



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° A2323989	5 octobre 2025	C1	
Décision attaquée : 25 octobre 2023 de la cour d'appel de Poitiers			

Mme [D] [J] C/ AREAMS - service de médiation familiale	
rapporteur : Samuel Ittah	RAPPORT

TABLEAU SYNOPTIQUE DU RAPPORTEUR	
Identification du ou des points de droit à juger	questions identifiées en dehors des griefs disciplinaires
Appréciation de la question posée	☐ question complexe ☐ question nouvelle importante

	☐ question transversale à plusieurs chambres ☐ question sériele
Proposition de rejet non spécialement motivé (art. 1014 CPC)	Le présent rapport ne contient des explications que sur le premier moyen, qui est apparu sérieux au rapporteur. D'éventuels RNSM pourraient être proposés ultérieurement, sur les deuxième et/ou troisième moyens, dans l'hypothèse où la conférence serait d'avis que le premier moyen n'est pas sérieux et demanderait, dans ce cas, l'établissement d'un rapport complémentaire
Formation proposée (lorsque l'affaire n'est pas déjà audenciée)	☒ formation restreinte ☐ formation de section ☐ option possible : formation restreinte ou de section
Le <i>cas échéant</i> , audiencement accéléré	☐ intérêt d'un audiencement accéléré ☐ affaire déjà audenciée (art. 1012 du CPC)
En cas de publication de l'arrêt à rendre, intérêt de la diffusion du rapport sur Judilibre	☒ Oui ☐ Non
Nombre de projets d'arrêt préparés	☒ un projet d'arrêt le cas échéant : ☐ avec variantes ☐ plusieurs projets d'arrêt : <i>nombre</i> le cas échéant : ☐ avec variantes

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par jugement du 30 juin 2006, le juge des tutelles du tribunal d'instance de Fontenay-le-Comte a prononcé la mise sous curatelle renforcée de Mme [J] et a désigné l'association sauvegarde 85 en qualité de déléguée à la curatelle d'Etat.

Le juge des tutelles avait été saisi le 3 avril 2006 par Mme [J] elle-même, au motif qu'elle réalisait des achats compulsifs.

L'AREAMS a sollicité le renouvellement de la mesure de protection de Mme [J] au motif que :

- Mme [J] sollicite de l'aide pour gérer son budget au quotidien malgré ses capacités à gérer ses comptes et à entreprendre des démarches ;
- que Mme [J] présente une fragilité psychologique et des problèmes de santé physiques ;
- qu'elle occupe sans droit ni titre un logement, dont le bail à location a été résilié en juin 2011, et envisage un déménagement en novembre 2012 dans une maison en location ;

- que le logement de Mme [J] présente un encombrement important et est dans un état d'insalubrité ;

- que la cohabitation entre Mme [J] et sa fille est source de conflit qui se manifeste par des agressions verbales et parfois physiques.

Par jugement du 11 juin 2013, le juge des tutelles a maintenu la mesure de curatelle renforcée de Mme [J] et fixé la durée de la mesure à 480 mois ¹.

Par requête déposée le 10 novembre 2020, l'AREAMS a demandé à être déchargée de la mesure.

Par requête déposée le 19 novembre 2020, Mme [J] a sollicité la mainlevée de la mesure de protection.

Par jugement du 21 septembre 2021, le juge des contentieux de la protection statuant en qualité de Juge des tutelles de Fontenay-Le-Comte a rejeté la demande de mainlevée de la mesure de protection de Mme [J] et ordonné l'exécution provisoire de sa décision.

Mme [D] [J] a interjeté appel de ce jugement par lettre simple reçue au greffe le 7 octobre 2021.

Par un arrêt avant dire droit rendu le 22 juin 2022, la cour d'appel de Poitiers a commis un médecin inscrit sur la liste prévue par l'article 431 du code civil afin, notamment, de :

- décrire avec précision l'altération des facultés de la majeure protégée et l'évolution prévisible de cette altération ;

- dire si cette personne est atteinte d'une maladie, infirmité ou affaiblissement dû à son âge, altérant ses facultés mentales ou ses facultés corporelles dans le cas où ces dernières seraient diminuées au point d'empêcher l'expression de sa volonté ;

- préciser les conséquences des altérations constatées sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel et les conséquences de cette altération sur la capacité à gérer seule son budget ;

- donner son avis sur la mesure de protection la plus appropriée à la situation .

L'expert commis a déposé son rapport le 26 avril 2023.

Par un arrêt rendu le 25 octobre 2023, la cour d'appel de Poitiers a, entre autres dispositions, confirmé le jugement du 21 septembre 2021 et, y ajoutant, a modifié le curateur en charge de la curatelle renforcée et désigne, au lieu et place de l'AREAMS, en qualité de curateur de Mme [J], le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, l'A.T.H.M. de la Vendée.

C'est la décision attaquée par un **pourvoi de Mme [J] formé le 27 décembre 2023.**

Procédure devant la Cour de cassation

Pourvoi	N° A2323989
---------	-------------

	Du 27 décembre 2023
Mémoire ampliatif	Déposé le 26 avril 2024 (Pas de demande au titre de l'article 700 CPC). ☒ Signification à une partie non constituée : La société AREAMS n'a pas constitué avocat ; le mémoire ampliatif lui a été signifié le 2 mai 2024, par acte remis à personne morale. La société ATHM Vendée n'a pas constitué avocat ; le mémoire ampliatif lui a été signifié le 15 mai 2024 par acte remis à personne morale.
Mémoires en défense et pourvois incidents	Les sociétés AREAMS et ATHM Vendée n'ayant pas constitué avocat, aucun mémoire en défense n'a été produit.

2 - Exposé des moyens

2.1 - PREMIER MOYEN

Mme [J] fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande de mainlevée de la mesure de curatelle renforcée dont elle fait l'objet, modifier le curateur en charge de la curatelle renforcée dont elle fait l'objet et de désigner, aux lieu et place de l'AREAMS, en qualité de curateur, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, l'A.T.H.M. de la Vendée, alors :

que dans toute instance relative au prononcé, à la modification ou à la mainlevée d'une mesure de protection, le majeur à protéger ou protégé doit être informé, dans l'acte de convocation, qu'il peut faire le choix d'un avocat ou demander à la juridiction saisie qu'il lui en soit désigné un d'office ; qu'en l'espèce, il ressort de la procédure que Mme [J] a comparu en personne à l'audience du 21 septembre 2023 sans l'assistance d'un avocat ; qu'en rejetant la demande de mainlevée de la mesure de curatelle renforcée dont Madame [J] fait l'objet et en modifiant le curateur en charge de la mesure de curatelle renforcée quand il ne résulte ni de l'acte de convocation de Mme [J] à l'audience ni des énonciations de l'arrêt, qu'elle ait été informée de son droit à se voir désigner un avocat, la Cour d'appel a violé l'article 1214 du code de procédure civile.

2.2. DEUXIÈME MOYEN, SUBSIDIAIRE AU PREMIER

Mme [J] fait le même grief à l'arrêt, alors :

1 ° qu'en affirmant, pour décider qu'il y aurait lieu de maintenir la mesure de curatelle renforcée dont Mme [J] fait l'objet, après avoir relevé que l'altération des facultés mentales de l'intéressée nécessiterait, selon le Docteur [N], une mesure d'assistance dans les démarches administratives et la gestion de son budget, que cet élément serait confirmé par le dernier rapport de situation de l'AREAMS, alors même qu'elle relève qu'aux termes dudit rapport, l'AREAMS indique que « Mme [J] connaît son budget et son patrimoine et effectue ses démarches administratives », la cour d'appel, qui a statué par des motifs contradictoires, a privé sa décision de motifs, en violation de l'article 455 du code de procédure Civile ;

2 ° qu'aux termes de l'article 440 du code civil, « La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle » ; qu'en prétendant s'appuyer sur le dernier rapport de

l'AREAMS, indiquant que « Madame [J] connaît son budget et son patrimoine et effectue aussi ses démarches administratives ; pour autant ses choix semblent parfois pris en dehors des réalités lorsqu'elle est envahie par des idées de persécution », pour, nonobstant les termes du certificat médical circonstancié du Docteur [G] en préconisant la mainlevée, affirmer comme elle l'a fait qu' « il est établi l'existence d'une altération médicalement

constatée des facultés mentales de Mme [J], qui l'empêche de pourvoir seule à ses intérêts, et qui nécessite qu'elle soit conseillée et contrôlée dans les actes de la vie civile, Mme [J] n'étant pas apte actuellement à percevoir ses revenus et à en faire une utilisation normale » et, partant, rejeter la demande de mainlevée de la mesure de curatelle renforcée présentée par Mme [J], cependant que les éléments dont faisait état l'AREAMS pour fonder cette affirmation, au demeurant dubitative, tirés du conflit l'ayant opposée à sa sœur dans le cadre de la succession de leur mère et de la défiance de Mme [J] envers le mandataire judiciaire, ne permettaient en aucune façon de caractériser une impossibilité pour Mme [J] de pourvoir seule à ses intérêts et la nécessité d'une mesure de protection judiciaire, ni a fortiori le besoin qu'aurait celle-ci d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte

susvisé.

3° qu'une personne ne peut être placée sous curatelle renforcée que si elle est inapte à percevoir des revenus et à en faire une utilisation normale ; que tenu de motiver sa décision, le juge ne peut procéder par voie de simple affirmation ; qu'en se bornant à affirmer, pour rejeter la demande de Mme [J], qu'elle ne serait pas apte actuellement à percevoir ses revenus et à en faire une utilisation normale, sans nullement motiver sa décision de ce chef, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 472, alinéa 1er du code civil.

