ne pas l'entendre. Les autres parties ne sont pas tenues d'être représentées par un avocat ».

La procédure relève de la matière gracieuse en application des articles 25 et suivants ainsi que de l'article 60 et 61 du Code de Procédure Civile.

L'avocat pourra être entendu même si la personne qu'il représente est **volontairement absente**⁵.

Pour la régularité de la procédure, son tuteur ou son curateur doivent être convoqués à l'audience.⁶
Il a accès au dossier.

Son client, ainsi que le tuteur ou le curateur doivent avoir reçu la notification des décisions prises en vertu des certificats médicaux prévus par la procédure sous peine d'irrégularité de la procédure.⁷

⁵ Circ. CIV/03/11, 21 juill. 2011, p. 10.

⁶ Cass. 1ère civ., 16 mars 2016, pourvoi 15-13745

⁷ Article L3211-2-1 du Code de la santé publique : *Modifié par LOI n°2013-869 du 27 septembre 2013 - art. 1*

I.- Une personne faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II et III du présent titre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale est dite en soins psychiatriques sans consentement.

La personne est prise en charge :

1° Soit sous la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du présent code ;

2° Soit sous toute autre forme, pouvant comporter des soins ambulatoires, des soins à domicile dispensés par un établissement mentionné au même article L. 3222-1 et, le cas échéant, une hospitalisation à domicile, des séjours à temps partiel ou des séjours de courte durée à temps complet effectués dans un établissement mentionné audit article L. 3222-1.

II.- Lorsque les soins prennent la forme prévue au 2° du I, un programme de soins est établi par un psychiatre de l'établissement d'accueil et ne peut être modifié, afin de tenir compte de l'évolution de l'état de santé du patient, que dans les mêmes conditions. Le programme de soins définit les types de soins, leur périodicité et les lieux de leur réalisation, dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat.

Pour l'établissement et la modification du programme de soins, le psychiatre de l'établissement d'accueil recueille l'avis du patient lors d'un entretien au cours duquel il donne au patient l'information prévue à l'article L. 3211-3 et l'avise des dispositions du III du présent article et de celles de l'article L. 3211-11.

1.3 L'intervention de l'avocat dans le cadre des poursuites pénales engagées contre la personne protégée

Le Code de Procédure pénale prévoit l'intervention de l'avocat auprès du majeur protégé, auteur d'une infraction. L'article 706-11 exige l'assistance de l'avocat auprès de la personne poursuivie, à peine de nullité de la procédure.

L'article 410 prévoit, de manière plus large, que l'avocat d'un prévenu non comparant puisse être entendu, s'il en fait la demande.

La présence obligatoire de l'avocat auprès d'une personne sous mesure de protection juridique des majeurs participe des droits fondamentaux et, notamment, du droit à un procès équitable ainsi que l'a jugé la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt Vaudelle c. France du 5 Septembre 2001⁸

Une personne faisant l'objet d'une mesure de protection judiciaire des majeurs est considérée comme inapte à administrer seule ses affaires. Un avocat lui est donc indispensable pour l'assister dans toutes ses démarches, puisque par définition, elle est dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts.

1.4 L'intervention de l'avocat dans le cadre des contrats de service et d'hébergement

La présence de l'avocat est difficilement tolérée par les directions d'établissements pour les handicapés et personnes âgées.

Leur contrôle est effectué par les « autorités de tutelle » - agences régionales de santé (ARS) et conseils départementaux - qui doivent effectuer une enquête suivie de préconisations et habilités à signifier des sanctions. Il est prévu, le cas échéant le renvoi vers une médiation. Cette médiation, prévue par les textes, impose un "professionnel qualifié" dans chaque département, souvent inexistant en pratique.⁹

III.- Aucune mesure de contrainte ne peut être mise en œuvre à l'égard d'un patient pris en charge sous la forme prévue au 2° du I.

⁸ Cf. note 1

⁹ Article L311-5 Modifié par LOI n°2013-403 du 17 mai 2013 - art. 1 (V)

Toute personne prise en charge par un établissement ou un service social ou médico-social ou son représentant légal peut faire appel, en vue de l'aider à faire valoir ses droits, à une personne qualifiée qu'elle choisit sur une liste établie conjointement par le représentant de l'Etat dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé et le président du conseil départemental. La personne qualifiée rend compte de ses interventions aux autorités chargées du contrôle des établissements ou services concernés, à l'intéressé ou à son représentant légal dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article L331-8- Créé par LOI n°2015-1776 du 28 décembre 2015 - art. 30

Les établissements et services et les lieux de vie et d'accueil informent sans délai, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les autorités administratives compétentes pour leur délivrer l'autorisation prévue à l'article L. 313-1 ou pour recevoir leur déclaration en application des articles L. 321-1 et L. 322-1 de tout dysfonctionnement grave dans leur gestion ou leur organisation susceptible d'affecter la prise en charge des usagers, leur accompagnement ou le respect de leurs droits et de tout évènement ayant pour effet de menacer ou de compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes prises en charge ou accompagnées.

Ce contrôle et cette médiation par des autorités qui peuvent se trouver en conflit d'intérêts avec les personnes concernées et leurs proches, ne fonctionnent pratiquement pas selon une intéressante enquête du 14 janvier 2013.¹⁰

Sous couvert du secret médical et de l'existence d'instances de médiation, la présence de l'avocat est souvent difficilement tolérée.

Dans ce cas, la mission de l'avocat est de connaître les possibilités d'accompagnement, telles que les services du Défenseur des droits. Néanmoins, peu de confrères connaissent ces mécanismes qui méritent d'être mieux utilisés.

Il appartient aussi à l'avocat et au Barreau d'imposer la mise en place d'un processus de médiation indépendant.

Des services départementaux de recueil des informations préoccupantes, tels qu'ils fonctionnent au profit des mineurs, sont actuellement en expérimentation et doivent être généralisés. Les centres départementaux d'accès au droit (CDAD) devraient y être associés notamment par conventions.

2. La mission de l'avocat du majeur protégé

2.1 La constitution préalable

Il résulte des articles 1214, 1222 et 1226 du CPC que l'avocat **se constitue** pour représenter son client dans le cadre de la procédure pendante devant le Juge des tutelles.¹¹

La constitution appelle ici plusieurs observations tenant à ce que la procédure devant le juge des tutelles est orale et gracieuse :

L'avocat se « constitue » par simple lettre adressée au greffe, alors que les règles de la postulation territoriale ne s'appliquent pas.

La représentation en justice n'est possible que par une personne habilitée par la loi. (CPC, art. 414).

Le Juge des tutelles peut accepter la présence du médecin traitant ou de toute autre personne lors de l'audition de la personne protégée, en application du Code civil (C. civ. art. 432) et du Code de procédure civile (CPC, art. 1220-1, al. 3).

La présence d'une telle personne n'est donc pas exclusive de celle de l'avocat auprès de la personne protégée ou à protéger, dès lors que celle-ci en a fait la demande, ainsi que l'y autorise expressément le Code de procédure civile (CPC, art. 1214).

Il y a d'ailleurs intérêt à collaborer pour rechercher la meilleure solution pour la personne en fonction

¹⁰ Etude SAS DEFIS, consultant ANESM coordonnée par Laurent Giroux 14 janvier 2013, Pré-étude sur les listes de personnes qualifiées, l'un des 7 outils de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002, 10 ans après. www.lamaisondelautonomie.com/enquete-sas-defis/

¹¹ *Madame, Monsieur le Président,*

En ma qualité d'avocat de M. ou Mme X., je me constitue dans la procédure le concernant (ou concernant Y).

Je vous prie en conséquence de bien vouloir m'autoriser à consulter le dossier au moment qui conviendra à votre greffe, qui pourra me l'indiquer par retour de fax ou de courriel mentionné sur la présente.

de son état de santé.

2.2 La nature de la mission de l'avocat

- La mission de l'avocat

La mission de l'avocat dans la procédure relative à la mise sous protection, la modification ou la mainlevée d'une mesure de protection des majeurs est une mission de représentation incluant la mission d'assistance, conformément aux articles 412 et 413 du Code de procédure civile¹².

L'avocat a donc pour mission de trouver puis de soumettre au juge des tutelles des solutions conformes à l'intérêt de son client après avoir recueilli, dans toute la mesure du possible, à défaut d'un consentement, l'adhésion de ce dernier.

Ceci par application de l'article 428 du Code civil :

« La mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et 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, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé ».

La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé.

La nécessité et le degré de la mesure dépendent exclusivement d'un avis médical circonstancié. Le juge lui-même n'a pas de marge de manœuvre par rapport à cet avis, car il ne peut pas aggraver la protection.

Ainsi, l'avocat n'est ainsi pas censé s'opposer à la mesure mais veiller à ce que ce texte soit appliqué dans le respect de la proportionnalité.

C'est pourquoi l'avocat doit connaître les moyens de parvenir aux solutions qu'il suggère.

