

COMMISSION OUVERTE  
**FAMILLE**

RESPONSABLE : HÉLÈNE POIVEY-LECLERCQ



Jeudi 19 avril 2012

Sous-commission majeurs vulnérables

Responsable : Florence Fresnel

L'avocat-tuteur ?  
Convictions et questions  
subsistantes

Intervenant :

Diego Pollet

Avocat à la Cour, docteur d'état en droit DU  
et CNC de MJPM

# Revue

Lexbase Hebdo édition professions n°120 du 10 mai 2012

[Avocats/Champ de compétence] Événement

## L'avocat-tuteur ? Convictions et questions subsistantes — Compte-rendu de la réunion de la Commission ouverte Famille du barreau de Paris

N° Lexbase: N1732BTC



par La Rédaction

La sous-commission "Majeurs vulnérables" de la Commission ouverte Famille du barreau de Paris tenait, le 19 avril 2012, sous la responsabilité de Florence Fresnel, Avocat à la cour, une réunion consacrée à l'avocat-tuteur, animée par Diégo Pollet, avocat à la cour, Docteur d'Etat en droit DU et CNC de MJPM. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion, établi sur la base du support écrit de l'intervenant.

A titre liminaire, Maître Diégo Pollet a précisé que le terme de "tuteur" serait ici utilisé au sens générique de titulaire d'une mission de protection des intérêts d'une personne vulnérable, cette mission pouvant être très ponctuelle mais aussi aller jusqu'à la représentation complète dans tous les actes de la vie civile.

Cette mission résulte nécessairement d'un mandat qui peut être délivré soit par la personne à protéger elle-même, soit par le juge des tutelles. L'intervenant a souligné qu'il était important de conserver à l'esprit, tout au long de son exposé, ces deux versants de la problématique : contractuel/judiciaire.

### 1. Les raisons textuelles justifiant la problématique en titre

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, portant réforme du droit de la protection des personnes majeures (N° Lexbase : L6046HUH), prévoit diverses missions contractuelles de protection ouvertes aux avocats ; mais surtout, elle crée la

profession de "mandataire judiciaire à la protection des majeurs", par opposition aux tuteurs familiaux, dénommés plus loin "MJPM". Autrement dit, cette profession a pour vocation l'exercice à titre habituel d'un mandat de protection.

Tout tuteur non familial exerçant régulièrement cette fonction, sauf s'il tient sa mission directement de la personne à protéger, sur le mode contractuel donc, doit être un professionnel reconnu du domaine et sera mandaté par la justice.

Diégo Pollet relève déjà, ici, un risque de "frottement" entre l'avocat et le MJPM car ce dernier est conçu comme une profession à part entière ce qu'emporte déjà, de son côté, le statut d'avocat.

Or, par anticipation, ce frottement était déjà annoncé dans le principe posé par l'article 115 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, organisant la profession d'avocat (N° Lexbase : L0266A9Q), qui prévoit que "*La profession d'avocat est incompatible avec l'exercice de toute autre profession, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires particulières*" (nous soulignons).

Cependant, la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 (N° Lexbase : L6343AGZ) créant et organisant ce qui était alors la nouvelle profession d'avocat autorisait, et autorise toujours, les avocats, en qualité d'auxiliaire de justice, à "*recevoir des missions confiées à la justice*" (art. 6 bis N° Lexbase : L7633AH8), et également des mandats de leurs clients, outre le mandat classique dit *ad litem* ("en vue du procès").

L'article 6-2 du règlement intérieur national des barreaux (RIN) confirme cette ouverture autorisant les missions de justice.

Or, tous les mandats de protection, s'ils ne sont confiés directement par la personne sujet de cette protection, ce qui est rare, le sont par le juge des tutelles.

En conséquence, au premier examen de ces textes, le droit positif paraît prescrire à la fois l'interdiction de l'avocat tuteur et son autorisation.

Diégo Pollet souligne que l'on ne peut, bien entendu, tirer aucune lumière du fait que l'énumération du deuxième alinéa de l'article 115 du décret de 1991 précité, passant en revue diverses "fonctions" compatibles avec la profession d'avocat, ne vise pas celle de MJPM.