2.3. TROISIÈME MOYEN, SUBSIDIAIRE AU PREMIER

Mme [J] fait grief à l'arrêt de modifier le curateur en charge de la curatelle renforcée dont elle fait l'objet et de désigner, au lieu et place de l'AREAMS, en qualité de curateur, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, l'ATHM de la Vendée, alors :

1° que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ; que

le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ; qu'en retenant, pour modifier le curateur en charge de la curatelle renforcée dont Mme [J] fait l'objet et désigner en qualité de curateur de Mme [J], au lieu et place de l'AREAMS, l'ATHM de la Vendée, que Mme [J] sollicite une mainlevée de la mesure de protection aux motifs qu'elle peut très bien se charger, seule, de ses affaires mais également parce qu'elle n'a aucune confiance en son mandataire judiciaire, estimant qu'il la vole, et qu'il convient donc de considérer qu'une demande, à titre subsidiaire, de changement de mandataire judiciaire a été formulée par Mme [J], demande qu'il semble opportun d'accueillir, alors même qu'elle relève (arrêt, page 4, § 1) qu'« à l'audience, Madame [J] souligne (...) qu'elle souhaite qu'on la laisse tranquille (...) ; [qu'] elle ne veut plus voir quiconque, ni le mandataire judiciaire actuel ni un autre », ce dont il ressort que Madame [J] n'avait formulé, fût-ce à titre subsidiaire, aucune demande de changement de mandataire judiciaire, la Cour d'appel a violé les articles 4 et 5 du Code de procédure Civile ;

2° que selon l'article 449 alinéa 3 du Code Civil, le juge des tutelles qui nomme le tuteur ou le curateur prend en considération les sentiments exprimés par le majeur protégé ; qu'en prétendant fausement, pour désigner l'ATHM de la Vendée en qualité de curateur de Mme [J] au lieu et place de l'AREAMS, avoir été saisie d'une demande subsidiaire de Mme [J] de changement de mandataire judiciaire, la Cour d'appel, qui n'a pas pris en considération les sentiments de la majeure protégée pour procéder à cette nomination, a violé le texte susvisé.

3 - Rapport limité à l'examen du premier moyen qui apparaît sérieux et qui détermine la suite à donner au pourvoi.

Le présent rapport sera limité à l'examen du premier moyen.

En effet, le premier moyen, qui apparaît sérieux (cf. le 5. ci-après), détermine la suite à donner au pourvoi.

Le présent rapport sera complété à la demande de la conférence , le cas échéant.

4 - Identification du point de droit sur laquelle la première chambre est invitée à statuer

Le premier moyen invite la Cour de cassation à sanctionner la méconnaissance de l'article 1214 du code de procédure civile qui impose de donner au majeur protégé, dans l'acte de convocation, une **double information** : d'une part, sur la possibilité de se faire assister par un avocat, d'autre part, sur la possibilité de demander à bénéficier de la désignation d'un avocat d'office par le bâtonnier, à délai rapproché.

Or, en l'espèce, l'acte de convocation n'a donné que la première de ces deux informations.

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 a profondément modifié le droit des majeurs protégés.

Elle consacre les grands principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité des mesures, et met la personne vulnérable au cœur du dispositif de protection.

Cette loi a été complétée :

- par le décret n°2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au mandat de protection future sous seing privé ;

- par le décret n°2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif a la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le code de procédure civile, lequel remplace les dispositions des chapitres X et XI du titre I du livre III du code de procédure civile, relatifs désormais à la protection juridique des mineurs et des majeurs et a la mesure d'accompagnement judiciaire ;

- par le décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil ;

- par le décret n°2008-1485 du 22 décembre 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs.

La circulaire de la DACS no CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs a présenté cette réforme d'importance.

Aux termes de l'article 415 alinéas 2 et 3 du code civil, la protection du majeur protégé est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne et elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée et favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci.

Comme l'ont souligné plusieurs auteurs ²la réforme de la protection juridique des majeurs opérée par la loi de 2007 a placé la personne protégée au coeur du dispositif de protection, lequel répond à trois exigences, la nécessité, la proportionnalité et la subsidiarité.

L'article 457-1 du code civil consacre un droit à l'information au bénéfice des majeurs protégés : « *La personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état **et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi**, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part* ».

L'article L. 311-3, du code de l'action sociale des familles prévoit que « *l'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne accueillie et accompagnée par des établissements et services sociaux et médico-sociaux* » et que « *lui sont assurés (...) 6° une information sur ses droits fondamentaux et les protections particulières légales et contractuelles dont elle bénéficie, ainsi que sur les voies de recours à sa disposition* ».

Selon l'article 432, alinéa 1er, du code civil, figurant dans la section II du chapitre II relatif aux mesures de protection juridique des majeurs, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-308, « *le juge statue, la personne entendue ou appelée. **L'intéressé peut être accompagné par un avocat** ou, sous réserve de l'accord du juge, par toute autre personne de son choix.* »

Le majeur pouvant être « accompagné » par un avocat, **l'assistance par un avocat est donc un droit**.

La cour européenne des droits de l'homme a rendu **le 16 juillet 2009** un important arrêt sur la question de la désignation d'un avocat d'office, dans une affaire où une personne atteinte d'une maladie psychique (schizophrénie de type paranoïde) reprochait à l'Etat Bulgare de ne pas avoir ouvert la procédure de désignation d'office à un autre moment de la procédure que devant la Cour suprême.

On lit ainsi dans **l'arrêt Nenov c. Bulgarie, requête n° 33738/02, du 16 juillet 2009** :

- que M. Nenov (le requérant), informé de la demande de modification du droit de visite formée par son ancienne épouse (R.K.), a indiqué « *au tribunal qu'il souhaitait l'assignation [désignation] d'un avocat commis d'office, ses moyens financiers n'étant pas suffisants pour engager un conseil. (...). A l'audience du 5 juin 2002, il réitéra cette demande, ajoutant qu'il ne comprenait pas la terminologie juridique et les règles procédurales. Ses demandes furent rejetées au motif que cette possibilité n'était pas prévue par la loi pertinente.* » (§ 9);
- que « par un jugement du 31 mai 2005, le tribunal régional de Plovdiv accorda au requérant un droit de visite de deux heures toutes les deux semaines » (§ 23) ;
- que « pendant toute la procédure devant le tribunal de district, R.K. fut représentée par un avocat » (§ 17);
- que « la loi sur l'aide judiciaire du 1er janvier 2006 a été adoptée en octobre 2005 (...) » (§ 28);
- que « Selon l'article 38, alinéa 1 (2), de la loi sur le barreau, les avocats peuvent assister gratuitement des personnes se trouvant dans une situation matérielle difficile » (§ 29) ;
- que sur la recevabilité de la demande, « **on ne saurait reprocher au requérant de ne pas avoir cherché ou de ne pas avoir trouvé un avocat désireux de défendre gratuitement ses intérêts devant les juridictions internes, dans la mesure où la législation bulgare n'imposait nullement aux avocats l'obligation de prendre ce type d'engagements** . Partant, le requérant ne disposait pas d'un « recours » au sens de l'article 35 de la Convention, mais d'une

simple possibilité, autorisée par la loi, dont la réalisation dépendait de la bonne volonté des conseils qu'il pouvait rencontrer » (§ 39).

Le coeur de la motivation de la cour a été ensuite rédigé comme suit :

« 43. La Cour rappelle d'abord que la Convention a pour but de protéger des droits concrets et effectifs. Il est essentiel à la notion de procès équitable, tant au civil qu'au pénal, qu'un plaideur se voie offrir la possibilité de défendre utilement sa cause devant le tribunal (*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 24, série A no 32, et *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, no 68416/01, §§ 59 et 62, CEDH 2005-II) et qu'il bénéficie d'une égalité des armes raisonnable avec son adversaire (*De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, § 53, Recueil 1997-I ; *Steel et Morris*, précité, *ibidem*). Le droit d'accès aux tribunaux n'étant pas absolu, il peut donner lieu à des limitations à condition que celles-ci poursuivent un but légitime et soient proportionnées (*Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 57, série A no 93 ; *Steel et Morris*, précité, § 62).

44. Elle rappelle ensuite que la question de savoir si l'octroi d'une aide judiciaire est nécessaire à l'équité de la procédure doit être tranchée au regard des faits et circonstances particuliers de chaque espèce et dépend notamment de la gravité de l'enjeu pour le requérant, de la complexité du droit et de la procédure applicables, ainsi que de la capacité de l'intéressé de défendre effectivement sa cause (*Airey*, précité, § 26, *McVicar*, précité, §§ 48 et 50, P., C. et S. c. Royaume-Uni, no 56547/00, § 91, CEDH 2002-VI, et *Steel and Morris*, précité, § 61).

45. La Cour estime que le litige de l'espèce revêtait un enjeu particulièrement important pour le requérant, dans la mesure où la modification du droit de visite pouvait avoir pour effet d'affaiblir considérablement le lien entre lui et ses enfants, au point de rendre leurs relations théoriques.

46. Il est vrai que la procédure judiciaire relative à une demande de modification du droit de visite ne saurait normalement être considérée comme particulièrement complexe. Toutefois, les parties à une affaire peuvent se heurter à certains problèmes juridiques délicats, tels que la nécessité de recueillir des dépositions d'experts, de respecter des délais légaux, de formuler des questions et des objections pertinentes pour l'issue du litige, de rechercher des témoins, de les citer et de les interroger. En plus, les différends entre conjoints suscitent souvent une passion peu compatible avec le degré d'objectivité indispensable pour plaider en justice (*Airey*, précité, § 24), et ce d'autant plus quand l'objet du litige touche à l'avenir d'enfants.

47. En ce qui concerne la capacité concrète du requérant de défendre ses intérêts, la Cour observe que celui-ci n'avait ni une formation juridique ni une expérience solide dans le domaine des procédures judiciaires (voir, a contrario, *McVicar*, précité, §§ 53-55) et que la procédure de modification du droit de visite avait suscité chez lui de fortes émotions.