- Obligation de compétence¹³ :

L'avocat n'est pas tenu d'une obligation de résultat, sauf en ce qui concerne l'efficacité des actes de procédure, tels que, notamment, la connaissance et le respect des délais d'exercice des voies de

¹² CPC, art. 412 : « La mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger ».

CPC, art. 413 : « Le mandat de représentation emporte mission d'assistance, sauf disposition ou convention contraire »

¹³ Règlement Intérieur National de la Profession d'Avocat, Article 1.3 Respect et interprétation des règles :
« Les principes essentiels de la profession guident le comportement de l'avocat en toutes circonstances. L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment. Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie. Il fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence ».

recours.

L'article 412 du Code de procédure civile emporte, pour l'avocat, le pouvoir et le devoir de conseiller son client et de présenter sa défense, sans l'obliger.

La définition de cette mission, qui est un pouvoir et un devoir, est très précieuse et exacte concernant la mission de l'avocat auprès des personnes vulnérables, en vue de leur protection, et notamment auprès des personnes atteintes de troubles psychiatriques, lesquelles refusent souvent toute aide et tout soin.

La parole de l'avocat doit être considérée comme libre par rapport à celle de son client, lequel fait parfois des choix contraires à ses intérêts.

Mais il intervient toujours dans les termes de son serment :

« *Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité* ».

3. Le choix de l'avocat du majeur protégé ou à protéger

3.1 La capacité juridique du majeur protégé, ou à protéger, de choisir son avocat

La personne vulnérable et la personne sous mesure de protection juridique, majeurs, **conservent, l'une et l'autre, le bénéfice et l'exercice de tous leurs droits, sauf ceux qui leur sont retirés**, en vertu de la loi et après avis médical, **par une décision de justice**.

Il en résulte que :

- D'une part, la personne protégée bénéficie d'une *sphère irréductible* de capacité naturelle pour conduire la procédure relative à sa protection juridique¹⁴, ce qui vise notamment l'exercice des voies de recours contre le jugement d'ouverture de la mesure de protection (CPC. art. 1239)¹⁵
- D'autre part, elle conserve la capacité juridique de *choisir un avocat* pour l'assister dans le cadre de la procédure devant le Juge des tutelles ou de toute autre procédure la concernant.

Le mandat confié à l'avocat de la personne protégée pour l'assister et la défendre, est donc valable au regard du droit des incapacités. Il en est ainsi *a fortiori* du mandat reçu d'une personne visée par une requête en vue de l'ouverture d'une mesure de protection juridique des majeurs.

Le dépôt d'une telle requête ne restreint pas la capacité juridique de la personne dont la mise sous protection est demandée.

3.2 Le choix de l'avocat en cas d'incapacité du majeur protégé

En cas d'incapacité du majeur protégé pour effectuer le choix d'un avocat, plusieurs solutions sont envisageables.

¹⁴ Affaire ZEHENTNER C/ Autriche CEDH (Requête N° 20082/02 du 16 juillet 2009).

¹⁵ Cass. 1^{ère} civ. 11 juill. 2006 n°04-18.064, D.2006 2276, AJ Fam. 2006 p. 380 obs. L. Pécaut-Rivolier, RTD Civ 2006 p.738 obs. J. Hauser, JCP G 2007 II 10020 comm. S. Bouzol

- La commission d'office d'un avocat par le Bâtonnier

Le choix de la personne de l'avocat participe de la catégorie des **actes personnels** de la personne protégée.

Si la personne protégée n'est pas douée d'un discernement suffisant pour effectuer le choix d'un avocat, le Juge des tutelles peut solliciter du Bâtonnier, à la demande du majeur (cf. article 1214 du CPC) la commission d'office d'un avocat.

Une évolution législative pourrait permettre que cette demande soit également formulée par toute personne visée à l'article 430 du Code civil lorsque l'état de santé du majeur ne lui permet pas de la formuler personnellement.

L'assistance de la personne protégée par un avocat relève des Droits fondamentaux garantis par la Cour européenne des Droits de l'Homme.

La commission d'office d'un avocat par le Bâtonnier doit donc pouvoir être demandée, dès lors que la personne protégée n'est pas en mesure d'effectuer seule et elle-même le choix d'un avocat, notamment, lorsque son état de santé empêche son audition par le Juge des tutelles.

Cette commission peut intervenir :

- Dans le cadre de la procédure devant le Juge des tutelles.

Elle découle, alors, des dispositions de l'article 1214 du Code de procédure civile, lesquelles prévoient expressément la faculté du juge de solliciter du Bâtonnier, à la demande de la personne protégée ou à protéger, la commission d'office d'un avocat dans toute instance relative à l'ouverture, la modification ou la mainlevée d'une mesure de protection.

- Dans le cadre de toute autre procédure impliquant la personne protégée, en demande ou en défense.

- L'autorisation du Juge de tutelles d'assister ou de représenter la personne protégée pour le choix de l'avocat (C. civ. art. 459)

Le Juge des tutelles peut également être saisi afin d'autoriser, conformément au système d'autonomie graduée prévu par l'article 459 du Code civil en matière d'actes simplement personnels, que la personne protégée soit assistée, voire représentée, par celle chargée de sa protection pour le choix d'un avocat.

En cas de risque de conflit d'intérêts entre la personne protégée, d'une part, et la personne chargée de sa protection, d'autre part, l'autorisation d'assister ou de représenter la personne protégée pour le choix de l'avocat est précédée de la désignation par le Juge des tutelles d'un curateur *ad hoc* ou d'un tuteur *ad hoc*, conformément aux dispositions de l'article 455 du Code civil.

Le choix de l'avocat ne peut en aucun cas être effectué par la personne chargée de la protection au nom du majeur protégé sans l'autorisation préalable du Juge des tutelles. Cette démarche n'est pas une approbation du choix de l'avocat par le juge mais seulement une autorisation donnée à la personne chargée de la protection d'effectuer ce choix par voie d'assistance ou de représentation de la personne protégée.

Elle doit être utilisée de manière exceptionnelle.

L'assistance ou la représentation de la personne protégée pour le choix d'un avocat est exclue toutes les fois qu'il s'agit de désigner l'avocat chargé d'assister la personne protégée dans le cadre de la

procédure relative à sa mise sous protection, à la modification ou à la mainlevée de la mesure de protection. Elle est pareillement exclue pour l'exercice des voies de recours contre les décisions du Juge des tutelles. Les dispositions de l'article 1214 du Code de procédure civile ont alors seules vocation à s'appliquer.

D'une manière générale, la personne protégée ne peut être assistée ou représentée par son protecteur pour le choix de l'avocat chargé de l'assister dans le cadre de l'organisation et du fonctionnement de la mesure de protection.

S'il s'agit d'une procédure autre que celle de la protection, une collaboration doit obligatoirement s'instaurer entre l'avocat et le mandataire désigné dans le respect des compétences mutuelles.

- L'avocat en situation de conflit d'intérêts

La commission de déontologie doit être saisie par le Juge des tutelles ou par toute personne visée à l'article 430 du Code civil.

Dans le cadre du protocole liant le Barreau de Paris au Centre national pour l'aide juridictionnelle, (CNAJ) les avocats commis pour ces procédures ont suivi une formation spécifique.

Cette formation est une garantie pour le justiciable de bénéficier d'un avocat spécialement formé et indépendant de l'entourage.

Les magistrats peuvent faire appel à ce service de l'Ordre.

Dans une optique de prospective, l'Ordre pourrait proposer une convention avec les magistrats du ressort dans le cadre de la réunion des Barreaux d'Ile-de-France (BIF) afin d'harmoniser les pratiques des juges des tutelles dans les ressorts des Cours d'appel de Paris et de Versailles.

3.3 Le choix de l'avocat du majeur protégé n'est pas soumis à l'approbation du Juge des tutelles

L'article 432 du Code civil dispose que lorsque le majeur protégé ou à protéger est entendu ou appelé par le juge, il peut être accompagné par un avocat, ou, sous réserve de l'accord du juge, par toute autre personne de son choix.

Ainsi, en ce qui concerne l'avocat, le juge n'a pas à donner son accord.

Afin de garantir leur indépendance, seul l'Ordre des avocats est le juge de la déontologie des avocats.

Si le Juge des tutelles ou la personne chargée de la protection ont un doute sur l'existence d'un conflit d'intérêts affectant l'avocat de la personne protégée, ils doivent en saisir la commission de déontologie, ou, s'ils suspectent une infraction pénale, le procureur de la République.

Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs ne peut en aucun cas contraindre le majeur à révoquer le mandat préalablement donné à son avocat sous peine de commettre un abus de pouvoir.

Le libre choix de l'avocat est la garantie de son indépendance.

4. La preuve du mandat ad litem de l'avocat du majeur protégé

Le mandat *ad litem* est indépendant de la convention d'honoraires. Il doit être reçu dès le début de la relation de l'avocat avec son client.