La dernière modification de ce décret date, en effet, de 2004 ; elle est donc antérieure à la loi créant la profession de MJPM.

La question de la légalité du cumul de la profession d'avocat et de celle de MJPM se pose donc. En cas de réponse positive, se pose encore la question de son opportunité, en particulier au regard de la déontologie des avocats. Ces deux aspects sont abordés plus loin.

L'autre situation, laquelle correspond aux mandats de protection confiés à l'avocat par la personne à protéger elle-même, ne pose pas de questions de légalité mais seulement de type déontologique quant à ses conditions d'exercice. Il est plus aisé d'y répondre car elle s'inscrit dans une problématique plus générale et déjà bien connue de l'avocat-mandataire, largement traitée par le RIN.

A sa connaissance, l'intervenant constate que la problématique de l'avocat-tuteur a été très peu étudiée jusqu'ici.

Seule Madame le Professeur Peterka en a fait l'étude détaillée dans un article publié sous le titre *L'avocat tuteur* (Revue Droit & Patrimoine, janvier 2009).

Cet article a largement inspiré le rapport que Maître Hélène Poivey-Leclercq, MCO, présidente de la Commission Famille, a présenté devant le Conseil de l'Ordre le 17 février 2009 (accessible sur le site <http://www.avocatparis.org/> de l'Ordre des avocats du barreau de Paris sous la dénomination "Rapport sur l'avocat tuteur").

Maître Pollet n'a pas relevé d'autre étude du sujet ici traité, au-delà d'une brève évocation, par exemple dans l'article de Maître Fabienne Moureau intitulé "*La place de l'avocat dans la nouvelle législation sur la protection des majeurs*" (AJ Famille, 2009, page 12).

## **2. L'expérience de Diégo Pollet à partir de laquelle celui-ci prend position sur le sujet**

N'ayant pas de mandat représentatif de la profession, Maître Diégo Pollet s'est exprimé à partir de son expérience personnelle et de sa sensibilité.

Il croit, en effet, que c'est en affichant délibérément "d'où l'on parle" que l'on peut aider son public à mieux peser la valeur du propos entendu et à prendre lui-même position.

Pour sa part, le mode d'exercice de la profession d'avocat qui a sa préférence est celui qui est axé sur la recherche du bien commun ; il oppose cette manière d'être à celle qui consiste à défendre un individu en se focalisant exclusivement sur les intérêts particuliers de ce dernier.

C'est une des raisons pour lesquelles il s'est spécialisé dans la défense des adultes vulnérables et de leur famille car il permet fréquemment d'être dans une recherche collective du bien commun, et moins souvent qu'ailleurs il n'impose de se positionner dans des relations strictement antagonistes.

Cette spécialisation est passée par un diplôme universitaire dénommé "MJPM" qu'il a choisi de suivre à Rennes du fait d'un tropisme breton chez lui mais aussi car il était co-organisé par l'Institut régional du travail social de Bretagne et la Faculté de Droit, montrant par là qu'il prenait bien en compte que cette nouvelle profession relevait au moins autant du travail social que du droit.

Cette expérience lui a permis de vivre une semaine par mois pendant 9 mois avec un groupe d'une trentaine de personnes dont 28 exerçaient depuis quelques années ou des décennies la fonction de tuteur.

Celles-ci venaient aussi bien du milieu associatif, qu'hospitalier, ou privé ; étant le seul avocat, il a beaucoup appris à leur contact sur le quotidien de la profession.

Cette formation l'a aussi conduit à partager pendant quatre mois à raison de trois jours par semaine la condition de MJPM dans une association tutélaire parisienne.

Cette double expérience lui permet de croire qu'il dispose d'une certaine connaissance concrète de la profession de MJPM.

Administrativement, il est titulaire du certificat national de compétences de MJPM permettant d'obtenir l'agrément préfectoral autorisant l'éventuelle nomination par un juge des tutelles pour une mission de MJPM. Mais il y a renoncé pour plusieurs raisons qui méritent d'être rapportées ici.

Tout d'abord, il a rencontré des réticences assez marquées du côté des deux professions, ce qui est intéressant en soi pour le sujet traité.