48. La Cour relève également que l'intéressé souffrait d'une maladie psychique grave, fait bien connu des juridictions internes, et que les conséquences de sa maladie sur son aptitude à entretenir des relations normales avec ses enfants étaient au cœur de l'affaire (voir, *mutatis mutandis*, P., C. et S., précité, § 95). Son état n'était apparemment pas suffisamment inquiétant pour qu'il soit assimilé à une personne incapable (voir, a contrario, *Lacárcel Menéndez c. Espagne*, no 41745/02, 15 juin 2006). Toutefois, la maladie influençait visiblement sa capacité d'agir de manière suffisamment adéquate, comme l'ont révélé la teneur des demandes et des recours qu'il a adressés aux diverses juridictions (paragraphes 11, 18 et 24 ci-dessus), et son incapacité de travail déclarée en 2000 (paragraphe 6 ci-dessus). **Enfin, eu égard à la nature de son mal, il est clair que les émotions suscitées par l'objet et par l'enjeu du litige n'ont fait qu'aggraver les difficultés éprouvées par le requérant pour plaider en justice.**

49. Ainsi, la **Cour constate que le requérant n'a pas pu contester efficacement les conclusions de l'expert ou demander l'ordonnance d'une nouvelle expertise** (paragraphes 11 à 14 ci-dessus). Il ne semble pas non plus avoir reçu d'instructions du tribunal à cet égard. Par conséquent, **la Cour estime qu'il n'a pas pu participer à un degré suffisant à l'exercice de**

production des preuves , lequel, en droit bulgare, a lieu devant les tribunaux de première et deuxième instance (paragraphe 28 ci-dessus).

50. La Cour relève également que, dans la mesure où cela exigeait certaines connaissances médicales, l'intéressé n'a pas su, par ses propres moyens, exposer certains arguments factuels en faveur de sa thèse selon laquelle il était capable, malgré sa maladie, d'entretenir des relations normales avec ses enfants . Il est tout aussi évident qu'il n'a pas pu, à lui seul, aborder de manière adéquate le problème juridique en jeu (paragraphe 18, 21 et 24 ci-dessus).

51. La Cour observe en outre que l'ancienne épouse du requérant a bénéficié de l'assistance d'un avocat tout au long de la procédure devant le tribunal de district, lors de laquelle ont été produits les éléments de preuve concernant le litige. Elle considère que, vu les circonstances de l'espèce, cela a placé le requérant dans une situation de net désavantage par rapport à l'autre partie au litige.

52. Eu égard à ces observations, la Cour est d'avis que le fait de ne pas avoir bénéficié d'une aide judiciaire a privé le requérant de la possibilité de défendre efficacement sa cause et qu'il a entraîné une inégalité des armes inacceptable avec la mère des enfants . (...). En conséquence, la Cour considère que l'importance particulière de l'enjeu pour l'intéressé – la possibilité de garder un lien réel avec ses enfants –, combinée à la nature même de son mal – une maladie psychique – imposait l'octroi d'une aide judiciaire (voir, mutatis mutandis, *Megyeri c. Allemagne*, 12 mai 1992, § 23, série A no 237-A). **En l'absence de celle-ci, l'intéressé a éprouvé des difficultés particulièrement importantes qui l'ont empêché à la fois de jouer dans le processus décisionnel un rôle suffisant pour lui assurer la protection requise de ses intérêts et ont compromis l'équité de la procédure dans son ensemble.**

53. Par ailleurs, la Cour considère que **la possibilité, présentée par le Gouvernement, de demander l'assignation d'un avocat commis d'office pour la procédure devant la Cour suprême de cassation n'aurait pas pu remédier à cette situation, la haute juridiction ayant des compétences très restreintes en matière de production de preuves** . En outre, la question de l'absence de représentation de l'intéressé devant les instances inférieures a été soumise à l'attention de la Cour suprême de cassation, qui n'y a pas donné une réponse explicite. La Cour estime donc qu'il y a lieu de rejeter la branche de l'exception tirée du non-épuisement des voies de recours internes, relative à l'omission de l'intéressé d'introduire une demande d'aide judiciaire devant la Cour suprême de cassation.

54. Partant, il y a eu violation du droit au procès équitable du requérant, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention. »

Cette affaire concernait un litige qui opposait deux parties à propos du droit de visite devant s'exercer sur leurs enfants. Et l'une des deux parties avait bénéficié d'un avantage par rapport à l'autre, puisque l'une avait bénéficié d'un avocat, alors que l'autre non. De plus, il était acquis que le requérant aurait pu bénéficier de l'aide juridictionnelle si le système idoine avait été mis en place en Bulgarie au moment du procès, ce qui n'était pas le cas.

Mais l'arrêt précité soulignait, également, la problématique de santé du requérant, faisant entrer cette affaire en écho avec les mesures de protection dont peuvent bénéficier les majeurs protégés, et il évoquait la désignation d'un avocat « *commis d'office* » comme un élément indispensable pour conférer à la procédure son caractère équitable, dans ce type d'affaires.

Dans l'affaire *Salontaji-Drobnjak c. Serbie*, n° 36500/05 , du 13 octobre 2009, M. Salontaji-Drobnjak (le requérant), après avoir harcelé diverses institutions Serbe, en introduisant « quelque 200 procédures judiciaires », avait été privé partiellement de sa capacité juridique

par un tribunal en raison de « troubles de la personnalité qui ne constituaient pas une maladie mentale ». Le requérant avait demandé à un tribunal de lui restituer sa pleine capacité juridique mais le tribunal l'avait débouté au motif que c'était à son tuteur de le faire. Et lorsque le tuteur avait à son tour formé cette demande, elle avait été rejetée au motif que, sans l'accord du service social, même le tuteur n'avait pas qualité.

La Cour européenne a conclu à l'unanimité à la violation de l'article 6 § 1, dès lors que la procédure, considérée dans son ensemble, n'avait pas satisfait aux exigences d'un procès équitable. En effet, alors que la participation du requérant à la procédure présentait une utilité, il avait été exclu de l'audience finale et n'avait pas pu contester personnellement le rapport des experts recommandant la privation partielle de sa capacité juridique. **De plus, le requérant n'avait jamais eu l'occasion de rencontrer l'avocate commise d'office pour le représenter ni de lui donner des instructions.** Enfin, la décision du tribunal n'était pas suffisamment motivée et était libellée en termes assez vagues.

Commentant cet arrêt, le professeur Marguénaud ³ en a conclu que « la Cour de Strasbourg semble donc disposée à assurer une **protection spécifique du droit des majeurs de s'adresser aux tribunaux** même et y compris lorsque leur capacité juridique a été réduite parce qu'ils les saisissaient trop souvent. On peut même considérer qu'elle a sérieusement préparé la voie à la reconnaissance d'un droit pour l'incapable majeur à demander lui-même le rétablissement de sa capacité juridique. Le requérant avait en effet fait valoir que son incapacité à entamer, même avec le consentement de son tuteur, une procédure pour obtenir le rétablissement de sa capacité légale équivalait à une violation de l'article 6 § 1.»

Dans l'affaire Chtoukaturov c. Russie, requête n° 44009/05 du 27 mars 2008, l'incapacité du requérant, trop générale, a été jugée contraire à l'article 8, la Cour reprochant à l'Etat de ne pas avoir fourni de solutions adaptées aux personnes nécessitant une aide.

Par son arrêt de Grande Chambre Stanev c. Bulgarie, requête n° 3670/06 du 17 janvier 2012, la Cour a souligné l'importance grandissante que le droit international, y compris la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) ⁴, attache à présent à l'octroi aux personnes atteintes de déficiences psycho-sociales de **la plus grande autonomie juridique possible**. Dans cette affaire où le requérant était privé de la liberté d'aller et venir, la Cour a considéré que l'impossibilité pour le requérant d'introduire un recours permettant à un tribunal de statuer sur la légalité de sa détention et sur le rétablissement de sa capacité juridique avait violé les articles 5 et 6 de la Convention.

Dans le « document thématique » titré « A qui appartient-il de décider ? Le droit à la capacité juridique des personnes ayant des déficiences intellectuelles et psychosociales », établi en novembre 2012 par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, on peut lire notamment (pages 29 à 33) :

« Si la Cour continue de reconnaître le trouble mental comme possible justification pour restreindre la capacité juridique, c'est que le système européen des droits de l'homme n'a pas encore totalement intégré le changement de paradigme envisagé par la CDPH pour accorder aux personnes handicapées un **droit essentiel d'accompagnement dans leurs prises de décision**. La Résolution 1642 (2009) de l'Assemblée parlementaire tend cependant vers ce changement de paradigme. **Elle invite les Etats membres à garantir que les personnes handicapées conservent et exercent une capacité juridique à égalité avec d'autres membres de la société** « en garantissant que personne ne limite ni n'exerce à leur place leur droit de prendre des décisions, que les mesures les concernant soient adaptées à leur situation et qu'une tierce personne puisse les aider à prendre des décisions » (paragraphe 7.1.). Elle continue à affirmer que

lorsqu'une aide est nécessaire, une assistance doit être accordée aux personnes handicapées sans se substituer à leur volonté ou à leurs intentions (paragraphe 7.2.).

(...) Procédure équitables. (...) L'individu concerné a le droit de participer aux procédures touchant à sa capacité juridique . Etant donné le rôle dual de l'individu - à la fois partie intéressée et principal objet de l'examen judiciaire - sa participation est indispensable « non seulement pour qu'il puisse présenter ses arguments, mais aussi pour que le juge puisse se former une opinion quant à ses facultés mentales ⁵» . Les Etats partie doivent aussi veiller à ce que l'individu concerné jouisse de l'égalité des armes avec la partie à l'origine de la requête. Bien que la Convention ne garantisse pas une assistance juridique gratuite dans toutes les affaires touchant aux droits civils, l'article 6 oblige les Etats parties à fournir cette assistance si elle s'avère indispensable à un accès effectif à un tribunal . L'existence ou non de cette obligation est déterminée par la complexité de l'affaire et par les procédures en question, par l'importance de l'enjeu et la situation financière de l'individu. A l'heure actuelle, la plupart des procédures liées à la capacité juridique exigent à la fois l'intervention d'experts (généralement pour des rapports médicaux) et une audience judiciaire pour rendre compte des procédures relativement complexes. C'est pourquoi la Cour a jugé ces procédures comparables à une privation de liberté ⁶. (...)