Les avocats n'ont pas à justifier de leur mandat. Ils sont présumés en être investis dès qu'ils indiquent être l'avocat de leur client (CPC art. 416).

S'il existe une présomption de mandat confié à l'avocat, la précaution d'un écrit, qui peut être une simple lettre, doit être prise toutes les fois que cela est possible. A défaut, la preuve du mandat peut être apportée par tous moyens (cf. par exemple la situation de la personne qui ne peut pas signer).

S'il existe une difficulté pour déterminer l'existence d'un mandat, et donc celle d'un client, débiteur d'honoraires, la juridiction compétente est la juridiction de droit commun, c'est-à-dire le tribunal d'instance ou le tribunal de grande instance selon le montant du litige.

Il résulte de la jurisprudence, une situation peu claire :

- une simple lettre ou participation à un rendez-vous peut définir le client (Cass. 1^{re} civ., 30/10/2013 Pourvoi N° 12-19182 et 1^{er} Pdt CA BORDEAUX 13/09/2011 SARL SERARIMA C/ SELAFA X) ;

- alors que la Cour de cassation considère que le Premier président outrepassa la limite de sa compétence en statuant sur l'existence ou non d'un mandat de l'avocat (Cass. 2^{ème} civ., 08/09/2005 Pourvoi 04-10553 et 28/03/2013 Pourvoi 12-17493)

Le mandat donné à l'avocat par une personne du temps de sa capacité ou avant sa mise sous protection juridique, doit perdurer si elle perd son autonomie décisionnelle.

En cas de difficulté et, notamment, lorsque le juge des tutelles ou le mandataire nommé constatent qu'il y a manquement à la déontologie de l'avocat, la commission de déontologie est alors compétente et peut être saisie.

Il s'avère que, désormais, notamment en matière d'abus de faiblesse, le Parquet n'hésite pas à effectuer des perquisitions au cabinet de l'avocat soupçonné. Les Procureurs et les juges des tutelles commencent à réagir avec beaucoup de vigueur sur ces questions.

5. Les honoraires de l'avocat du majeur protégé

5.1 La conclusion d'une convention d'honoraires

Jusqu'à une période récente, la convention d'honoraires n'était obligatoire qu'en cas d'aide juridictionnelle partielle ou lorsque la procédure est couverte par une assurance.

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite Loi MACRON, rend obligatoire la conclusion d'une convention d'honoraires écrite qui précise, notamment, le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles ainsi que les divers frais et débours envisagés.

La stipulation d'une clause de médiation est obligatoire dans la convention d'honoraires. Rappelons que le mandat donné est couvert par le secret professionnel et doit faire l'objet d'une lettre de mission séparée, non communicable à l'Administration. Cette question est-elle résolue par la désignation officielle d'un médiateur de la profession d'avocat ?

5.2 Les règles de capacité gouvernant la conclusion de la convention d'honoraires

- La convention d'honoraires signée après la mise sous protection

La qualification de la convention d'honoraires au regard de la classification tripartite des actes de disposition, des actes d'administration et des actes conservatoires dépend des modalités de facturation qu'elle prévoit (Décr. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, annexe I).

La convention prévoyant une facturation forfaitaire s'analyse comme un acte d'administration, lequel implique sous la curatelle la signature de la seule personne protégée et sous la tutelle celle du tuteur.

La convention stipulant des honoraires au temps passé et un taux horaire déterminé reçoit la même qualification.

La nullité pour insanité d'esprit, dont le prononcé suppose l'absence de tout discernement du majeur, reste cependant applicable (C. civ. art. 414-1 et 414-2).

En revanche, la convention prévoyant un honoraire de résultat correspond à un acte de disposition. Il est donc nécessaire d'obtenir :

- le contreseing du curateur, sous la curatelle,
- l'autorisation préalable du Juge des tutelles, sous la tutelle.

- La convention d'honoraires signée avant la mise sous protection

- Lorsque le mandat et la convention sont signés avant la mise sous protection, le protecteur désigné ne peut pas s'opposer à son exécution, sous réserve de la preuve d'un abus ou d'une fraude. Le paiement des honoraires s'analyse, aux termes de la jurisprudence, comme un acte d'administration.

En cas de difficulté, le Juge des tutelles doit être saisi afin qu'il autorise ou enjoigne à la personne chargée de la protection de **régler** les honoraires de l'avocat.

- Les contestations sur le **montant** des honoraires relèvent, en revanche, de la compétence exclusive du **Bâtonnier**, lequel éventuellement taxera. Cette taxation ne peut intervenir qu'en fin de dossier¹⁶.

La possibilité de saisir le Bâtonnier uniquement en fin de mission se déduit d'un double fondement.

D'une part, l'article 12 du décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 prévoit que l'avocat remet à son client un « *compte détaillé* » avant tout « *règlement définitif* ». Tout désaccord antérieur, tant que dure la mission, ne pourrait se résoudre que par une fixation amiablement négociée.

¹⁶ La seule solution est-elle de se déporter pour espérer être réglé ? Non, le mandataire doit éventuellement négocier la convention d'honoraires avec l'avocat selon les critères habituels liés à la difficulté de l'affaire, la compétence de l'avocat, l'importance de ses diligences, les possibilités financières du client.

D'autre part, il résulte de l'article 174 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1994 que le Bâtonnier tranche une « contestation », ce qui suppose que le montant de l'honoraire ait été définitivement arrêté.

Le Bâtonnier n'est donc pas compétent pour fixer les honoraires de l'avocat en cours de mandat. Le juge des tutelles l'est uniquement, quant à lui, au stade de la formation de la convention, pour autoriser la stipulation d'un honoraire de résultat¹⁷.

La négociation relative au montant des honoraires relève, pour le majeur sous tutelle ou celui sous curatelle renforcée, de la négociation entre, d'une part, le curateur ou le tuteur et, d'autre part, le majeur protégé lui-même.

Si cette négociation n'intervient pas ou si elle ne peut pas intervenir, en raison de l'état de santé du majeur, le juge des tutelles doit être saisi. Ce dernier est, en effet, compétent pour statuer sur les conflits entre le majeur protégé et son tuteur ou son curateur.

Le juge des tutelles ne peut statuer qu'après avoir entendu les parties et, par voie de conséquence, l'avocat.

Les juges des tutelles interviennent parfois auprès des mandataires judiciaires à la protection des majeurs afin de les contraindre au paiement. Sous la tutelle, il doit être saisi pour approuver la transaction relative au montant des honoraires.

En conclusion, les règles du droit commun s'appliquent avec les particularités suivantes :

- Le choix de l'avocat est un acte personnel du majeur protégé.
- Il signe seul la convention qui ne porte pas sur un honoraire de résultat s'il est en curatelle, même renforcée.
- Le juge des tutelles intervient, sous la tutelle, pour autoriser une convention d'honoraires lorsqu'il y a honoraire de résultat.
- Il intervient aussi en cours de mandat pour approuver le montant d'une transaction (C. civ., art. 506).
- Sous la curatelle, le curateur doit assister son protégé dans les mêmes conditions.
- En cas de litige entre le majeur protégé et son tuteur ou curateur, le juge statue.

Le juge des tutelles n'intervient sur le comportement déontologique de l'avocat que pour demander au mandataire de saisir la commission de déontologie, voire le procureur de la République en cas d'infraction pénale.

Il n'intervient sur la convention d'honoraires que pour valider une convention prévoyant un honoraire de résultat et autorisant le mandataire à transiger sur les honoraires en cours de mandat, seulement en matière de tutelle.

¹⁷ Voir sur ce sujet Cass. 2^{ème} Civ., 10 septembre 2015 n°14-23959, F-P : Jurisdata n°2015-020074 : cassation de l'arrêt confirmatif qui a refusé de statuer sur le mérite d'une demande d'autorisation de régulariser une convention comportant un honoraire proportionnel, dans l'attente de la décision judiciaire sur le résultat sur lequel les honoraires étaient pour partie calculés.

II. L'AVOCAT DU MAJEUR PROTEGE ET LA PROCEDURE

La procédure obéit à des règles originales sur le terrain du certificat médical circonstancié et de la consultation du dossier (1), de la communication des pièces (2), de l'exercice de l'action en justice du majeur protégé (3).

1. Le certificat médical circonstancié et la consultation du dossier

1.1 La confidentialité du certificat médical circonstancié

Le certificat médical circonstancié est couvert par une **confidentialité absolue** (CPC, art. 1219 *in fine*). Toutefois, certains juges des tutelles acceptent d'en donner copie à l'avocat du majeur protégé.

L'interdiction de sortir du dossier la copie du certificat médical circonstancié est destinée bien sûr à couvrir le **secret médical**.