Réticences très fortes, pour ne pas dire barrage du côté de l'administration d'Etat chargée du secteur sanitaire et social ; clairement, que ce soit à Paris, ou dans le Morbihan où il a également des activités professionnelles, il n'avait aucune chance.

L'absence de besoin de nouveaux MJPM privés a été invoquée ; mais cette raison ne saurait convaincre Maître Pollet. Il pense que cette opposition s'explique davantage par la conjonction de raisons économiques du côté de l'administration et d'une forte opposition du secteur associatif à l'arrivée de nouveaux concurrents sur la place.

Selon lui, ce barrage pourrait être rompu au contentieux mais il n'a pas vu l'opportunité de s'y engager.

Du côté du barreau, celui de Paris en l'occurrence, il n'a certes pas été confronté à un barrage, mais à une grande perplexité qu'il a commencé à s'expliquer et qu'il justifie plus loin dans son intervention. En tous les cas, il a relevé une réserve suffisamment marquée pour ne pas espérer un grand soutien s'il en venait à croiser le fer avec l'administration.

Ces péripéties ne relèvent pas seulement de l'anecdote personnelle, selon Diégo Pollet.

Elles sont la marque de la rencontre de deux mondes que le législateur du 5 mars 2007 a obligés à se rapprocher, mais qui ont du mal à travailler ensemble. Le monde du travail social et médico-social d'un côté, celui des juristes, et en particulier des avocats, de l'autre.

Elles sont aussi le signe que se rencontrent deux professions de culture très différente dans cette profession nouvelle, le MJPM. Alliance difficile mais logique dans le souci du meilleur service à rendre aux adultes vulnérables.

Tout en méditant ces difficultés, il a avancé dans son métier d'avocat en voie de spécialisation dans la défense des personnes vulnérables et de leur famille ; chemin faisant, il a compris qu'il n'était pas opportun, du moins pour lui, de prétendre être tuteur "à titre habituel" et en même temps avocat, ce dont il s'explique plus loin.

Maître Pollet a encore ajouté quelques notes personnelles afin d'éclairer son propos.

Il tient des activités bénévoles dans une association tutélaire parisienne ainsi qu'en Bretagne. Il est également instructeur de dossiers de demande de subvention à la Fondation de France pour le département "Personnes âgées".

Il démontre ainsi que l'on peut renoncer à être un tuteur professionnel sans pour autant faire le deuil d'un travail d'accompagnement complémentaire à celui d'avocat, auprès des personnes vulnérables, de leur famille et des professionnels qui sont à leur service.

Autre point biographique peut-être utile selon lui, il a été pendant vingt ans très engagé dans la théorie et la pratique de la médiation généraliste. Il a vu, au long des années, les avocats, d'abord très réticents à imaginer la réalité de l'avocat-médiateur, puis s'y "convertir" progressivement et massivement jusqu'à croire parfois que la médiation pourrait être une province du barreau et un complément notable à son activité.

Il perçoit des analogies avec la perspective nouvelle de l'avocat-tuteur.

Maître Pollet croit, enfin, que la déontologie est une nécessité plus forte encore dans le domaine de la protection des personnes diminuées mentalement que dans la plupart des autres secteurs d'activité ouverts à l'avocat. Celui-ci travaille, en effet, ici sur la part vulnérable de son humanité et sur les services que l'on peut lui rendre, avec toutes les ambiguïtés qui s'attachent si facilement à ces bonnes intentions.

Diégo Pollet a eu l'honneur, pendant 12 ans, d'être chargé du module d'enseignement de l'"Ethique du médiateur" dans le cadre de la formation à la médiation dispensée par le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, créé par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris. Il a, en outre, assisté à une conférence de celui qui a été longtemps chargé de l'enseignement de l'éthique à l'Ecole des hautes études en santé publique (EHESP).

Il a été frappé par le fait que, finalement, l'un venant du monde de la santé, l'autre de celui des affaires, le discours pragmatique, les points de repère, les valeurs étaient très semblables. Ceci l'a désencombré d'une modestie déplacée en s'affirmant dans l'idée qu'il était bien outillé pour se diriger dans le monde de la protection professionnelle qu'il ne connaissait guère auparavant.