Appel et examen. La Cour a constaté des violations dans des systèmes où les personnes sous tutelle ne peuvent pas contester elles-mêmes l'incapacité du seul fait qu'elles se trouvent sous tutelle. Dans l'affaire Chtoukaturov c. Russie, la tutelle ne pouvait être contestée que par le tuteur qui s'opposait à son interruption. (...) La participation du requérant au processus décisionnel ayant été « réduite à zéro », il y avait violation des articles 6 et 8. Dans l'affaire Salontaji-Drobnjak c. Serbie, il n'a pas été possible de faire appel en justice même par l'intermédiaire du tuteur. Pour cette raison et en l'absence d'examen périodique quant à la nécessité persistante de tutelle, la Cour a conclu que le droit du requérant d'accéder à la justice avait été bafoué en violation de l'article 6. (...)»

L'article 12 de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) dispose notamment :

« Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité

1. Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.

2. Les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres.

3. Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique. (...)».

Et l'article 13 « Accès à la justice » dispose :

« 1. Les États Parties assurent l'accès effectif des personnes handicapées à la justice, sur la base de l'égalité avec les autres, y compris par le biais d'aménagements procéduraux ⁷ et d'aménagements en fonction de l'âge, afin de faciliter leur participation effective, directe ou indirecte, notamment en tant que témoins, à toutes les procédures judiciaires, y compris au stade de l'enquête et aux autres stades préliminaires.

2. Afin d'aider à **assurer l'accès effectif des personnes handicapées à la justice** , les États Parties favorisent une formation appropriée des personnels concourant à l'administration de la justice, y compris les personnels de police et les personnels pénitentiaires. »

La procédure en matière de mesures de protection relève de la matière gracieuse ⁸, mais, compte tenu de l'environnement européen et international précédemment décrit, particulièrement exigeant sur l'effectivité de l'accès des personnes vulnérables à la justice, il n'est pas pour étonner que , par un **décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs**, le pouvoir réglementaire soit venu modifier l'**article 1214** du code de procédure, qui est désormais rédigé dans les termes suivants :

*« 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 . / Les intéressés sont informés de ce droit dans l'acte de convocation.** »*

Depuis lors, dès que le majeur protégé le demande ⁹, dans toute instance relative à une mesure de protection, son assistance par un avocat est rendue **effective** par le droit dont il dispose d'obtenir la désignation d'un avocat d'office, soit qu'il ne soit pas en capacité de choisir un tel avocat lui-même, soit que les avocats approchés aient tous refusé de lui apporter leur concours, soit pour toute autre raison, sachant que la désignation d'office, qui est de droit lorsqu'elle est demandée, n'a pas à être motivée.

Cette disposition constitue un **aménagement procédural ¹⁰**tendant à ce que, si le majeur protégé souhaite être assisté par un avocat, il puisse effectivement bénéficier d'une telle assistance **au moyen de la désignation d'office**.

Il s'agit donc bien d'un droit créance, mais qui nécessite de manifester le souhait d'en bénéficier pour pouvoir y prétendre. Car ce « droit à » l'assistance d'un avocat, au moyen de la désignation d'office, n'a pas conduit à prévoir une assistance automatique et systématique du majeur protégé par l'avocat, ce qui aurait nécessité de conférer à cette assistance un caractère obligatoire.

Cette nouvelle disposition, sur la désignation d'office, est venue compléter le régime prévoyant :

- que les décisions du juge des tutelles sont susceptibles d'appel, les parties n'étant pas tenues de constituer avocat (article 1239 du code de procédure civile);

- que *« le greffier de la cour convoque à l'audience prévue pour les débats :*

- 1 ° S'il en a constitué un, l'avocat du requérant, par tout moyen ;*

- 2 ° L'appelant et les personnes auxquelles la décision ou la délibération a été notifiée, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ainsi que, le cas échéant, leurs avocats.*

Ces dernières ont le droit d'intervenir devant la cour.

Le ministère public est également avisé et peut adresser, d'office ou à la demande de la cour, son avis ou ses conclusions sur l'opportunité et les modalités de la protection. » (article 1244 du code de procédure civile) ;

- que *« la convocation est adressée, dès la fixation de l'audience prévue pour les débats et au moins quinze jours à l'avance, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Une*

copie de la convocation est adressée aux personnes concernées par lettre simple. La convocation vaut citation» (article 1244-1 du code de procédure civile) ;

- qu'en matière de procédure sans représentation obligatoire, les parties ont toujours la possibilité de se faire assister par un avocat : *« Les parties se défendent elles-mêmes. / **Elles ont la faculté de** ¹¹ **se faire assister ou représenter selon les règles applicables devant la juridiction dont émane le jugement** . Le représentant doit, s'il n'est avocat, justifier d'un pouvoir spécial. »* (article 931 du code de procédure civile).

On rappellera que la question de la **désignation d'office d'un avocat** par le bâtonnier ne se confond pas avec la problématique du bénéfice de l'aide juridictionnelle.

En effet, **la désignation d'un avocat d'office tend à résoudre la problématique du choix de l'avocat** et des refus éventuels que les différents avocats approchés par un justiciable sont susceptibles de lui opposer, dans des procédures où il apparaît pourtant impérieux qu'il puisse être assisté par un spécialiste du droit.

Car si le choix de l'avocat n'est déjà pas simple pour un justiciable ordinaire (en bonne santé physique et mentale et dont la liberté n'est pas entravée), il est rendu bien plus difficile encore lorsque le justiciable est en situation de faiblesse, voire de détresse (étranger retenu, personne poursuivie pénalement, mineur poursuivi pénalement ou devant être simplement entendu, majeur protégé...).

De surcroît, tous les avocats d'un barreau ne maîtrisent pas nécessairement tous les contentieux, et cela vaut, notamment, en matière de protection des majeurs.

Un auteur ¹² explique ainsi que *« l'avocat est une rareté devant le juge des tutelles et encore peu présent en appel »* et estime qu'il *« serait justifié que la place de l'avocat dans ces procédures soit bien plus importante qu'elle ne l'est actuellement »*, expliquant que *« l'avocat vient aider la personne à discerner son intérêt effectif en tentant une première appréciation de la réalité de ses capacités, du contexte de risques dans lequel elle se trouve en fonction de son environnement relationnel et matériel, en l'aidant si possible à en prendre conscience »* et que *« la place de l'avocat se situe donc souvent à cet égard dans un équilibre délicat entre celle de modérateur d'un processus « liberticide » et celle d'« amortisseur » du choc résultant pour le majeur d'une décision souvent indispensable, mais risquant d'être ressentie comme une dépossession de soi »*.

Le bâtonnier connaît les spécialités des avocats relevant de son ordre . Et il est, ainsi, en situation de pouvoir désigner l'avocat le plus apte à servir les intérêts d'un justiciable déterminé, et notamment un majeur protégé, compte tenu des aptitudes et des domaines de compétences de l'avocat qu'il entend désigner.

Grâce à la désignation d'office, le justiciable est assuré de pouvoir compter sur l'assistance d'un avocat idoine .

L'article 6 du décret n° 2023-552 du 30 juin 2023 portant code de déontologie des avocats prévoit, en ce sens, que *« **l'avocat est tenu de déférer aux désignations et commissions d'office.** »*

Pour autant, **cette assistance effective ne sera pas nécessairement gratuite** . En quoi la désignation d'office et l'attribution de l'aide juridictionnelle ne se confondent pas.

Si donc le justiciable excède les plafonds d'attribution de l'aide juridictionnelle, il pourra certes continuer de prétendre à une désignation d'office, mais à charge de payer les honoraires de l'avocat qui lui sera désigné.

L'article 19-1 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique prévoit ainsi que « **la commission ou la désignation d'office ne préjuge pas de l'application des règles d'attribution de l'aide juridictionnelle ou de l'aide à l'intervention de l'avocat .** Par

exception , l'avocat commis ou désigné d'office a droit à une rétribution ¹³, y compris si la personne assistée ne remplit pas les conditions pour bénéficier de l'aide juridictionnelle ou de l'aide à l'intervention de l'avocat, s'il intervient dans les procédures suivantes, en première instance ou en appel :

1 ° Procédure judiciaire de mainlevée et de contrôle des mesures de **soins psychiatriques** ;

2 ° Assistance d'une personne demandant ou contestant la délivrance d'une **ordonnance de protection** prévue à l'article 515-9 du code civil ;

3 ° Comparution immédiate ;

4 ° Comparution à délai différé ;

5 ° Déferrement devant le juge d'instruction ;

6 ° Débat contradictoire relatif au placement ou au maintien en détention provisoire ;

7 ° **Assistance d'un mineur** dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative, d'une procédure devant le juge des enfants en matière pénale ou le tribunal pour enfants, d'une audition libre, d'un interrogatoire de première comparution ou d'une instruction ;

8 ° Assistance d'un accusé devant la cour d'assises, la cour criminelle départementale, la cour d'assises des mineurs ou le tribunal pour enfants statuant en matière criminelle ;

9 ° Procédures devant le juge des libertés et de la détention relatives à **l'entrée et au séjour des étrangers** ;

10 ° Procédures devant le tribunal administratif relatives à **l'éloignement des étrangers** faisant l'objet d'une mesure restrictive de liberté ;

11 ° Procédures non juridictionnelles mentionnées aux 2 ° à 4 ° de l'article 11-2 de la présente loi .

La personne qui a bénéficié de l'intervention d'un avocat commis ou désigné d'office dans les conditions prévues aux onze premiers alinéas du présent article et qui n'est pas éligible à l'aide juridictionnelle ou à l'aide à l'intervention de l'avocat est tenue de rembourser au Trésor public ¹⁴ les sommes exposées par l'Etat. Le recouvrement des sommes dues à l'Etat a lieu comme en matière de créances étrangères à l'impôt et au domaine.

L'avocat commis ou désigné d'office qui a perçu des honoraires au titre d'une des procédures mentionnées aux 1 ° à 11 ° du présent article perçoit une rétribution dans les conditions fixées à l'article 33 de la présente loi.»