Ce secret absolu du certificat médical circonstancié a aussi pour objet de **protéger la personne elle-même** qui n'a pas besoin de se voir infliger un diagnostic qu'elle préfère ignorer. Il est rappelé en effet que le médecin peut dissimuler son diagnostic à son patient si ce dernier ne le lui demande pas.¹⁸

Le droit de la protection juridique des majeurs respecte les dispositions du Code de la Santé publique car, en cette matière, ces dernières doivent être articulées avec celles du Code civil.

Cette interdiction est aussi justifiée par la nécessité **de protéger les tiers** éventuellement impliqués, le médecin traitant qui a pu donner son point de vue à son confrère, comme le médecin inscrit sur la liste du procureur lui-même, de la vindicte de la personne qui peut se révéler dangereuse.

A cet égard, on peut s'interroger sur la possibilité d'initier une action (par exemple devant le conseil de l'ordre des médecins) contre le médecin qui a établi le certificat médical circonstancié.

¹⁸ Aux termes de l'article L1111-2 du Code de la santé publique :

« Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

*Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel. **La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.***

Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle ».

Il nous semble que pareille action serait sans portée sauf cas d'espèce particulier.

La personne protégée qui conteste un certificat médical peut toujours saisir un autre médecin inscrit et présenter un autre certificat. En cas de doute, le juge nommera un collège d'experts.

En cas de contestation de nature déontologique à l'encontre du médecin inscrit, un signalement au procureur de la République est toujours possible, d'une part en raison de son devoir de surveillance des médecins qu'il inscrit sur sa liste, et d'autre part, du fait que le certificat est réservé à son usage exclusif et à celui du juge des tutelles.

Ainsi, il y a toujours un moyen pour un avocat de faire valoir les droits légitimes de son client dans le respect des règles particulières qui gouvernent cette matière, où la vie psychique, gravement perturbée du client, justifie une grande prudence et modération de la part de son conseil dans le respect du Code de Déontologie médicale qui est le droit commun en la matière.

Alors même que l'avocat du majeur peut avoir copie du certificat médical circonstancié, ledit certificat ne peut en aucun cas être communiqué par lui dans une autre procédure¹⁹. Toutefois, s'il l'était, la sanction devrait être le rejet de la pièce versée aux débats.

1.2 L'accès au certificat médical circonstancié via la consultation du dossier

L'accès au certificat médical circonstancié est possible, de manière très encadrée, *via* la consultation du dossier de la personne protégée ou à protéger au greffe du tribunal d'instance.

- D'une part, selon l'article 1222 du Code de procédure civile, le certificat médical circonstancié est accessible par consultation du dossier au greffe du tribunal d'instance jusqu'au prononcé de la décision d'ouverture de la mesure ou, lorsqu'une modification de la mesure de protection est sollicitée, jusqu'à ce qu'il soit statué sur celle-ci.

Cette consultation est ouverte au requérant et aux personnes visées par l'article 430 du Code civil (ce qui vise la famille et l'entourage de la personne protégée, notamment) à la condition, s'agissant de ces dernières, qu'elles justifient d'un intérêt légitime.

Cet intérêt relève de l'appréciation souveraine du Juge des tutelles. La décision du juge est une mesure d'administration judiciaire insusceptible d'appel (CPC, art. 1224).

L'avocat de la personne protégée et l'avocat d'un membre de sa famille ou de son entourage, disposent de la même faculté.

- D'autre part, en application de l'article 1222-1 du Code de Procédure civile, le certificat médical circonstancié est également accessible, après la décision d'ouverture de la mesure de protection ou la décision ayant statué sur sa modification, au majeur protégé ou à protéger, à son avocat, à la ou aux personnes chargées de la protection, par voie de consultation du dossier au greffe du tribunal d'instance.

Toutefois, « *Lorsque la demande de consultation du dossier émane du majeur, le juge peut, par ordonnance motivée notifiée à l'intéressé, exclure tout ou partie des pièces de la consultation si celle-ci est susceptible de lui causer un préjudice psychique grave.* »

¹⁹ Article 1219 du CPC

1.3 La délivrance des copies des pièces du dossier

S'agissant des pièces du dossier, l'avocat du majeur peut en avoir copie²⁰.

S'agissant du certificat médical circonstancié, les pratiques diffèrent certains Juges des Tutelles refusent d'en donner la copie, d'autres la donnent sans difficulté.

La personne protégée ou la personne chargée de sa protection peuvent également solliciter des copies des pièces du dossier, sous réserve de justifier d'un intérêt légitime et des dispositions propres à l'accès au compte de gestion²¹.

L'avocat ne peut en aucun cas communiquer copies des pièces, ou leur reproduction, à son client ou à des tiers²².

2. La communication des pièces

2.1 Dans le cadre de la procédure devant le Juge des tutelles

Deux principes s'opposent :

- d'une part, le principe du respect du contradictoire qui impose l'application des règles déontologiques en présence d'avocats : communication entre confrères (en particulier, les articles 5.1 et 5.2 du RIN relatifs au respect du contradictoire);
- d'autre part, le principe du respect de la vie privée et plus particulièrement du secret médical relatif à la personne en cause.

La communication à toutes les parties est souhaitable, voire nécessaire, en application du droit à un procès équitable (article 6, § 1^{er} CEDH).

Par exception, l'accès au dossier est précisément encadré par les articles 1222 et 1222-1 du Code de procédure civile.

2.1.1 Avant l'ouverture ou la modification de la mesure de protection

Les dispositions de l'article 1222 du CPC suffisent au respect du principe du contradictoire à l'égard de la personne protégée ou à protéger, de sa famille et de son entourage.

En application de ce texte, le dossier peut être consulté jusqu'à ce qu'il soit statué sur une demande d'ouverture ou de modification de la mesure de protection :

- par le requérant ;
- par les membres de la famille et de l'entourage de la personne visée par la requête sur autorisation du juge des tutelles (C. civ. art. 430 ; CPC, art. 1222, al. 1^{er}).

²⁰ Article 1223 du CPC

²¹ Article 510 du Code Civil

²² Article 1223 du CPC

Ces dispositions garantissent d'autres principes essentiels, tels que le droit au respect de la vie privée et familiale, le respect du secret professionnel et du secret médical, si bien que les restrictions apportées par l'article 1222 du Code de procédure civile au principe du contradictoire apparaissent proportionnées aux exigences de la CEDH.

Les membres de la famille et de l'entourage de la personne protégée ou à protéger bénéficient, en tout état de cause, de la possibilité de s'associer à la requête formée devant le Juge des tutelles afin de devenir, eux aussi, requérants afin d'avoir accès au dossier.

Ainsi, en dehors de la présence d'un avocat, la plus grande prudence est de mise.

Dans la mesure où le dossier peut être consulté au greffe, sur autorisation du Juge des tutelles, il n'est pas obligatoire de communiquer les pièces à toutes les parties.

En revanche, il est impératif que le principe du contradictoire soit respecté au profit du majeur protégé et son avocat, par les autres parties.

De même, il est normal que l'avocat d'une partie autre que le majeur protégé reçoive copie du rapport du mandataire, et communique ses écritures et pièces au mandataire.

2.1.2 Après l'ouverture ou la modification de la mesure de protection

Le principe du contradictoire est, en revanche, insuffisamment préservé dans le cadre de la procédure postérieure à l'ouverture ou à la modification de la mesure de protection.

En effet, l'article 1222-1 du Code de procédure civile restreint alors l'accès au dossier, lequel n'est consultable que par la personne protégée, son avocat, ainsi que la personne ou les personnes en charge de la mesure de protection.

Seuls le majeur protégé et la personne chargée de la mesure de protection peuvent avoir, après le prononcé du jugement de mise sous protection, copie d'une ou de plusieurs pièces du dossier et, ceci, sur décision du Juge des Tutelles lequel apprécie l'existence d'un intérêt légitime (CPC art. 1223-1).

La preuve d'un intérêt légitime ne s'impose pas à l'avocat du majeur (CPC, art. 1223).

Il existe un cas particulier, prévu à l'article 510 du Code civil, afférent au compte de gestion établi sous la tutelle et la curatelle renforcée. Le Juge des tutelles peut en autoriser la communication *via* le tuteur ou le curateur au conjoint, au partenaire, à un parent, un allié ou un proche dès lors qu'il existe un intérêt légitime et que le majeur y consent, si son état de santé le lui permet.

La personne qui souhaite avoir accès au dossier peut demander à être désignée en qualité de subrogé tuteur ou de subrogé curateur.

En résumé, il existe des moyens légaux d'avoir accès au dossier, sans avoir besoin de faire des copies « sauvages ».

Par ailleurs, la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, relative à l'adaptation de la société au vieillissement élargit, pour des raisons pratiques et de bon sens, la collaboration entre le mandataire et le proche aidant, qualifié de personne de confiance, qui pourra servir d'intermédiaire entre le majeur protégé et son mandataire.