Quand il parle plus loin d'opportunité quant à l'avocat qui serait aussi tuteur, il faut entendre que celle-ci est le résultat d'une réflexion de type éthique, autrement dit naissant de la profondeur de chaque situation vécue plutôt que de principes généraux et abstraits.

Après ce détour personnel dont il espère que son auditoire conviendrait qu'il était justifié par le sujet de son intervention, Diégo Pollet a présenté ses convictions en la matière, ainsi que ses doutes subsistants, les soumettant les unes et les autres à une discussion commune.

### **3. L'illégalité probable et souhaitable du cumul des professions d'avocat et de MJPM**

Selon l'intervenant, il est une voie d'interprétation de la loi et du décret organisant la profession d'avocat qui paraît devoir s'imposer car elle manifeste une cohérence de l'un par rapport à l'autre, et non plus une contradiction. Cette interprétation lui paraît au surplus souhaitable en opportunité.

La profession est l'exercice à *titre habituel* d'une activité précise et rémunérée.

L'expression "à titre habituel" est en usage dans le droit national pour caractériser une qualité que l'exercice occasionnel ne confère pas. Par exemple, la qualité de travailleur indépendant, de commerçant, l'activité bancaire, un emploi relevant de la fonction publique, le loueur professionnel en meublé, doit passer au tamis de l'exercice "à titre habituel".

Il ne faut donc pas s'étonner de retrouver cette expression dans la définition de la profession de MJPM que l'on trouve à l'article L. 471-1 du Code de l'action sociale et des familles (N° Lexbase : L9142HWI) : "*Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs exercent à titre habituel les mesures de protection des majeurs que le juge des tutelles leur confie. [...]*" (nous soulignons).

En reprenant sous cet éclairage les deux textes essentiels pour l'organisation de la profession d'avocat, la lecture suivante paraît s'imposer :

— l'article 6 bis de la loi du 31 décembre 1971 admet le principe pour l'avocat de se voir confier par le juge des tutelles une mission de protection ;

— mais la loi du 5 mars 2007 n'autorise ce juge à mandater, à défaut de membre de la famille ou de proche disponible, que le seul MJPM (C. civ., art. 437 N° Lexbase : L8420HWR et 450 N° Lexbase : L8433HWA);

— l'avocat ne pourrait donc être mandaté par le juge que s'il était par ailleurs MJPM;

— or, être MJPM consiste à être à même de se faire mandater à titre habituel par le juge des tutelles pour exercer une mesure de protection, et, par là, à en faire profession.

Par conséquent, la possibilité du cumul des deux professions se heurte à l'interdiction de principe posée à cet égard par l'article 115 du décret du 27 novembre 1991.

Diégo Pollet regrette que cette analyse ne permette pas de distinguer l'acceptation ponctuelle d'un mandat judiciaire de protection d'une personne vulnérable de l'exercice "à titre habituel" d'un tel mandat.

Mais cette restriction est bien dans l'esprit de la loi du 5 mars 2007 puisque, précisément, l'un des objectifs est de professionnaliser l'exercice de ce mandat en ne permettant plus qu'il soit exercé de manière lucrative par un non spécialiste du domaine.

Tel est, selon lui, le droit positif; mais l'on pourrait imaginer de le faire évoluer si certains des intérêts en présence y trouvaient avantage.

Matériellement, il suffirait d'ajouter le MJPM à l'énumération du deuxième alinéa de l'article 115 du décret passant en revue les diverses "fonctions" compatibles avec la profession d'avocat.

Cependant, Maître Pollet y voit plusieurs objections dont aucune ne lui paraît déterminante, mais dont la conjonction n'invite pas à encourager l'avocat/MJPM.

#### *Réfutation de l'argument de la "grande profession du droit"*

Sa première objection prend la forme de la réfutation d'un argument qui a été avancé, favorable à l'avocat/MJPM. : la participation de "l'avocat-tuteur" à la mise en place de la "grande profession du droit". Il avoue ne pas comprendre la pertinence de cet argument.

En quel sens cette profession devrait-elle être "grande", interroge-t-il? Dans le monde des affaires, cette terminologie désignerait l'ambition d'agrandir son périmètre d'activité et de gagner ainsi des parts de marché.

