

LE POINT DE VUE D'UN AVOCAT

par Florence Fresnel

Docteur en droit, avocat au Barreau de Paris, spécialiste en droit des personnes

Nous présentons ici nos réflexions personnelles issues de deux ans de pratique de la nouvelle loi, à partir de sept thèmes.

■ L'intervention de l'avocat

L'avocat est davantage présent dans ces procédures : avocat du majeur protégé ou à protéger, il est le seul à pouvoir obtenir copie de toutes les pièces du dossier.

En revanche, sa présence aux conseils de famille n'est pas encore toujours acceptée. Nous suggérons donc un ajout à l'art. 1234-2 c. pr. civ. ainsi rédigé «les membres peuvent se faire assister par un avocat».

Nous pensons que la réforme n'est pas allée assez loin car si elle a rendu obligatoire la présence de l'avocat au côté du majeur protégé dans les procédures pénales, elle ne l'a pas étendue à la procédure devant le juge des tutelles.

L'assistance de l'avocat est un soutien à la personne particulièrement vulnérable, souvent au centre de conflits familiaux.

Cette assistance nous semble indispensable quand le juge décide, sur le fondement de l'art. 1220-3 c. pr. civ., de ne pas auditionner le majeur, afin que l'avocat porte sa parole.

■ La requête de mise sous protection

L'art. 1219 c. pr. civ. a donné un contenu précis au certificat médical qui permet donc d'éclairer plus complètement le juge.

Cependant, n'est pas réglé le problème du refus de la personne à protéger de se faire examiner et donc de la validité d'un certificat médical de carence joint à la requête.

Enfin, l'avocat rédacteur de la requête peut se retrouver en contradiction totale avec le certificat joint sous pli cacheté. L'avocat étant lui-même tenu au secret devrait pouvoir en recevoir une copie au préalable puisque, de toute façon, il en aura connaissance en consultant le dossier.

Par ailleurs, nous avons remarqué que certains requérants omettent de mentionner dans la requête la présence de membres de la famille ou de l'entourage proche. Nous suggérons donc une attestation sur l'honneur concernant l'exactitude des renseignements fournis.

■ Les requêtes après ouverture de la mesure de protection

L'art. 1229 c. pr. civ. prévoit en principe un délai de trois mois pour statuer sur les requêtes déposées devant le juge des tutelles après l'ouverture de la mesure de protection.

Ce délai n'est en général pas respecté, sans doute parce que les tribunaux d'instance n'ont pas les moyens humains et financiers suffisants.

■ La désignation du protecteur

La possibilité d'une désignation anticipée d'un protecteur, prévue par les art. 448 c. civ. et 1255 c. pr. civ., est visiblement inconnue du grand public et donc peu utilisée. Elle pourrait se faire par acte d'avocat comme le mandat de protection future.

Un des aspects positifs de la réforme est la possibilité pour le juge de désigner plusieurs protecteurs (notamment en scindant la protection à la personne de celle aux biens). Elle permet ainsi à un protecteur professionnel (pour les biens) et à un protecteur familial (pour la personne) d'œuvrer ensemble dans l'intérêt du majeur protégé.

En revanche, nous avons remarqué que, lorsque le juge désigne un protecteur *ad hoc*, il omet souvent de prévoir une provision couvrant les premiers frais et la première rémunération de celui-ci, de sorte que ce dernier se trouve démuné pour accomplir sa mission.

L'assistance de l'avocat est un soutien à la personne particulièrement vulnérable, souvent au centre de conflits familiaux. Elle nous semble indispensable quand le juge décide de ne pas auditionner le majeur

■ La notification des décisions et le délai d'appel

L'absence de notification de la décision à la personne protégée, telle que prévue à l'art. 1230-1, al. 2, c. pr. civ., étant attentatoire à ses droits, l'avocat devrait être obligatoire pour sauvegarder les droits du majeur, notamment sa volonté de faire appel.

L'avocat est le seul en effet à être indépendant et à être un auxiliaire de justice. Lui seul peut donc assurer au juge que la décision a été portée à la connaissance du majeur. La pratique actuelle consistant à ce que la personne habilitée signe seule un reçu attestant simplement qu'elle a informé le majeur de la décision ne peut être satisfaisante car sans aucun contrôle possible.

Enfin, l'art. 1230 c. pr. civ. prévoit une notification obligatoire de la décision à «tous ceux dont elle modifie les droits ou les obligations». Cette rédaction est source d'interprétation, comme l'a relevé la décision de la Cour d'appel de Douai du 16 juin 2010 (AJ fam. 2010. 438, obs. L. Pécaut-Rivolier). Une notification au conjoint, partenaire et concubin devrait être expressément prévue.

Ainsi que nous le relevons, les art. 1230, 1230-1 et 1241 c. pr. civ. créent une situation complexe en matière de signification et de point de départ des délais d'appel qu'il conviendrait de clarifier (V. notre article, *Réflexions sur la notification des décisions et sur l'appel en matière de protection des majeurs à partir de cas pratiques*, AJ fam. 2011. 195).

En dernier lieu, nous avons constaté que les notifications de décisions à des personnes résidant à l'étranger et en outre-mer omettaient souvent de préciser l'augmentation du délai de recours prévue à l'art. 643 c. pr. civ.

■ L'inventaire

La loi a prévu un délai de trois mois pour l'établissement de l'inventaire (C. civ., art. 503). Elle a ainsi entériné la pratique.

Nous regrettons cependant qu'aucun contrôle du dépôt effectif de cet inventaire dans ce délai n'ait été prévu et qu'il n'y ait aucune sanction du défaut ou de la tardiveté de l'inventaire.

En effet, l'expérience nous apprend que, sauf exceptions, le non-dépôt de l'inventaire dans le délai est un élément qui permet de mesurer que le protecteur n'assume pas correctement sa mission d'ordre patrimonial.

Il conviendrait de prévoir à l'art. 1253 c. pr. civ. que le défaut de dépôt dans les trois mois est pour le juge un motif de destitution sur auto-saisine éventuellement.

■ Le mandat de protection future

Comme avocat, nous avons constaté des difficultés dans l'exécution des mandats de protection future. Pour l'exécution du mandat, les banquiers et assureurs considèrent comme non suffisante sa présentation avec la mention apposée par le greffier. Ils craignent que ce mandat soit un faux, car il n'y a pas de pièce officielle telle qu'une publication sur un registre ou une mention sur l'acte de naissance.

Par ailleurs, ils savent que tant le mandant que le mandataire peuvent accomplir les mêmes actes de disposition puisque le mandat garde sa capacité juridique. Aussi, pour éviter une action en responsabilité, ils demandent que, pour tout acte de disposition, le juge donne son autorisation préalable.

Le mandat de protection future, qui avait pour objectif de décharger les juges des tutelles, n'atteint donc pas sa finalité.

* * *

En conclusion, nous insistons sur le fait que la présence obligatoire de l'avocat aux côtés du majeur protégé ou à protéger assurerait une meilleure défense de ses droits tout en permettant aux magistrats de mieux appréhender la totalité du dossier dès le début de la procédure. L'intervention d'un auxiliaire de justice ne peut que favoriser une meilleure administration de la justice.