L'article L471-6 du Code de l'Action sociale et des Familles impose désormais la remise de tous les documents de prise en charge de la mesure de protection, dont le programme individuel, « *dès lors que l'état de la personne ne lui permet pas d'en mesurer la portée, à un membre du conseil de famille s'il a été*

constitué ou, à défaut, à un parent, un allié ou une personne de son entourage dont il connaît l'existence, le cas échéant à la personne de confiance. »

2.2 Dans le cadre d'autres procédures

Il est toujours possible de solliciter dans une autre procédure, telle qu'une action en nullité d'un acte ou en responsabilité civile du mandataire, par lettre au Président ou par incident devant le Juge de la mise en état, le dépôt du dossier de tutelle au greffe de la juridiction²³. Afin de garantir le respect du caractère contradictoire le dossier sera consultable au greffe par les conseils des parties sans qu'ils puissent en tirer copie.

- Le fondement juridique de cette consultation relève du Code de procédure civile

Article 11 (sur la preuve détenue par une partie, ou par un tiers)

Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.

Article 290 (l'incident de vérification d'écriture)

Lorsqu'il est utile de comparer l'écrit contesté à des documents détenus par des tiers, le juge peut ordonner, même d'office et à peine d'astreinte, que ces documents soient déposés au secrétariat de la juridiction en original ou en reproduction.

Il prescrit toutes les mesures nécessaires, notamment celles qui sont relatives à la conservation, la consultation, la reproduction, la restitution ou le rétablissement des documents.

Article 943 (procédure sans représentation obligatoire)

Le magistrat chargé d'instruire l'affaire peut :

- ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction ;*
- ordonner, le cas échéant, à peine d'astreinte, la production de documents détenus par une partie, ou par un tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.*

- L'expertise médicale dans le cadre du procès pénal ou civil 24

Les juges d'instruction remettent au plaignant la copie des pièces de leur dossier dans lequel peuvent

²³ Il convient de se méfier de la pratique consistant à dactylographier des notes prises lors de la consultation du dossier du Juge des Tutelles, puis à verser aux débats cette transcription. Cela revient, en effet, à contourner les règles applicables à la matière. La sanction doit consister dans le rejet des débats de telles pièces constituées par la partie dans son intérêt (voir déjà en ce sens II, 1.1 in fine).

²⁴ Il est rappelé que le médecin expert en matière pénale ou civile est tenu au secret médical et ne doit révéler que ce qui est nécessaire à sa mission cf. Article 108 du code de déontologie médicale (R.4127-108 du code de la santé publique). Dans la rédaction de son rapport, le médecin expert ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées. Hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise. Il doit attester qu'il a accompli personnellement sa mission.

avoir été côtés des éléments issus du dossier de tutelle et qu'ils ont fait venir (instruction pour abus de faiblesse par exemple).

C'est ainsi que des certificats médicaux ayant servi à la protection judiciaire de la personne dont les actes sont contestés, peuvent se retrouver dans les dossiers d'instruction, puis dans les procédures en nullité de donations ou de testaments ou en mise en cause de la responsabilité des mandataires.

Il nous semble que, par application de l'article 1219 *in fine* du Code de procédure civile, le certificat médical circonstancié ne doit pas être communiqué dans le cadre d'une autre procédure. Pour autant, s'il était versé dans une procédure pénale ou civile, la question se poserait de savoir s'il serait possible de faire rejeter cet élément du débat.

3. L'action en justice du majeur protégé

Les actions en justice du majeur protégé n'obéissent pas à des règles de capacité homogènes. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 apporte ici une entorse au renvoi des règles de capacité et de pouvoirs gouvernant la curatelle à celles édictées sous la tutelle.

Elle déploie en revanche pleinement le principe de la capacité naturelle du majeur protégé pour la défense en justice d'un droit lui étant strictement personnel.

3.1 L'entorse au principe du renvoi sous la curatelle aux règles de la tutelle

- Sous la curatelle, l'assistance de la personne protégée est toujours requise, en demande ou en défense, quelle que soit nature de l'action en justice (C. civ. art. 468).

La règle de l'assistance implique que les actes de procédure soient délivrés par l'avocat de la personne protégée avec l'accord du curateur. En défense, les actes doivent être délivrés, à peine de nullité, à la personne protégée et au curateur.

- Sous la tutelle, la personne protégée est représentée en justice par le tuteur, en demande ou en défense.

L'autorisation préalable du Juge des tutelles est nécessaire lorsqu'il envisage d'exercer au nom du tuteur une action en justice extrapatrimoniaire (C. civ. art. 475 et 504). Aucune autorisation n'est requise en revanche s'agissant des actions patrimoniales.

La distinction entre ces deux notions : actions patrimoniales / actions extrapatrimoniales peut soulever des difficultés d'interprétation car certaines actions en justice puisent au confluent de la protection de la personne et de celle de ses biens.

3.2 La capacité naturelle du majeur protégé en matière d'actions en justice strictement personnelles

La personne protégée ne peut être assistée ni représentée par son mandataire pour faire valoir les droits lui étant strictement personnels²⁵. Elle ne peut qu'agir seule, à la condition de jouir d'un discernement

²⁵ Civ 1^{ère} 6 novembre 2013 n° 12-23.766 : Il résulte de l'article 458 du code civil que l'appel d'une décision du juge des enfants qui restreint l'exercice des droits de l'autorité parentale d'un majeur protégé constitue un acte strictement personnel que celui-ci peut accomplir sans assistance ni représentation.

suffisant.

L'article 458 pose une liste des actes impliquant un consentement strictement personnel.

Cette énumération, laquelle vise notamment l'adoption, l'exercice de l'autorité parentale, est non exhaustive, ce qui soulève la délicate question de la délimitation de la sphère d'autonomie de la personne protégée.

III. L'AVOCAT DU MAJEUR PROTEGE ET CERTAINES PROCEDURES PARTICULIERES

Le législateur a adapté depuis toujours la procédure de divorce à la situation du majeur protégé. (1) Mais les réformes actuelles de la procédure civile conduisent à ses interrogations concernant la procédure participative et la médiation (2), la question du visa (3) ainsi qu'en matière pénale le conflit entre le signalement des infractions et le secret professionnel traditionnel (4)

1. Les particularités de la procédure de divorce

1.1 La restriction de l'éventail des causes de divorce

La restriction des causes de divorce en présence d'un époux sous mesure de protection juridique des majeurs résulte de la législation du divorce.

En effet, d'une part, l'article 249-4 du Code civil pose la règle de la prohibition des divorces d'accord. Cette interdiction est générale. Elle s'applique quelle que soit la nature de la mesure de protection ouverte à l'égard de l'un et/ou de l'autre époux.

D'autre part, la possibilité de recourir au divorce pour faute, en présence d'un majeur protégé, se heurte, lorsque les griefs sont invoqués à l'encontre de ce dernier, à l'exigence de l'imputabilité de la faute, cause de divorce (C. civ. art. 242). Pareille conception subjective de la faute, qui contraste avec la conception objective retenue en matière de responsabilité civile, empêche de recourir à ce cas de divorce toutes les fois que les griefs invoqués à l'encontre de l'époux vulnérable sont la conséquence de ses troubles mentaux²⁶.

1.2 La procédure de divorce

1.2.1 Sous la tutelle

- Le majeur sous tutelle, demandeur au divorce

L'article 249 du Code civil énonce que « *si une demande en divorce doit être formée au nom d'un*

²⁶ Civ 1^{ère} 12 novembre 2009 n°08-20.710 et l'application par la Cour d'Appel de renvoi CA Lyon, 2^e ch. civ, 14 déc. 2009, n° 08/06756 qui précise que la solution de la Cour de Cassation n'exclut pas *de facto* toute hypothèse de divorce prononcé aux torts exclusifs d'un majeur protégé.

majeur en tutelle, elle est présentée par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille s'il a été institué ou du juge des tutelles. Elle est formée après avis médical et, dans la mesure du possible, après audition de l'intéressé, selon le cas, par le conseil de famille ou le juge (al. 1^{er}) ».

Il faut comprendre que la représentation par le tuteur ou l'assistance du curateur est requise pour la requête initiale en divorce ainsi que pour l'assignation en divorce.

- Le majeur sous tutelle, défendeur au divorce

La requête en divorce et l'assignation en divorce sont délivrées au tuteur. L'article 249-1 prévoit, en effet, que « *si l'époux contre lequel la demande en divorce est formée est en tutelle, l'action est exercée contre le tuteur* ».

Si une demande reconventionnelle en divorce doit être présentée au nom du majeur en tutelle, il convient de respecter les dispositions prévues à l'article 249, alinéa 1^{er}, c'est-à-dire l'autorisation du Juge des tutelles délivrée après le recueil d'un avis médical et, lorsqu'elle est possible, l'audition de l'intéressé. Le texte vise en effet, sans distinction, « *la demande en divorce [...] formée au nom d'un majeur en tutelle* ». Aucune distinction n'est faite suivant qu'il s'agit d'une demande principale ou d'une demande reconventionnelle en divorce.