Il lui semble qu'une telle visée n'est pas nécessairement mauvaise mais à condition de porter sur un terrain où la qualité d'avocat prédisposerait à fournir un service de qualité.

Or, l'exercice de la profession de MJPM, en particulier pour ce qui concerne la protection de la personne, relève au moins autant du travail social et aussi médico-social que du droit.

Par conséquent, la profession de MJPM ne peut pas en rigueur être présentée comme une sorte de prolongement naturel, auprès des personnes vulnérables, de la profession d'avocat. Les deux métiers sont très différents, même s'il n'est pas inconcevable que les compétences requises dans chacun d'entre eux puissent se trouver réunies chez la même personne.

La position contraire se défendrait si le barreau se déclarait prêt à proposer aux travailleurs sociaux confirmés une nouvelle "passerelle" entre leur métier et celui d'avocat. Mais rien de tel n'a été entendu pour l'heure.

#### *Relativisation de l'objection opposant le principe d'indépendance de l'avocat*

On sait que l'un des principes essentiels est l'indépendance de l'avocat.

L'indépendance figure même au tout premier rang de ces principes (RIN, art. 1.1). Qui plus est, quand ce règlement reprend l'autorisation législative de recevoir des missions de la justice, il précise aussitôt que "*Dans l'accomplissement de ces missions, [l'avocat] demeure soumis aux principes essentiels et doit s'assurer tout particulièrement de son indépendance*" (RIN, art. 6.2 *in fine*).

Diégo Pollet note donc que se voir déléguer des missions confiées à la justice n'est pas par principe incompatible avec l'indépendance (qu'on ne peut évidemment pas entendre de manière absolue, sauf à être dans le déni de la dimension sociale de la condition humaine).

Il est vrai, néanmoins, que la question de l'indépendance de l'avocat/MJPM mérite d'être posée au moins à deux égards : vis-à-vis de la Direction de la cohésion sociale, administration d'Etat déconcentrée qui a succédé à la DDASS, et vis-à-vis du procureur.

Il résulte, en effet, des articles 416 (N° Lexbase : L8398HWX) et 417 (N° Lexbase : L8399HWY) du Code civil que le juge des tutelles et le procureur doivent surveiller les MJPM dans l'exercice de leur fonction ; le premier est habilité à lui adresser des injonctions et même à demander au procureur de solliciter sa radiation.

Le préfet exerce exactement les mêmes pouvoirs aux termes de l'article L. 472-10 du Code de l'action sociale et des familles, à ceci près qu'il décide lui-même d'une éventuelle radiation puisque c'est lui qui tient le registre des agréments des MJPM.

Pour sa part, l'intervenant doute fort qu'en pratique ces droits trouvent à s'appliquer, sinon très exceptionnellement et pour des faits d'une particulière gravité.

L'examen de la prestation de serment du MJPM ne révèle non plus aucun lien de sujétion particulier : "*Je jure et promets de bien et loyalement exercer le mandat qui m'est confié par le juge et d'observer, en tout, les devoirs que mes fonctions m'imposent. Je jure également de ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à ma connaissance à l'occasion de l'exercice du mandat judiciaire*" (C. act. soc. fam., art. R. 471-2 N° Lexbase : L9187IQC).

Quoi qu'il en soit, s'il y a injonction ou radiation, elle ne s'adressera jamais à l'avocat mais évidemment au MJPM, du moins si l'on prend la précaution de ne pas pratiquer la confusion des genres et que l'on s'interdit donc d'être à la fois le tuteur et l'avocat d'une même personne.

*Il est douteux que l'avocat puisse assumer les charges d'un second métier très exigeant*

Si donc l'on veut bien considérer, avec Diégo Pollet, que le devoir d'indépendance de l'avocat n'est pas incompatible avec la profession de MJPM, faudrait-il encore, à son sens, modifier le décret de 1991 pour lever toute ambiguïté sur la régularité de l'avocat-MJPM.

Ce n'est pas insurmontable puisqu'il suffirait d'ajouter le MJPM à l'énumération du deuxième alinéa de l'article 115 du décret passant en revue diverses "fonctions" compatibles avec la profession d'avocat.