L'assistance par un avocat est parfois obligatoire dans certaines procédures. Et c'est plus particulièrement dans ce cas qu'on observe que, s'il est commis d'office, l'avocat bénéficie d'une rétribution par l'Etat, alors même que le justiciable concerné ne serait pas en droit de prétendre à l'aide juridictionnelle.

On observe qu'en **matière pénale** :

- Pour les majeurs : l'avocat est obligatoire pour la mise en examen par le juge d'instruction (article 116, § 4 du code de procédure pénale), devant la cour d'assise (articles 274 et 317 du code de procédure pénale), dans la procédure de convocation par procès-verbal, de comparution immédiate et de comparution différée (articles 393 à 397-7 du code de procédure pénale). Ces hypothèses se retrouvent dans les points 1 à 11 ° précités. Aussi, en l'absence d'un avocat choisi, un avocat **doit** être commis d'office, rétribué par l'Etat,

En revanche, devant le tribunal correctionnel, l'assistance par avocat n'est pas, en principe, obligatoire, et c'est ainsi que l'article 417 du code de procédure pénale prévoit : « *Le prévenu qui comparaît a la faculté de se faire assister par un défenseur. / Si le prévenu n'a pas fait choix d'un défenseur avant l'audience, le président l'informe, s'il n'a pas reçu cette information avant l'audience [15](#), qu'il peut, à sa demande, bénéficier d'un avocat commis d'office. Si le prévenu formule cette demande, le président commet un défenseur d'office. / Le défenseur ne peut être choisi ou désigné que parmi les avocats inscrits à un barreau. / **L'assistance d'un défenseur***

est obligatoire quand le prévenu est atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense. [16](#)»

Il en résulte :

- que le prévenu en bonne santé a un droit à l'assistance d'un avocat, s'il en fait la demande, ce qui fonde son droit d'obtenir la désignation d'un avocat d'office;
- que le prévenu en situation de faiblesse doit être obligatoirement assisté par un avocat [17](#);
- que si le président de l'audience correctionnelle peut délivrer utilement l'information sur la désignation d'office de l'avocat, à l'audience, c'est parce qu'il est habilité à procéder lui-même à cette désignation, sans en passer par une désignation par le bâtonnier, qui nécessite un délai de traitement incompressible [18](#).
- Pour les mineurs : ils sont toujours obligatoirement assistés par un avocat, au besoin commis d'office. Cf. : quand ils sont retenus (article L. 413-5 du code de la justice pénale des mineurs), placés en garde à vue (article L. 413-9 du code de la justice pénale des mineurs) : « *Dès le début de la garde à vue, le mineur doit être assisté par un avocat, dans les conditions prévues aux articles 63-3-1 à 63-4-3 du code de procédure pénale. Il doit être immédiatement informé de ce droit. Lorsque le mineur n'a pas sollicité l'assistance d'un avocat, cette demande peut également être faite par ses représentants légaux qui sont alors avisés de ce droit lorsqu'ils sont informés de la garde à vue en application de l'article L. 413-7. Lorsque le mineur ou ses représentants légaux n'ont pas désigné d'avocat, le procureur de la République, le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire doit, dès le début de la garde à vue, informer par tout moyen et sans délai le bâtonnier afin qu'il en commette un d'office»*) et, plus généralement, tout au long de la procédure pénale (article L. 12-4 du code de la justice pénale des mineurs : « *Le mineur poursuivi ou condamné est assisté d'un avocat. / Le mineur participe au choix de son avocat ou effectue ce choix dans les conditions prévues par le présent code / Lorsqu'un avocat a été désigné d'office, dans la mesure du possible, le mineur est assisté par le même avocat à chaque étape de la procédure»*).

En matière civile, la commission d'office d'un avocat est prévue dans des matières où le justiciable qui en bénéficie peut être regardé comme étant susceptible de rencontrer des difficultés pour choisir lui-même un avocat. Surtout, la désignation d'office manifeste que le justiciable qui en bénéficie dispose d'un véritable « droit à » l'assistance d'un avocat, qui se manifeste par l'obligation qui est faite à l'avocat désigné de prêter son concours.

Cette désignation d'office est prévue notamment :

- **pour l'audition du mineur**, dans tous les procédures qui le concerne et où sa parole mérite d'être entendue:

- article 388-1, dernier alinéa du code civil : « *Le juge s'assure que le mineur a été informé de son **droit à être entendu et à être assisté par un avocat*** » ;

- Titre IX bis : L'audition de l'enfant en justice :

article 338-1 du code de procédure civile : « *Le mineur capable de discernement est informé par le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par la personne ou le service à qui il a été confié de son **droit à être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant** . / **Lorsque la procédure est introduite par requête, la convocation à l'audience est accompagnée d'un avis rappelant les dispositions de l'article 388-1 du code civil et celles du premier alinéa du présent article** ./Lorsque la procédure est introduite par acte d'huissier, l'avis mentionné à l'alinéa précédent est joint à celui-ci. ¹⁹ / Dans toute décision concernant un mineur capable de discernement, mention est faite que le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, la personne ou le service à qui il a été confié, se sont acquittés de leur obligation d'information prévue au premier alinéa . »*

- article 338-6 du code de procédure civile : « *Le greffe ou, le cas échéant, la personne désignée par le juge pour entendre le mineur adresse à celui-ci, par lettre simple, une convocation en vue de son audition. / **La convocation l'informe de son droit à être entendu** seul, **avec un avocat** ou une personne de son choix. / Le même jour, les défenseurs des parties et, à défaut, les parties elles-mêmes sont avisés des modalités de l'audition.*»

- **article 338-7** du même code : « ***Si le mineur demande à être entendu avec un avocat et s'il ne choisit pas lui-même celui-ci, le juge requiert, par tout moyen, la désignation d'un avocat par le bâtonnier*** . »

Si même l'assistance du mineur n'est pas obligatoire, en matière civile, l'avocat a droit d'être rétribué par l'Etat compte tenu de la situation particulière du justiciable concerné, dont on peut présumer qu'étant mineur il ne dispose d'aucune ressource.

- pour les parties intéressées, en matière d'assistance éducative :

- article 1182 alinéa 2 à 4 du code de procédure civile : « *Le juge entend chacun des parents, le tuteur, la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié et le mineur capable de discernement et porte à leur connaissance les motifs de sa saisine. / Il entend toute autre personne dont l'audition lui paraît utile. / **L'avis d'ouverture de la procédure et les convocations adressées aux parents, au tuteur, à la personne ou au représentant du service à qui l'enfant a été confié et au mineur mentionnent les droits des parties de faire choix d'un conseil ou de demander qu'il leur en soit désigné un d'office conformément aux dispositions de l'article 1186.** L'avis et les convocations informent les parties de la possibilité de consulter le dossier conformément aux dispositions de l'article 1187. »*

- article 1186 du code de procédure : « *Le mineur capable de discernement, les parents, le tuteur ou la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié peuvent faire choix d'un conseil **ou demander au juge que le bâtonnier leur en désigne un d'office. La désignation doit intervenir dans les huit jours de la demande** . / **Ce droit est rappelé aux intéressés lors de leur première audition.** ²⁰»*

- pour le majeur protégé : article 1214 du code civil, précité ;

- en matière de droit des étrangers :

- prolongation de la rétention administrative d'un étranger (L. 743-24, alinéa 1, du CESEDA : « *L'étranger peut demander au magistrat du siège du tribunal judiciaire qu'il lui soit **désigné un conseil d'office** . Il peut bénéficier de l'aide juridictionnelle. »)*

- condamnation à une interdiction du territoire français (L. 744-11 du CESEDA),

- retenue (L. 813-5 du CESEDA : « *L'étranger auquel est notifié un placement en retenue (...) bénéficie des droits suivants (...) 2° Etre assisté, dans les conditions prévues à l'article L. 813-6, par un avocat désigné par lui **ou commis d'office par le bâtonnier, qui est alors informé de cette demande par tous moyens et sans délai** » ;*

- en matière de soins sans consentement :

- L'article R. 3211-8 du code de la santé publique créé par le décret n° 2010-526 du 20 mai 2010 avait prévu l'audition de la personne hospitalisée par le juge « *sauf si son audition est de nature à porter préjudice à sa santé. Dans ce cas, le juge peut, par décision motivée, sur l'avis du médecin de l'établissement et, le cas échéant, de l'expert qu'il a désigné, décider qu'il n'y a pas lieu d'y procéder. »*

- par un arrêt du 26 juillet 2011, n° 341555 le Conseil d'Etat a annulé le décret n° 2010-526 du 20 mai 2010 en tant qu'il n'avait **pas prévu l'audition obligatoire d'un avocat** , le cas échéant désigné d'office, **en cas d'impossibilité de procéder à l'audition** de la personne hospitalisée sans son consentement. Le Conseil d'Etat avait notamment énoncé « *que si les dispositions de l'article R. 3211-8 précité n'excluent l'audition de la personne hospitalisée que dans l'hypothèse où cette audition porterait préjudice à sa santé, si elles assortissent de garanties médicales la décision du juge de ne pas procéder à cette audition et si l'article R. 3211-5 ²¹ prévoit que la personne hospitalisée est avisée de son droit ²² de choisir un avocat ou de demander au juge d'en désigner un d'office, il appartenait au pouvoir réglementaire de préciser, parmi les modalités d'application de l'article L. 3211-12 du code de la santé publique qu'il lui incombait de définir, que les personnes hospitalisées sans leur consentement devaient, dans tous les cas, compte tenu de leur situation particulière, être entendues personnellement ou par l'intermédiaire d'un avocat, afin d'assurer le respect des garanties découlant de l'article 5 §4 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ²³; qu'ainsi, en tant qu'il n'a pas prévu **l'audition obligatoire d'un avocat, le cas échéant désigné d'office, en cas d'impossibilité de procéder à l'audition de la personne hospitalisée sans son consentement** , le décret attaqué méconnaît les stipulations de cet article ».*

- l'article R. 3211-13 du code de la santé publique, qui a remplacé l'article R. 3211-5 du même code, prévoit que, en vue de l'audience du juge des libertés et de la détention statuant à fin de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques sans consentement « *la convocation ou l'avis d'audience indique aux parties*» les modalités de consultation du dossier (avant dernier alinéa) et ajoute que « ***la personne qui fait l'objet de soins psychiatriques est en outre avisée qu'elle sera assistée ²⁴ par un avocat choisi, désigné au titre de l'aide juridictionnelle ou commis d'office par le juge le cas échéant ²⁵ ou qu'elle sera représentée par un avocat si le magistrat décide de ne pas procéder à son audition au vu de l'avis médical prévu au deuxième alinéa de l'article L. 3211-12-2*** ».