- La désignation d'un tuteur ad hoc

Dans tous les cas, un tuteur *ad hoc* sera désigné par le Juge des tutelles, au besoin saisi par voie de requête, lorsque l'exercice de la mesure de protection avait été confié à son conjoint ou un enfant. (C. civ. art. 249-2). Peu importe que le conjoint soit demandeur ou défendeur au divorce.

1.2.2. Sous la curatelle

- Le majeur sous curatelle, demandeur au divorce

L'article 249, alinéa 2 dispose que « *le majeur en curatelle exerce l'action lui-même avec l'assistance du curateur* (al. 2) ».

La loi laisse ici au majeur en curatelle l'initiative du divorce. Il n'en demeure pas moins que la requête en divorce, puis l'assignation en divorce, devront être contresignées par le curateur, ce dont il incombe à l'avocat de la personne protégée de s'assurer.

- Le majeur sous curatelle, défendeur au divorce

Si l'action en divorce est exercée contre le majeur en curatelle, ce dernier « *se défend lui-même avec l'assistance du curateur* » (C. civ. art. 249-1), ce qui implique que l'ensemble des actes de la procédure soit délivrée au majeur protégé et au curateur.

1.2.3. Sous la sauvegarde de justice

La personne sous sauvegarde de justice conserve, en principe, sa pleine capacité juridique (C. civ. art. 435, al. 1^{er}). Néanmoins, dans un souci de protection, le Code civil procède à un aménagement de cette

règle. S'il est vrai que la personne sous sauvegarde justice peut agir seule en divorce, en demande ou en défense, la demande en divorce ne peut être examinée qu'après que la personne a été placée en curatelle ou en tutelle (C. civ. art. 249-3).

Toutefois, la loi autorise le juge aux affaires familiales à prendre, dans l'attente de l'ouverture de la mesure de protection et de l'examen de la demande en divorce, des mesures provisoires pour organiser la vie de la famille (C. civ. art. 249-3). Il peut statuer, par exemple, sur la résidence séparée des époux, la jouissance du logement par l'un d'eux, la fixation d'une pension alimentaire, la désignation d'un notaire en vue de procéder à un projet liquidatif du régime matrimonial et, d'une manière plus générale, prendre toute mesure nécessaire pour assurer l'existence des époux et celle des enfants pendant la procédure de divorce (C. civ. art. 254 et 255). Le juge aux affaires familiales peut, de la même manière, prendre des mesures urgentes, telles que l'apposition de scellés sur les biens communs, des mesures restrictives de pouvoirs (C. civ. art. 220-1, 1426 et 1429) ou l'autorisation donnée au demandeur à résider séparément, s'il y a lieu avec ses enfants mineurs (C. civ. art. 257).

L'interdiction d'examiner la demande en divorce avant l'organisation d'une tutelle ou d'une curatelle joue sans qu'il y ait à distinguer suivant que la demande est antérieure ou postérieure à l'ouverture de la mesure de sauvegarde de justice. Cette interdiction joue même si la sauvegarde est prononcée entre le jugement rendu en première instance et l'appel⁽²⁷⁾. En pareil cas, la cour d'appel ne pourra examiner l'appel portant sur le divorce qu'après la mise en place d'une tutelle ou d'une curatelle à l'égard de la personne sauvegardée.

1.2.4. Sous le mandat de protection future

La loi du 5 mars 2007 ne comporte aucune disposition relative à la demande en divorce formée par ou contre la personne placée sous un mandat de protection future activé. S'agissant d'une mesure non incapacitante, la personne protégée doit pouvoir former elle-même la demande en divorce et exercer l'action en justice, en demande ou en défense.

Pour autant, lorsqu'elle n'est pas douée d'un discernement suffisant pour agir elle-même et prendre une décision personnelle éclairée, la question se pose de savoir si le mandataire pourrait la représenter dans le cadre de la procédure de divorce. En l'absence de dispositions spéciales au divorce de la personne sous mandat de protection future, il convient de se référer aux dispositions des articles 458 et 459. La question se pose ainsi de savoir si l'action en divorce relève de la catégorie des actes strictement personnels (C. civ. art. 458) ou de celles des actes simplement personnels (C. civ. art. 459).

Dans le premier cas, toute assistance ou représentation de la personne protégée est interdite. Dans le second cas, la loi pose un système d'autonomie graduée pouvant donner lieu, avec l'autorisation du juge des tutelles, à l'assistance de la personne protégée, voire, après l'ouverture d'une tutelle, à sa représentation (C. civ. art. 459).

Ces difficultés peuvent être évitées par l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire des majeurs en complément du mandat de protection future (C. civ. art. 485, al. 2), ce qui suppose de saisir le Juge des tutelles par voie de requête. Le Juge des tutelles peut être saisi par les personnes visées à l'article 430 du Code civil, ce qui désigne la personne protégée, celle chargée de sa protection, sa famille et son entourage ainsi que le procureur de la République.

Lorsque l'exercice du mandat de protection future est confié à l'époux de la personne protégée, la

⁽²⁷⁾ Civ. 2^e, 14 déc. 2000, n° 99-13.143, inédit : « *Qu'en statuant ainsi alors que l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit, de telle sorte que, dès lors qu'il n'était pas contesté que Mme X... était, en cause d'appel, placée sous sauvegarde de justice, il devait être fait application de l'article 249-3 du Code civil, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » (C. pr. civ., art. 561 ; C. civ., art. 249-3).

demande en divorce formée par cette dernière, ou par son conjoint, conduit à la révocation du mandat dès lors que son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts de la personne vulnérable (C. civ. art. 483, 4° et 484). L'action en divorce sera précédée, en pareille hypothèse, d'une requête en révocation du mandat de protection future (C. civ. art. 483, 4° et 484) et de l'ouverture par le Juge des tutelles d'une mesure de protection judiciaire à l'égard de la personne vulnérable.

1.2.5 La conclusion de conventions de divorce

Des accords réglant les conséquences du divorce sont possibles en présence d'un époux sous mesure de protection juridique. Aucune disposition légale n'interdit, en effet, d'envisager de tels accords en application des articles 265-2 (conventions relatives à la liquidation du régime matrimonial) et 268 (conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce, en ce compris les conséquences personnelles) du Code civil.

Ces conventions sont assujetties, sur le terrain du droit des incapacités, aux règles de droit commun gouvernant la conclusion des actes de disposition.

Elles sont soumises, sous la tutelle, à l'autorisation préalable du Juge de tutelles puis à l'approbation par ce magistrat dans la mesure où elles réalisent la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux (C. civ. art. 507).

S'agissant des conventions réglant les conséquences personnelles du divorce, et spécialement des conventions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, la personne protégée ne peut être assistée ou représentée par la personne chargée de sa protection. La conclusion d'un tel accord relève de la sphère intangible d'autonomie de l'intéressé (C. civ. art. 458). Ces conventions doivent donc être utilisées avec précaution et sous réserve que la personne protégée soit en mesure de les conclure elle-même et sans assistance. Il doit être rappelé qu'en matière de divorce, la représentation par avocat est obligatoire.

La difficulté pourrait se poser pour les autres procédures devant le JAF, portant sur les enfants naturels. Dans ce cas, s'agissant de procédures, le curateur ou le tuteur doivent veiller à la présence d'un avocat.

Il est rappelé que la protection de l'enfance en danger passe par une mesure d'assistance éducative de la compétence du juge des enfants.

1.2.6 La participation de la personne protégée à l'audience de conciliation

La présence de la personne protégée à l'audience de conciliation est obligatoire, toutes les fois que son état de santé le permet.

La personne protégée sera entendue, d'abord seule, puis en présence de son ou de ses protecteurs.

La participation de la personne protégée à l'audience de conciliation participe du cœur du dispositif de protection des majeurs, lequel promeut l'autonomie et le respect de la volonté de la personne protégée (C. civ. art. 415). Elle fait écho à la règle de l'audition du majeur en tutelle par le Juge des tutelles, toutes les fois que celle-ci est possible, préalablement à l'autorisation donnée au tuteur de former la demande en divorce, ainsi qu'à la nécessité pour le Juge des tutelles de se munir d'un certificat médical avant de statuer (C. civ. art. 249). Ce dernier permet de vérifier que l'état de santé de la personne ne fait pas obstacle à sa présence lors de l'audience de conciliation.

L'audition de la personne sous tutelle par le Juge des tutelles, puis sa participation à l'audience de conciliation, permettent, quant à elles, de s'assurer que la demande en divorce correspond à sa volonté.

C'est dire que si la requête initiale et l'assignation en divorce sont présentées par le tuteur représentant la personne protégée, l'initiative du divorce doit émaner, elle, du majeur sous tutelle ou, à tout le moins, recueillir son adhésion²⁸. Il incombe à l'avocat du majeur protégé de s'en assurer. Lorsque la personne protégée n'est pas en mesure d'exprimer une volonté suffisamment éclairée, l'avocat doit s'assurer que la demande en divorce ne heurte la volonté du majeur s'il avait été en mesure de l'exprimer. Il peut s'appuyer, notamment, sur la volonté exprimée par le majeur, par quelques moyens que ce soit, avant qu'il devienne inapte à exprimer sa volonté.