Mais Maître Pollet doute de l'opportunité de cette solution. Car une telle adjonction reviendrait, selon lui, à favoriser l'idée, notamment auprès des plus jeunes, d'une sorte de consubstantialité entre les deux professions.

Or, il n'en est rien pour la forte raison que le MJPM exerce un métier à part entière relevant tout autant du travail social et médico-social que du droit.

De plus, le métier de MJPM privé, indépendant, nécessite une grande disponibilité pour une rémunération généralement très modeste à l'aune du temps passé. L'économie d'un cabinet d'avocat ordinaire obligerait nécessairement de sacrifier cette disponibilité à la survie du cabinet.

En d'autres termes, l'intervenant estime très difficile d'exercer cette double fonction avec "*conscience, probité et humanité*", de faire "*preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence*" sur deux fronts à la fois.

L'on reconnaît dans ces termes ceux des principes essentiels d'avocat (RIN, art. 1.3). Mais le MJPM, en tant que protecteur professionnel, est investi des mêmes obligations, particulièrement lourdes à l'égard de ses "clients", par hypothèse vulnérables.

Il convient de rappeler ici que la loi du 5 mars 2007 ne permet pas d'exercer le métier dit "MJPM" occasionnellement : elle n'en autorise la pratique qu'"à titre habituel", ou pas du tout.

Cette approche s'inscrit bien dans une visée de professionnalisation, l'exercice habituel étant un gage de compétence, insuffisant certes, mais nécessaire.

Eviter d'encourager le cumul des deux professions doit-il pour autant aller jusqu'à l'interdire explicitement, s'interroge Diégo Pollet ?

Au pays des libertés qu'est la France, ceci lui paraîtrait regrettable ; une autorisation du cumul au moins implicite mériterait une expérimentation, à rebours d'une frilosité ennemie de toute créativité.

Si certains avocats croient en leurs capacités d'exercer honorablement les deux métiers pourquoi le leur interdire dès lors qu'ils auraient été mis en garde sur les difficultés de se déployer sur deux fronts ?

En concertation avec les juges des tutelles, ils pourraient raisonnablement n'accepter que des mandats généraux ou *ad hoc* de protection des biens, proches d'un travail de juriste, et non de protection des personnes, assimilables quant à eux à un travail social.

En outre, le respect de nombreuses situations particulières n'invite pas à une interdiction générale. On songe ainsi au cas de certains avocats souhaitant expérimenter prudemment une transition progressive d'un métier à l'autre, dans un sens comme dans l'autre.

La condition posée par le règlement intérieur des avocats pourrait être l'obligation d'information préalable et circonstanciée du Bâtonnier visant à justifier de capacités à cumuler les deux professions. L'esprit de la règle serait d'encourager l'avocat à peser sérieusement et en temps opportun sa décision de cumul, et non de brider sa volonté d'entreprendre.

Mais, il conviendrait bien entendu d'éviter absolument la confusion des genres entre l'avocat et le tuteur ; certaines précautions devraient être prises à cet égard, exposées dans un cadre plus général au 5. ci-après.

#### **4. L'avocat, tuteur occasionnel : les possibilités et les limites à fixer**

Les possibilités reconnues à l'avocat par la loi d'être tuteur occasionnel existent incontestablement.

C'est le cas des mandats délivrés par la personne à protéger elle-même, dans un cadre contractuel donc, et non plus judiciaire. C'est le cas de tous les mandats particuliers que l'on peut imaginer aisément, relatifs à des biens mobiliers et immobiliers en particulier.

Les règles du droit commun de la profession d'avocat à ce sujet, édictées par le RIN (RIN, art. 6.3 et 4) s'appliquent ici, notamment celles qui portent sur des managements de fonds.

On remarque à ce propos que "*l'avocat ne peut accepter un mandat de gestion de portefeuille ou d'immeubles qu'à titre accessoire et occasionnel et après en avoir informé son Bâtonnier*" (RIN, art. 6.4 *in fine*). Cette précision est bien dans l'esprit du principe d'incompatibilité entre la profession d'avocat et l'exercice habituel d'une activité autre.