La **représentation obligatoire** par avocat a été instituée, en matière de soins sans consentement, parce qu'il y avait, tout à la fois, une impossibilité d'entendre personnellement le patient et une situation de privation de liberté.

Et si l'assistance par avocat est devenue obligatoire également, matière de soins sans consentement, avec la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013 ²⁶, c'est parce qu'il y a, là encore, une atteinte portée à la liberté d'aller et de venir de la personne concernée.

On observe, ainsi, une gradation dans le niveau d'exigence de l'assistance par un avocat, suivant les procédures.

Ainsi, un justiciable, suivant sa situation personnelle et la procédure à laquelle il est partie, peut bénéficier:

- a) d'un avocat obligatoirement désigné pour l'assister ou le représenter, qui bénéficiera d'une rétribution par l'Etat, en application de l'article 19-1 de la loi sur l'aide juridictionnelle, sans préjudice du recours exercé par le Trésor à l'encontre du justiciable qui ne serait pas en droit de prétendre à l'aide juridictionnelle,
- b) de la possibilité de faire le choix d'un avocat pour l'assister, ou bien de demander à ce qu'un avocat soit désigné d'office, qui sera rétribué par l'Etat en application de l'article 19-1 de la loi sur l'aide juridictionnelle, si la procédure considérée correspond à l'une de celles énumérées dans cet article, sans préjudice du recours exercé par le Trésor à l'encontre du justiciable qui ne serait pas en droit de prétendre à l'aide juridictionnelle ,
- c) de la possibilité de faire le choix d'un avocat pour l'assister, ou bien de demander à ce qu'un avocat soit désigné d'office, sans rétribution par l'Etat quand la procédure considérée n'est pas au nombre de celles énumérées à l'article 19-1 précité, ce qui impose au justiciable d'avoir à payer des honoraires à son conseil, sauf s'il remplit les conditions lui permettant de bénéficier de l'aide juridictionnelle,
- d) de la possibilité de choisir un avocat pour l'assister, sans pouvoir prétendre à une désignation d'office, dès lors que cette possibilité n'est pas légalement prévue.

La procédure, s'agissant des majeurs protégés, relève du point c) ci-dessus. Et, pour expliquer que les solutions a) et ou b) aient été écartées, on peut avancer :

- que seule la capacité juridique du majeur protégé est en cause dans les instances relatives à l'ouverture, la modification ou la mainlevée d'une mesure de protection , et pas sa liberté d'aller et de venir ;
- qu'une mesure de « protection » ne correspond pas à une sanction ;
- qu'on ne saurait présumer la précarité financière d'un majeur protégé, du seul fait qu'il est apparu nécessaire de pourvoir à sa protection juridique, pour des raisons médicales ayant des conséquences sur son aptitude à la gestion;
- qu'un majeur protégé ne pouvant pas être réputé plus impécunieux qu'un justiciable ordinaire, il n'y avait aucune nécessité de prévoir la rétribution par l'Etat de l'avocat désigné d'office , à partir du moment où cette désignation n'a pas été rendue obligatoire.

Il convient toutefois de préciser que le majeur vulnérable qui fait l'objet de poursuites pénales bénéficie de l'assistance obligatoire d'un avocat. Conformément à ce que l'arrêt de

la CEDH Vaudelle c. France du 30 janvier 2001 a jugé, l'article 706-116 du code de procédure pénale , inséré dans un « *titre XXVII : De la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions commises par des majeurs protégés (articles 706-11 à 706-118)* », dispose que « **la personne poursuivie doit être assistée par un avocat** . / A défaut de choix d'un avocat par la personne poursuivie ou son curateur ou son tuteur, le procureur de la République ou le juge d'instruction fait désigner par le bâtonnier un avocat, l'intéressé étant informé que les frais seront à sa charge sauf s'il remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle. » ²⁷

On observe que le régime « civil » applicable au majeur protégé, en droit interne, tient compte des **deux aspirations** du droit européen et international précédemment décrites : **l'aspiration à l'autonomie** et **l'aspiration à rendre effectif l'accès du majeur protégé à un tribunal** , rendu plus compliqué par sa situation de vulnérabilité/infirmité.

La première aspiration a conduit à ne prévoir qu'une assistance facultative du majeur protégé par l'avocat, mais la seconde explique que le majeur protégé se soit vu octroyer le droit de demander la désignation d'office d'un avocat, compte tenu de sa situation et de la complexité de la matière. En effet « *la plupart des procédures liées à la capacité juridique exigent à la fois l'intervention d'experts (généralement pour des rapports médicaux) et une audience judiciaire pour rendre compte des procédures relativement complexes. C'est pourquoi la Cour [européenne des droits de l'homme] a jugé ces procédures comparables à une privation de liberté* ²⁸. » (cf. le document thématique du Commissaire européen au droit de l'homme, précité).

Conformément à la **logique de l'égalité des droits** , la cour européenne des droits de l'homme n'a pas condamné le fait qu'un Etat partie laisse au majeur protégé le choix de demander l'assistance d'un avocat, ou pas.

Et la Cour de cassation a déjà eu à connaître d'une affaire où était contesté, en substance, ce libre choix, en tant qu'il serait susceptible d'être préjudiciable au majeur protégé, faute pour ce dernier, livré à lui-même, d'être véritablement en capacité de protéger, seul, ses propres intérêts.

A la question posée de la constitutionnalité de l'article 432, alinéa 1^{er} , du code civil, au regard de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, rédigée en ces termes : « *Le majeur à protéger ou protégé peut ainsi être assisté d'un avocat. Mais, à aucun stade de la procédure cette assistance n'est obligatoire. Et le législateur ne s'est nullement assuré de l'équité de la procédure en imposant que l'intéressé soit spécialement informé des risques qu'il encourt s'il ne requiert pas l'assistance d'un avocat. Il n'a pas à être mis en garde contre les conséquences d'un défaut d'assistance pour sa défense. Les dispositions légales précitées se révèlent donc contraires au droit à un procès équitable, protégé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* », la Cour de cassation, par son arrêt : **1e Civ., 8 juillet 2015, pourvoi n° 15-11.002** a dit n'y avoir lieu de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel, en raison de son **absence de caractère sérieux**, dès lors que « *le droit de la personne, protégée ou à protéger, à un procès équitable, lorsqu'une mesure de protection est envisagée, ne fait pas obstacle à ce que le législateur instaure un régime dans lequel le majeur peut faire le choix d'être assisté d'un avocat, permettant de trouver un juste équilibre entre le droit d'accès au juge et l'autonomie de cette personne, dans le respect du droit à un recours effectif* ».

Appelée à statuer ensuite sur le fond de l'affaire, la Cour de cassation était invitée à répondre au moyen qui soutenait que le « *principe d'égalité des armes, composante essentielle*

du droit au procès équitable, **impose l'assistance obligatoire d'un avocat** ou, à tout le moins, **la délivrance d'une mise en garde sur sa nécessité**, lorsqu'il existe des raisons de penser que l'une des parties au litige n'est pas à même de défendre seule ses intérêts et de s'aviser de la nécessité de recourir à un conseil ; qu'en renouvelant néanmoins la mesure de tutelle de Mme D. pour une durée de dix ans à la demande de son tuteur, au regard d'un seul rapport d'expertise produit par ce dernier, sans que l'intéressée ait bénéficié de l'assistance d'un avocat et ait ainsi été mise en mesure de connaître et faire valoir ses droits, notamment celui de solliciter une contre-expertise, ou à tout le moins mise en garde sur la nécessité de l'assistance d'un avocat, la cour d'appel a violé l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme» .

Par son arrêt : **1e Civ., 27 janvier 2016, pourvoi n° 15-11.002**, publié avec ce sommaire : « un majeur protégé, qui n'a pas été assisté d'un avocat lors de l'instance relative au renouvellement de la mesure de protection prise en sa faveur, n'est pas privé des droits tirés de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales **dès lors qu'il a été informé de son droit à faire le choix d'un avocat ou à demander à la juridiction saisie que le bâtonnier lui en désigne un d'office**, qu'il a comparu sans user de cette faculté, a fait valoir ses observations et défendu ses intérêts », la Cour de cassation s'est appuyée sur la teneur de l'article 1214 du code de procédure civile pour rejeter le pourvoi :

« Mais, attendu qu'il résulte des productions ²⁹ que la convocation adressée à Mme D. l'a informée de son droit à faire le choix d'un avocat ou à demander à la juridiction saisie que le bâtonnier lui en désigne un d'office, et des énonciations de l'arrêt que Mme D. a comparu **sans user de cette faculté ³⁰**, qu'elle a fait valoir ses observations et qu'elle a défendu ses intérêts ; que, dès lors, l'intéressée n'a pas été privée des droits tirés de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que le moyen n'est pas fondé. »

Ainsi, le majeur protégé, **dûment informé**, notamment, de son droit de demander à la juridiction qu'elle saisisse le bâtonnier afin qu'il lui désigne un avocat d'office, **mais qui choisit de ne pas user de cette faculté**, ne subit aucune atteinte à son droit d'accès effectif à un tribunal en ce qu'il a finalement **choisi de comparaître seul** pour faire valoir ses observations et défendre ses intérêts, **alors qu'il savait pouvoir compter sur une désignation d'office** si d'aventure un impondérable quelconque l'empêchait de trouver un avocat avec ses seules forces.