1.2.7 La liquidation du régime matrimonial post-divorce :

A défaut de dispositions spéciales, la liquidation du régime matrimonial est amiable ou contentieuse.

Sous la tutelle, les accords éventuels doivent être soumis à l'autorisation du Juge des tutelles puis à son approbation (C. civ. art. 507). Ils impliquent, sous la curatelle, l'assistance de la personne protégée par le curateur.

2. Le recours à la procédure participative et la médiation est-il possible en présence d'un majeur protégé ?

2.1 La possibilité de recourir à la procédure participative en présence d'un majeur est controversée.

S'agissant de la procédure participative : aucune disposition ne paraît l'interdire (C. civ. art. 2062 et s.). En effet, le Code civil l'autorise dans tous les domaines (C. civ. art. 2064, al. 2)

La procédure participative, tout comme la médiation ne conduit pas à évincer le Juge des tutelles.

Le recours à la procédure participative, doit être autorisé par le Juge des tutelles en cas de tutelle. En cas de curatelle, la convention est contresignée par le curateur.

S'agissant des accords éventuellement trouvés, par analogie avec les dispositions de l'article 506 du Code civil relatives à la transaction, les clauses de la convention doivent être approuvées par le Juge des tutelles en matière de tutelle et l'accord co-signé par le majeur et son curateur en cas de curatelle.

2.2 Le recours à la médiation devrait être également permis

Notamment pour toutes difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale conjointe²⁹. S'il n'est pas obligatoire, le recours à l'avocat semble ici essentiel, cela d'autant plus que le majeur, par hypothèse vulnérable, ne peut pas être ici assisté ou représenté par le curateur ou le tuteur (C. civ., art. 458).

Mais il n'est pas légalement possible de lui interdire d'exprimer son sentiment sur ses relations avec son enfant. La protection de l'enfant relève du droit commun du juge des enfants.

²⁸ CA Aix-en-Provence, 19 févr. 2015, n° 13/21340 : *AJ famille* juill.-août 2015, p. 412, note N. Peterka

²⁹ Intervention M-H. ISERN-REAL – La justice du 21^e siècle – 10-11 janvier 2014 Atelier 3 p. 305

3. La question du visa

Le visa du Bâtonnier est une simple information.

Si un magistrat, greffier, avocat ou tout autre auxiliaire de justice, (notaire, huissier, expert, administrateur et mandataire judiciaire) est mis en cause, l'information préalable et le visa du Bâtonnier sont requis (article 74.1 RIBP ; article 48 RIHS ; article 35.5 RIBV).

Un débat a existé sur le point de savoir si les mandataires judiciaires à la protection des majeurs étaient des auxiliaires de Justice, de telle sorte que le visa du bâtonnier serait nécessaire dès lors qu'ils sont mis en cause dans une procédure.

Le doute semble levé par une décision rendue par la Cour d'Appel d'ANGERS. Cette juridiction, saisie d'un litige portant sur l'application de l'article 47 du Code de procédure civile aux MJPM, a considéré qu'

« Il est constant qu'un auxiliaire de justice concourt de manière principale et habituelle à l'administration de la justice en collaborant de manière permanente au fonctionnement du service de la justice. Si avant cette loi [loi 2007-308 du 5 mars 2007], le fait d'être inscrit sur une liste spéciale et d'exercer les fonctions spécifiques d'assistance ou de représentation des personnes protégées ne conférait pas au gérant de tutelles la qualité d'auxiliaire de justice, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs regroupent désormais tous les intervenants extérieurs à la famille qui exercent à titre habituel une mission de protection juridique.

Ils obéissent à des règles communes organisant leur formation et leur compétence, leur évaluation et leur contrôle, leur responsabilité.

Ils concourent de façon permanente au fonctionnement du service public de la justice et comme tel ont la qualité d'auxiliaires de justice. »

La Cour a reçu en conséquence l'exception d'incompétence.

Si cette jurisprudence³⁰ est confirmée, il conviendra d'en tirer les conséquences en matière de visa du bâtonnier.

4. L'articulation du secret professionnel de l'avocat avec la prévention de l'abus de faiblesse et de la maltraitance

4.1 L'avocat peut-il s'exonérer du secret professionnel ?

La réponse est différente s'il s'agit de signaler les agissements de l'auteur, hypothèse où la réponse est malaisée et où les meilleurs auteurs divergent. En revanche, elle est plus facile s'il s'agit de signaler la maltraitance sur une victime.

Raymond MARTIN Déontologie de l'avocat (Ed. Litec 2013) p. 254.

« La dénonciation du crime

³⁰ CA ANGERS, ch. 1, sect. B, 10 février 2014, N° 13/01004

<http://www.legavox.fr/blog/maitre-claudia-canini/mandataires-judiciaires-protection-majeurs-mjpm-18153.htm#.VZ-0zPntmkq>

*Une abondante littérature s'était développée sur l'obligation faite à **quiconque** par le Code pénal ancien (article 62), ayant connaissance d'un crime déjà tenté ou consommé, de le dénoncer, ou encore d'empêcher soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle ou celle de porter secours à une personne en péril. On voit le dilemme qui était posé à l'avocat : soit trahir le secret de celui qui est venu se confier à lui, soit s'exposer à commettre un délit.*

Le nouveau Code pénal est venu heureusement mettre un terme à ce dramatique conflit en exceptant de la dénonciation "les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues à l'article 226-13".

Mais cette dépénalisation ne fait pas disparaître le cas de conscience qui peut se poser à l'avocat de dénoncer son client, en des circonstances heureusement exceptionnelles. Il sera alors seul pour le résoudre selon la dominante de ses valeurs personnelles. Pour notre part, nous privilégions le respect de la confiance ; toutefois, la gravité extrême des conséquences du silence peut conduire l'avocat à livrer les indications nécessaires à leur prévention, sans aller autant que faire se peut jusqu'à la dénonciation, par exemple dans la perspective d'un attentat terroriste, d'un meurtre décidé. Le blanchiment de "l'argent sale" risque de poser à l'avocat un problème de conscience aigu, sans doute moins que la connaissance de violences y compris sexuelles sur des mineurs ou des personnes vulnérables, au vu de l'article 226-14 Code pénal.

Mais n'oublions pas les peines prévues par l'article contre celui qui contrevient au secret.

Dans tous ces cas de figure complexes ou douloureux, le premier et meilleur conseil est celui du bâtonnier, que l'on n'hésitera pas à consulter. »

Le JURIS-CLASSEUR pénal (tome 3, art. 226-13 et 226-14, fasc. 30, p. 25 s.) livre une réponse qui présente le mérite de concilier des textes apparemment contradictoires :

« Il est souvent admis que de la combinaison des articles 226-14, 1° et 434-3 résulte une possibilité pour le professionnel de choisir de révéler ou non, notamment parce que l'alinéa 2 de l'article 434-3 excepte de l'obligation de dénoncer les professionnels tenus au secret et que l'alinéa 1^{er} de l'article 226-14 conclut à l'inapplicabilité de l'article 226-13 en cas de révélation. »

On en retiendra l'obligation de révéler, au Bâtonnier, les privations, mauvais traitements etc. infligés à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger et l'absence d'application, dans ce cas, des sanctions prévues pour la violation du secret professionnel.

1/ Définition du secret professionnel article 2 du RIN

"L'avocat est le confident nécessaire du client.

Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps."

Ce secret professionnel couvre tous les domaines (article 2-2 RIN), aussi bien les consultations que les interventions d'ordre judiciaire.

Il porte sur tous les supports : les correspondances, les notes d'entretien, et plus généralement toutes les pièces du dossier, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de sa profession.

Il s'impose au personnel du cabinet.

La violation du secret professionnel constitue un délit (prévu et réprimé par l'article 226-13 du nouveau code pénal) et un manquement à la règle déontologique.

HAMELIN et DAMIEN "Les règles de la profession d'avocat", 9ème Edition DALLOZ- 2000 - n° 256

: "La notion du secret professionnel est coïncée entre deux impératifs distincts, d'une part le respect de la dignité de la personne et donc d'un certain individualisme nécessaire à la vie en société, d'autre part la protection de la société contre des individus dangereux et donc un certain collectivisme.

Le secret professionnel, selon l'évolution des mentalités, se situe entre ces deux notions, et l'on peut dire qu'il est une sorte de curseur sur une réglette mobile dont la position permet de savoir si une société plus individualisme que collectivisme, ou le contraire.

L'avocat a toujours été tenu de garder un secret inviolable sur tout ce qu'il apprend à ce titre. Cette obligation est absolue et d'ordre public."