Il convient d'ajouter à ces règles de droit commun celles qui obligent l'avocat rédacteur d'actes (RIN, art. 7) ; mais la problématique spécifique aux mandats de protection justifierait sans doute une approche particulière de la déontologie à ce propos.

Parmi tous les mandats concevables de protection donnés à l'avocat par la personne désireuse de voir ses intérêts protégés par un tiers, il existe deux contrats spécifiques créés par la loi du 5 mars 2007 ; l'un a connu un succès immédiat chez les commentateurs, sans doute un peu excessif avec le léger recul dont on dispose aujourd'hui, tandis que l'autre est injustement ignoré.

Le premier a été codifié à l'article 477 du Code civil (N° Lexbase : L8463HWD) ; il s'agit du désormais fameux "mandat de protection future".

Ainsi que l'a rappelé Maître Pollet, il s'agit du mandat par lequel une personne en bonne santé intellectuelle charge un tiers, au cas où ses facultés mentales viendraient à se dégrader significativement, de la représenter dans les actes qu'elle aura définis précisément dans ce mandat.

Cette représentation peut aller jusqu'à l'équivalent d'une tutelle complète, englobant donc la protection de la personne elle-même, pouvant même aller, au-delà de la "tutelle" jusqu'à la mission dite de "tiers de confiance".

On voit par là que l'avocat peut ainsi, occasionnellement, être chargé, s'il l'accepte, du plus lourd des mandats de protection que la justice peut confier à un MJPM.

L'autre mandat créé par la loi du 5 mars 2007 figure à l'article 448 du Code civil (N° Lexbase : L8431HW8) ; il convient de citer intégralement la première phrase tant ce texte paraît ignoré : "*La désignation par une personne d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où elle serait placée en curatelle ou en tutelle s'impose au juge, sauf si la personne désignée refuse la mission ou est dans l'impossibilité de l'exercer ou si l'intérêt de la personne protégée commande de l'écarter. En cas de difficulté, le juge statue*".

Maître Pollet relève les termes selon lesquels cette désignation "*s'impose au juge*".

Autrement dit, l'avocat peut être là encore investi d'un mandat strictement semblable à n'importe lequel de ceux qui font tout le métier de MJPM pourvu qu'il ait été désigné directement par le bénéficiaire.

En conséquence, à partir du respect éminent que le législateur porte à l'autonomie de la volonté du sujet organisant sa vulnérabilité future et éventuelle, le personnage de l'avocat-tuteur est clairement accepté dans le paysage juridique dès lors que cette activité reste occasionnelle.

La plupart des objections légales ou d'opportunité présentées plus haut au cumul des deux activités ne trouvent pas à s'appliquer ici.

Toutefois, des garde-fous de nature déontologique paraissent indispensables, selon l'intervenant.

Plus le mandat sera large, plus l'avocat devrait faire preuve d'une grande prudence avant de l'accepter. Il y faut, en effet, une compétence et une disponibilité qui risquent d'être d'autant plus rares chez les avocats que le mandat se rapprochera d'une "tutelle" complète ou touchera simplement à la protection de la personne.

En revanche, l'extension de sa police de responsabilité civile ne paraît pas nécessaire, du moins tant que cette activité reste occasionnelle, puisque le RIN prévoit explicitement l'acceptation de mandats.

Pratiquement, il pourrait être avisé que le RIN prévoit à l'avenir que l'avocat ne pourra accepter un tel mandat sans en avoir préalablement informé son Bâtonnier en justifiant sa compétence particulière.

## **5. Une limitation nécessaire : (s') interdire d'être le tuteur et l'avocat d'une même personne**

La fenêtre d'opportunité pour l'avocat-tuteur existe donc et ne devrait pas susciter de réticences particulières moyennant certaines précautions déontologiques. Elle sera plus ou moins large selon que l'on admettra ou non de ne pas interdire absolument le cumul des professions d'avocat et de MJPM.

Mais faut-il encore s'entendre sur la réalité désignée par cette chimère, au sens botanique, de l'"avocat-tuteur". Naguère, la même problématique a pu surgir à propos de l'avocat-médiateur ; imaginerait-t-on qu'un avocat soit en même temps médiateur dans un même dossier ?