Il est bien évident que le choix de ne pas bénéficier du droit de demander la désignation d'un avocat d'office présuppose que le majeur protégé a été préalablement informé de l'existence du droit en question. Car le non-exercice d'un droit qu'on ignore est le résultat de l'ignorance, et non celui du choix de ne pas exercer ce droit.

Commentant le dernier arrêt cité rendu le 27 janvier 2016, la doctrine ³¹ a observé qu'au travers du moyen développé, « l'on reconnaît ici aisément l'argumentaire défendu par un certain nombre d'avocats spécialistes de la matière » ³² mais a relevé que « la tentative se résume néanmoins à un coup d'épée dans l'eau, la Cour de cassation considérant que la seule information du droit à choisir un avocat ou à demander à la juridiction saisie que le bâtonnier lui en désigne un d'office suffit à satisfaire aux exigences du procès équitable.

La réponse est plutôt sèche, même si elle peut se justifier au regard du droit positif (les textes du code de procédure civile n'exigent évidemment pas la présence obligatoire de l'avocat, V. CPC, art. 1214). Car, au-delà des arguments d'opportunité bien soulignés par les avocats (nécessité d'assistance encore plus flagrante pour un majeur vulnérable, incohérence par rapport à la présence obligatoire de l'avocat en matière d'hospitalisation sans consentement et information trop tardive du droit à être assisté d'un avocat), la nécessaire présence d'un avocat peut judicieusement se défendre sur le fondement du principe d'égalité des armes, précisément invoqué

par le moyen au pourvoi. L'égalité des armes a été définie par la Cour européenne des droits de l'homme comme « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause [...] dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (CEDH, 27 octobre 1993, n° 14448/88, *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas* (...)). Or, la possibilité laissée au majeur protégé ou à protéger, présentant par définition une altération de ses facultés, de se défendre seul est-elle vraiment « raisonnable » ? Le majeur est-il en mesure de comprendre l'intérêt pour lui de recourir à un avocat afin de ne pas être désavantagé, notamment face à un ministère public bien plus au fait des règles de droit qu'il ne le saurait être ? Pour être tout à fait objectif, toutefois, il nous semble que l'assistance obligatoire par un avocat n'est véritablement imposée par la jurisprudence européenne qu'en tant que composante des droits de la défense (CEDH, 24 nov. 1993, n° 13972/88, *Imbrioscia c/ Suisse*.- Le Conseil constitutionnel va dans le même sens, par ailleurs, *V. Cons. const.*, 20 janv. 1981, n° 80-127 DC (...)). Or, les droits de la défense ne sont applicables qu'aux mesures ayant le caractère de sanction que cela soit en matière pénale, disciplinaire ou autre (ce qui rejoint l'idée de « matière pénale », telle qu'elle est développée par la Cour européenne des droits de l'homme) et il nous semble difficile de soutenir que le placement sous une mesure de protection juridique est une sanction... même si elle peut être vécue bien sûr comme telle par les principaux concernés. Le fait que ces mesures de protection soient « susceptibles de voir restreindre l'exercice de leurs libertés individuelles »³³ pourrait-il suffire à justifier cette obligation d'être assisté ou représenté par un professionnel ? L'argument a suffi, par exemple, en matière d'hospitalisation³⁴ sans consentement, alors pourquoi pas ? Telle n'est cependant pas à ce jour la position de la Cour de cassation, ainsi que le montre, on ne peut plus clairement, l'arrêt commenté. »

S'agissant de l'information à donner au majeur protégé de la possibilité qui lui est offerte de consulter son dossier au greffe, la Cour de cassation a censuré l'arrêt qui avait prononcé une mesure de protection en l'absence de communication de l'avis correspondant : **1e Civ., 18 novembre 2015, pourvoi n° 14-28.223, publié** : « *Violent les articles 16 et 1222-1 du code de procédure civile la cour d'appel qui prononce une mesure de curatelle sans qu'il ressorte, ni des énonciations de l'arrêt, ni des pièces de la procédure, que le majeur protégé, qui n'était pas assisté lors de l'audience, ait été avisé de la faculté qui lui était ouverte de consulter le dossier au greffe, dès lors qu'en l'absence de tels éléments, il n'est pas établi que l'intéressé ait été mis en mesure de prendre connaissance, avant l'audience, des pièces présentées à la juridiction, partant de les discuter utilement.* » (sommaire)

On citera encore une affaire où une partie n'avait pas été convenablement informée, dès sa première audition par le juge des enfants, de son droit d'être assisté par un avocat, au besoin désigné d'office. Elle avait fait valoir des moyens de défense au fond, ultérieurement, puis s'était prévalu de l'irrégularité de l'avis qui lui avait été donné. Les juges du fond avaient considéré que l'irrégularité avait été couverte mais la Cour de cassation les a censurés, dès lors qu'il leur appartenait de rechercher si la partie concernée connaissait l'existence de l'information ayant été omise, au moment où elle avait présenté sa défense au fond : **1e Civ., 15 janvier 1991, pourvoi n° 89-05.003, publié** avec ce sommaire : « *Il incombe aux juges du fond, devant lesquels une partie invoque la nullité d'un acte de procédure, de rechercher si l'exception de nullité, bien que soulevée après que cette partie eut, postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir des défenses au fond, n'est pas recevable compte tenu de la date à laquelle ladite partie a eu connaissance du fait entraînant la nullité dont elle se prévaut* »

*

En l'espèce, la cour d'appel a ordonné une **mesure d'expertise** par un arrêt du 22 juin 2022, rendu avant dire droit, après avoir énoncé, notamment :

- que bien que convoquée à deux reprises pour être entendu par le juge des tutelles, Mme [J] n'a pas comparu ;

- que bien que le certificat médical du docteur M. conclut à la mainlevée de la mesure, il ressort de ses constatations que Mme [J] présente une altération de ses facultés cognitives et comportementales sur un fond de trouble de la personnalité et reste vulnérable à l'action des tiers éventuellement malveillants et surtout par rapport à la gestion de ses propres pulsions;
- que les indications de l'AREAMS sont les mêmes pour conclure au maintien de la mesure.
- que dans ces circonstances, il est de l'intérêt de la majeure protégée d'ordonner, avant dire-droit, une expertise médicale confiée à un médecin habilité à examiner les personnes susceptibles de faire l'objet d'une mesure de protection afin de s'assurer de la réalité des facultés de Mme [J] et de déterminer, le cas échéant, la nature de la mesure de protection la plus appropriée à sa situation.

L'expert a déposé son rapport le 26 avril 2023.

Dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel indique que « *les parties ont été convoquées à l'audience du 21 septembre 2023 dans les formes prévues par les articles 1244 et 1244-1 du code de procédure civile* » .

La cour d'appel ajoute « *qu'à l'audience, elle a donné connaissance des termes de ce rapport* », et précise que « *Mme [J], comparante en personne, maintient son appel et demande une mainlevée totale de la mesure de protection.* »

Il ressort des productions que la convocation adressée à Mme [J] pour l'audience du 21 septembre 2023 n'a pas retranscrit l'information prévue par l'article 1214 du code de procédure civile, s'agissant de la possibilité de solliciter la désignation d'un avocat d'office.

La convocation contient en effet les seules informations suivantes, dans un encadré:

« Article 931 du code de procédure civile : « *Les parties se défendent elles-mêmes. / Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter selon les règles applicables devant la juridiction dont émane le jugement. / Le représentant doit, s'il n'est avocat, justifier d'un pouvoir spécial.* »

Article 1222-1 du code de procédure civile : « *A tout moment de la procédure, le dossier peut être consulté au greffe de la juridiction qui le détient, sur demande écrite et sans autre restriction que les nécessités du service, par le majeur à protéger ou protégé, le cas échéant, par son avocat ainsi que par la ou les personnes chargées de la protection. / 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.»»*

La seule information donnée à Mme [J] de son droit d'être assistée par un avocat, ce qui vaut pour n'importe quel justiciable, **n'emportait pas information donnée sur la possibilité de bénéficier de la désignation d'un avocat d'office**, ce qui ne vaut que pour certains justiciables en particulier, tels les majeurs protégés, en vertu de l'article 1214 du code de procédure civile.

Cette absence d'information sur un droit essentiel pour sauvegarder l'équilibre de la procédure initiée par la requérante à fin de mainlevée de la mesure de protection la concernant, paraît faire nécessairement grief à cette partie.

Il en résulte que **le premier moyen de Mme [J] apparaît être suffisamment sérieux** pour justifier que le rapporteur se dispense d'autres développements sur les deux autres moyens de cassation présentés par Mme [J], qui sont subsidiaires.

Un rapport complémentaire serait déposé si la conférence devait en faire la demande.

¹ Arrêt page 3, §1. Cela correspond à la durée de 40 ans.

² S.Thouret, Defrénois, 30 janvier 2009 n° 2, page 185 ; V. Norguin, D. 2011. 1842. Cf. l'article 428 du code civil .

³ RTD Civ. 2009 p.681 *La revanche européenne du plaideur compulsif frappé d'incapacité*.

⁴ Cette convention , adoptée le 13 décembre 2006 par l'Assemblée générale des Nations Unies, compte aujourd'hui 186 Etats Parties. Ratifiée par la France, la Convention et son protocole sont entrés en vigueur le 20 mars 2010. Cf. le décret n° 2010-356 du 1^{er} avril 2010 *portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble un protocole facultatif), signée à New York le 30 mars 2007* . Le gouvernement français a désigné le Défenseur des droits comme mécanisme indépendant chargé du suivi de l'application de la convention (article 33.2.).

⁵ Chtoukaturov c. Russie, § 72 et Salontaji-Drobnjak c. Serbie § 127.

⁶ Chtoukaturov c. Russie, § 71. Cette affirmation reconnaît la nécessité de garanties de procès équitable telles qu'énoncées à l'article 6 dans les procédures concernant la capacité juridique.