MAIS... HAMELIN & DAMIEN ajoutent : *"l'avocat appelé en témoignage n'a donc, dans sa déposition, d'autres règles que sa conscience. Il doit s'abstenir des réponses qu'elle lui interdit."*

Qu'en est-il des réponses qu'elle s'autorise ?

HAMELIN & DAMIEN répondent : *"Bien entendu, toutes les confidences du client ne sont pas couvertes par le secret professionnel. Il appartient à l'avocat de discerner celles qui peuvent être exposées au cours de la défense. Le secret de l'avocat, en effet, est relatif, c'est à dire que l'avocat détermine en conscience ce qui, dans les confidences de son client, doit être couvert par le secret. »* (Repris dans le DAMIEN & ADER 2004-2005 DALLOZ))

Dans les confidences d'un client, il n'y a pas de distinction nette entre ce qui est secret et ce qui ne l'est pas, et c'est donc à la conscience de l'avocat et à sa loyauté d'effectuer le choix de ce qui est utile à la défense ou non.

En effet, lorsque nous rédigeons une requête en divorce, nous violons la vie privée et la confiance du client. De même en matière de protection des majeurs.

2/ La transmission du dossier

Les règles de transmission du dossier s'imposent.

Celui qui succède à un confrère, doit veiller au paiement de ses honoraires, mais aussi l'interroger afin de savoir "s'il y voit un inconvénient". Ainsi l'avocat dessaisi a le devoir d'informer son confrère sur les conditions de sa désignation et les risques de conflit d'intérêts.

Cette vigilance est aussi bien protectrice des avocats que des clients car elle assure la continuité de la défense et permet de mettre en l'évidence l'emprise dans laquelle se trouvent parfois les personnes vulnérables du fait de leur entourage le plus proche.

Cette lettre d'usage est de moins en moins respectée et son usage devrait être imposé aux jeunes confrères.

3/ Le signalement

Les règles du signalement doivent être examinées à l'aune du secret professionnel tel que défini dans le code pénal et au regard de la non-assistance à personne en danger ou non dénonciation de crime ou délit.

- D'autant que sa nécessité vient d'être renforcée par l'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille :

Art. 387-3 du C. civil Concernant les mineur : – *A l'occasion du contrôle des actes mentionnés à l'article 387-1, le juge peut, s'il l'estime indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale, décider qu'un acte ou une série d'actes de disposition seront soumis à son autorisation préalable.*

Le juge est saisi aux mêmes fins par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci.

Les tiers qui ont informé le juge de la situation ne sont pas garants de la gestion des biens du mineur faite par l'administrateur légal.

Il en est de même pour les majeurs dans le cadre de l'habilitation familiale : Art. 494-10. – *Le juge statue à la demande de l'une des personnes mentionnées à l'article 494-1 ou du procureur de la République sur les difficultés qui pourraient survenir dans la mise en œuvre du dispositif...*

On ne voit pas comment le procureur de la République pourrait être informé si un professionnel ne l'avisait pas de dysfonctionnement, surtout dans l'intérêt d'une personne isolée qui n'a pas un entourage suffisant pour porter un regard avisé sur sa situation.

... Saisi à cette fin dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 494-3, le juge peut, à tout moment, modifier l'étendue de l'habilitation ou y mettre fin, après avoir entendu ou appelé la personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée, dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 494-4 ainsi que la personne habilitée.

- La protection de l'intégrité physique de la personne :

223-1 du code pénal : *Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou blessure de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence est puni d'un an de prison et 15 000 euros d'amende.*

223-6 : **Quiconque** pouvant empêcher, par son action immédiate, sans risque pour lui ou les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstient volontairement de le faire, est puni de **cinq ans de prison et 75 000 euros d'amende**. Même peine pour tout le défaut d'apporter assistance ou provoquer un secours.

Mais aussi 434-1 : *Le fait pour **quiconque** ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.*

Et 434-3 : *Le fait pour **quiconque** ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligées à (une personne vulnérable...) de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni (de la même peine).*

Pour protéger une personne en état de faiblesse, le code pénal exonère les professionnels tenus au secret professionnel :

L'Article 226-14, inclut tous les professionnels de santé. Néanmoins, seul son 2° concerne les professionnels de santé :³¹

³¹ Article 226-14 C.P Modifié par [LOI n°2015-1402 du 5 novembre 2015 - art. 1](#)
[L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :](#)

1° **A celui** qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives **de privations ou de sévices**, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à **une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique** ;

2° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être, mentionnée au deuxième alinéa de l'article [L. 226-3](#) du code de l'action sociale et des familles, les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une

Le silence fait le lit de la maltraitance et maintient la victime d'une « influence préjudiciable » en situation d'abus de faiblesse. Le législateur organise des cellules de signalement de la maltraitance dans un objectif de prévention. Les professionnels doivent y collaborer.

Il est nécessaire de faire la différence entre la dénonciation de l'auteur et la protection de la victime.

Si le majeur vulnérable est **auteur d'une infraction**, bien entendu, il ne pourra être dénoncé par son avocat.

Une exception cependant, bien entrée désormais dans les usages suite à la loi sur le blanchiment : le signalement d'une infraction non encore commise ou en train d'être commise, est signalée au Bâtonnier qui intervient pour la faire cesser et faire protéger la victime.

En revanche, le signalement au juge des tutelles ou au service civil du procureur de la République du supplice physique ou moral d'une **victime** est un impératif juridique en vertu des textes du code pénal qui s'impose à « **quiconque ou à celui** », sous des peines autrement plus graves que celles qui sanctionnent la violation du secret professionnel.

Dans notre domaine de personnes vulnérables, enfermées dans leur handicap, de déficiences liées à l'âge, souffrant de l'emprise d'un prédateur économique, il y a lieu de considérer que ne pas faire un signalement constitue un délit de non-assistance à personne en danger.

Notre déontologie nous demande de recevoir le consentement de la victime. Nous devons la convaincre de se défendre et se protéger, ou en tout cas de recueillir son assentiment lorsqu'elle n'a pas la force de se défendre ou a peur de son abuseur. Il est aussi tout à fait possible de faire intervenir un tiers qui agira : membre de la famille, médecin qui la mettra à l'abri en la faisant hospitaliser, personne de l'entourage, travailleur social...

Le secret professionnel est destiné à protéger le secret du client et non la tranquillité de l'avocat ou du médecin.

Ainsi le secret professionnel cède devant la non-assistance à personne en danger.

EN CONCLUSION – L'AVOCAT DANS LE CADRE DE LA PROTECTION DES MAJEURS : ENJEUX ET STRATEGIE

1. L'audit personnel, médical, familial, social, patrimonial et budgétaire avant de lancer une procédure

personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ;

3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une.

Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi.

Compte tenu du principe d'individualisation de la mesure, il conviendrait pour l'avocat de faire des propositions adaptées : un audit médical, familial, social et patrimonial.

Lors du contrôle de l'exercice du mandat de l'avocat, il est nécessaire de vérifier que ce bilan a bien été fait. Le rôle de l'avocat n'est pas nécessairement de s'opposer à la mesure de protection, mais de veiller à ce que la loi soit respectée, en ce que la mesure est bien **nécessaire** (médicalement et administrativement), **subsidaire** en proposant éventuellement les mesures supplétives ou le mandat de protection future, la fiducie ou toute autre mesure de droit des affaires permettant la protection du patrimoine sans contraindre à une mesure incapacitante.

Enfin, il doit veiller à ce qu'elle soit **proportionnée** et bien **individualisée**, en présentant au juge ce qui lui paraît être les meilleures adaptations à la situation personnelle de la personne en cause.

2. Favoriser l'intervention de l'avocat

S'agissant de procédure sans représentation obligatoire, la très grande majorité des dossiers sont instruits et jugés sans avocat.

Lorsque l'avocat est présent, ce dernier doit faire respecter sa présence et exiger que les décisions lui soient notifiées. Les trames officielles ne le prévoient pas...

Il arrive qu'il ne soit pas avisé des recours, surtout lorsqu'ils émanent du mandataire.

Actuellement, la Cour d'appel de PARIS ne convoque à l'audience que l'avocat constitué devant elle. Il se trouve que l'avocat n'est, le plus souvent, pas informé de l'appel, surtout lorsqu'il est avocat de la personne sous tutelle, laquelle ne reçoit pas son courrier. Il y a là une dérive procédurale qui doit être combattue. Il serait souhaitable que l'Ordre intervienne afin que les avocats présents au dossier en première instance, soient systématiquement convoqués.

3. L'avocat doit participer à la prévention et être inclus dans les systèmes de prévention

Pour ce faire, il doit adopter une attitude moderne et active en vue de la prévention des conflits et participer activement à la recherche des solutions consensuelles comme lui en fait désormais l'obligation le décret du 4 mars 2015.

Ce n'est qu'à ce prix que la présence de l'avocat sera reconnue par les autres acteurs de la protection des majeurs vulnérables, non plus comme facteur de contentieux et de difficultés, mais comme participant actif à la construction de la mesure de protection.