Diégo Pollet estime que les interrogations suscitées par l'idée de l'avocat-tuteur se réduisent grandement dès lors que l'on se convainc que le/la même ne pourra (plus) être l'avocat d'une personne dont il deviendrait le tuteur.

En cas contraire, le risque de conflit d'intérêts se présentera, mais surtout l'indépendance de l'avocat ne pourra être longtemps tenable.

Comment pourrait-on, en effet, défendre librement une personne dont on était/est censé assurer la protection ? Plus le périmètre du mandat de protection sera vaste, plus l'avocat défendant son protégé risque de devoir défendre la qualité de sa protection.

Il est vrai qu'une interdiction totale faite à l'avocat d'accepter un mandat de protection de la part d'une personne pour laquelle il traite une affaire en cours serait sans doute excessive ; cela risquerait de revenir souvent à une interdiction de fait d'accepter ce type de mandat. L'inverse qui consisterait à interdire absolument de cumuler pour le même client une prestation d'avocat avec celle de tuteur pourrait encourir la même réserve.

L'interdiction de cumul des fonctions au service d'une même personne pourrait donc ne viser que les mandats les plus larges, ceux qui sont donnés en l'application des articles 448 et 477 du Code civil évoqués plus haut, ainsi que les curatelles et tutelles confiées à l'avocat-MJPM.

Pour le reste, une recommandation ordinale de vigilance particulière paraîtrait suffisante.

Néanmoins, le risque de confusion entre la qualité d'avocat et de celle de tuteur paraît d'une portée pratique réduite pour celui qui manifesterait une prudence ordinaire. En effet, en matière de protection des personnes majeures, le ministère d'avocat n'est obligatoire qu'au pénal, domaine heureusement marginal, sinon inexistant, dans la plupart des dossiers de protection.

Dans tous les autres cas, l'"avocat-tuteur" agira en qualité de "tuteur" (curateur, tuteur ou mandataire spécial) sans mettre en avant, à aucun moment, son autre métier d'avocat. Le conseil, l'assistance, la représentation sont le lot du "tuteur" comme de l'avocat ; il n'est donc nul besoin de revenir à ce dernier statut pour pratiquer l'un des trois

services (ce n'est toutefois pas exact pour le curateur, lequel ne représente pas le protégé).

Evidemment, il n'est pas sûr que la rémunération du tuteur soit à même niveau que celle de l'avocat à qualité égale de service ; mais accepter d'être tuteur est consentir à intégrer le monde du travail social, rappelle Maître Pollet...

Moyennant les précautions déontologiques ainsi suggérées, le risque que l'activité de tuteur mette en cause l'indépendance de l'avocat paraît réduit à des proportions tout à fait acceptables, selon Diégo Pollet.

En particulier, le pouvoir de contrôle et de sanction par l'administration du tuteur professionnel ainsi nommé "l'avocat-MJPM" ne viserait clairement que le second et non l'avocat dans l'exercice de sa profession.

### **Conclusion**

La réalité de "l'avocat-tuteur" paraît quasi-inexistante aujourd'hui, pour des raisons de droit mais aussi d'opportunité.

Elle mériterait néanmoins de connaître des développements limités dans deux directions.

En tant qu'activité occasionnelle et accessoire répondant à des demandes directes des intéressés d'assurer leur protection juridique par la voie du mandat.

Il y faudrait tout de même quelques bornes déontologiques formalisées au RIN.

L'avocat-MJPM est plus problématique car il s'agit-là d'un véritable cumul de deux professions astreignantes et bien différentes ; au surplus sa légalité est discutable.

Il serait tout de même intéressant de laisser se prolonger son expérimentation actuelle chez les quelques rares avocats qui acceptent déjà de s'y risquer, et chez ceux qui voudraient tenter l'aventure.

Il conviendrait bien sûr qu'ils consentent à s'appliquer les mêmes règles déontologiques que celles que Maître Pollet a suggérées à propos des tuteurs occasionnels.

L'autorisation donnée par la loi du 31 décembre 1971 de "*recevoir des missions conférées par la justice*" pourrait être la caution fragile de la légitimité de cette exploration d'une activité nouvelle pour l'avocat.