⁷ En ce sens, le droit, pour un majeur protégé, de se voir désigner un avocat d'office est un aménagement procédural qui tend à rendre effectif son assistance par un avocat, dans un contentieux qui peut être technique, s'agissant, notamment, d'apprécier la valeur et la portée des certificats médicaux et rapports d'expertise qui le concernent.

⁸ Mme le conseiller Capitaine (Cour de cassation, Avis du 20 juin 2011, [pourvoi n° 11-00.004](#)),

analysant la procédure relative à la protection des majeurs, rappelait, dans son rapport (cité par le conseiller rapporteur de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt : 1e Civ., 27 janvier 2016, pourvoi n° 15-11.002)

que « *la procédure est **en principe** gracieuse, puisqu'elle ne vise pas, a priori, à régler une situation litigieuse, mais à mettre en place une protection* » et qu'il ne s'agit pas d'un procès civil contentieux. »

Dans l'affaire pourvoi n° 15-11.002 l'avocat général indiquait notamment (page 5) : « *Accompagnement éventuel [par l'avocat] dit le législateur, démontrant bien le cadre gracieux de la procédure, dans laquelle l'accompagnant, avocat ou autre peut être présent pour aider à la compréhension, voire à l'acceptation de la mesure. Mais ce n'est qu'une faculté ouverte, le libre arbitre de la personne à protéger étant a priori considéré comme total et donc lui permettant le discernement suffisant. **Toutefois, la personne doit être informée de son droit à une assistance par un avocat dans l'acte de convocation à l'audience** .* » A ce dernier titre, la teneur de l'article 1214 du code de procédure civile était rappelé, dans l'avis.

⁹ La doctrine explique que les personnes protégées ressortissant très souvent de l'aide juridictionnelle, ce sont des contingences financières qui ont écarté leur assistance obligatoire par un avocat (M.Thierry Fossier, JCP Ed G, n° 51, 17 Décembre 2008, act. 732 ; S.Thouret, Defrénois, 30 janvier 2009 n° 2, P. 185 ; M.F. Moureau, AJ Famille 2009 p. 12)) Mme Pécaut-Rivolier et M. Thierry Verheyde ont déploré l'assistance seulement facultative du majeur vulnérable par un avocat et, « *à défaut d'une assistance obligatoire, un peu lourde dans les situations où la nécessité d'une mesure de protection n'est contestée par personne*», ils indiquaient qu' « *une solution intermédiaire (aurait convenu à tous) : assistance obligatoire de l'avocat lorsque le juge des tutelles, dans un des cas prévus par la loi, n'a pas pu auditionner le majeur lui-même, et assistance facultative dans les autres situations* » (AJ Famille 2007 p. 208).

¹⁰ La CDPH envisage expressément la nécessité de mettre en place de tels aménagements procéduraux.

¹¹ Cette « faculté de » n'est pas un « droit à » dès lors que ce texte ne prévoit pas la désignation d'office de l'avocat, dans l'hypothèse où le justiciable se heurterait à des difficultés pour en trouver lui-même un.

¹² M. Diégo Pollet, in AJ fam. 2014. page 165.

¹³ **Par l'Etat**, pour permettre l'intervention rapide et effective de l'avocat, sans l'interférence d'une problématique touchant au règlement des honoraires. Mais si le justiciable ne relève pas de l'aide juridictionnelle, cette rétribution n'est qu'une avance qu'il devra rembourser au Trésor public.

¹⁴ L'Etat rétribue l'avocat commis d'office, dans certains cas, pour s'assurer que sa présence, dans les cas où elle est la plus impérieuse, ne puisse pas être remise en cause pour une problématique touchant au non règlement de ses honoraires. Car dans l'hypothèse où l'avocat désigné d'office n'a pas un tel droit à rétribution, il est en droit de conditionner son intervention au bon paiement de ses honoraires par le justiciable qui ne bénéficie pas de l'aide juridictionnelle.

¹⁵ Ce texte envisage l'hypothèse où l'information n'a pas été donnée avant l'audience et résout la difficulté en précisant que l'information peut être donnée à l'audience. Cette résolution de la difficulté est possible car **le président lui-même dispose du droit de désigner un avocat d'office**. Tel n'est pas le cas en matière civile où ce pouvoir ne peut être exercé qu'avant l'audience, par le bâtonnier. Cf. L'article 1214 du code de procédure civile, notamment.

¹⁶ On voit que « l'infirmité » conduit à une protection accrue. On retrouve, là encore, la nécessité d'aménager spécialement la procédure pour les personnes affectées d'une « infirmité ». Cette « infirmité » n'a toutefois pas conduit à rendre l'assistance par avocat obligatoire en matière de tutelles, où les enjeux, pour la liberté d'aller et de venir du majeur protégé, sont certes moindres que lorsqu'il est poursuivi devant un tribunal correctionnel. Le bon exercice des droits de la défense, devant un tel tribunal, est plus particulièrement prégnant.

¹⁷ L'assistance par avocat étant alors obligatoire, l'avocat devrait pouvoir bénéficier de la rétribution par l'Etat prévue à l'article 19-1.

¹⁸ En matière de protection civile des majeurs protégés, il n'est pas prévu que l'information puisse être utilement donnée à l'audience. **Car ce n'est pas le président d'audience qui peut procéder à la désignation d'office de l'avocat**, mais le bâtonnier, qui doit statuer dans le délai de 8 jours imparti par la loi pour permettre que l'assistance du majeur protégé par l'avocat soit effective au jour de l'audience. On pourrait donc seulement concevoir qu'après une convocation irrégulière, le président d'audience donne la bonne information au justiciable et l'invite à se positionner sur la désignation d'office d'un avocat, en renvoyant l'affaire, le cas échéant, pour laisser le temps au bâtonnier de désigner un avocat.

¹⁹ Lorsque le droit d'être assisté par un avocat est prévu, ce droit est toujours rappelé dans la convocation à l'audience du bénéficiaire de ce droit.

²⁰ Ce texte prévoit qu'en plus de l'information écrite sur le droit à l'assistance d'un avocat (dans la convocation), une information orale est donnée par le juge. Si, lors de l'audition où l'information est donnée, le justiciable demande à bénéficier d'un avocat désigné d'office, l'audition devrait alors être reportée.

²¹ L'article R. 3211-5 du code de la santé publique prévoyait, au dernier alinéa, qu'un avis donné à la personne hospitalisée l'informait « de son **droit de choisir un avocat ou de demander au juge d'en désigner un d'office**. Elle est informée que les honoraires seront à sa charge sauf si elle remplit les conditions pour obtenir l'aide juridictionnelle. » Cet article concordait avec l'article L.3211-12-2 du code de la santé publique (csp) qui, **dans sa rédaction issue de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011**, ne prévoyait pas l'assistance obligatoire du patient par un avocat : « A l'audience, la personne faisant l'objet de soins psychiatriques est entendue, **le cas échéant** assistée de son avocat ou représentée par celui-ci. Si, au vu d'un avis médical, des motifs médicaux font obstacle, dans son intérêt, à son audition, la personne est représentée par un avocat choisi ou, à défaut, commis d'office. »

Et c'est parce que l'assistance par avocat n'est pas encore obligatoire, que celui-ci ne pouvait pas prétendre à une rétribution par l'Etat dans l'hypothèse où le justiciable ne relevait pas de l'AJ.

C'est la **loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013** qui, par son article 6, a modifié l'article L. 3211-12-2 du csp en prévoyant : « *A l'audience, la personne faisant l'objet de soins psychiatriques **est entendue, assistée ou représentée par un avocat choisi, désigné au titre de l'aide juridictionnelle ou commis d'office**. Si, au vu d'un avis médical motivé, des motifs médicaux font obstacle, dans son intérêt, à son audition, la personne est représentée par un avocat dans les conditions prévues au présent alinéa.* »

L'assistance seulement « le cas échéant » a ainsi disparu. **Elle est devenue obligatoire depuis le 1^{er} septembre 2014** (date d'entrée en vigueur de l'article 6 de la loi de 2013 précitée). L'article R. 3211-13 du csp, qui a remplacé l'article R. 3211-5, reflète cette modification. Depuis lors, l'avocat désigné d'office en matière de soins psychiatriques bénéficie d'une rétribution par l'Etat si même le justiciable ne relève pas de l'aide juridictionnelle (cf. l'article 19-1, 1° de la loi de 1991).

²² L'assistance par avocat est, depuis le 1^{er} septembre 2014, devenue obligatoire. Cf. la note de bas de page précédente.

²³ Article 5, § 4 de la CEDH : « **Toute personne privée de sa liberté** par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

²⁴ L'assistance par avocat étant obligatoire, logiquement, l'article 19-1 a prévu la rétribution de l'avocat à titre d'avance par l'Etat.

²⁵ Il n'est plus indiqué que la personne hospitalisée « *est informée que les honoraires seront à sa charge sauf si elle remplit les conditions pour obtenir l'aide juridictionnelle* » (dixit l'ancien article R. 3211-5 du code de la santé publique). On en connaît les raisons. L'assistance par avocat étant devenue obligatoire, l'avocat commis d'office est désormais rétribué par l'Etat (article 19-1, 1° de la loi sur l'aide juridictionnelle). Cf. la note de bas de page n° 21, déjà, à ce sujet.

²⁶ Cf. la note de bas de page n° 21. On ne peut manquer d'observer une protection accrue du justiciable en situation de faiblesse, sous la poussée du droit européen et international.

²⁷ Cela semble signifier que l'avocat ne serait pas rétribué par l'Etat, au titre des exceptions figurant à l'article 19-1 de la loi sur l'aide juridictionnelle. N'y aurait-il pas là un vice rédactionnel ? Cela ne pourrait-il pas poser problème en cas de problématique d'honoraires **alors que l'assistance par avocat est obligatoire**. Le texte pourrait-il être compris comme informant seulement le majeur protégé que même si l'avocat est rétribué à titre d'avance, par l'Etat, il devra *in fine* rembourser le Trésor public s'il ne peut pas prétendre à l'aide juridictionnelle, ainsi que le prévoit l'article 19-1 de la loi sur l'aide juridictionnelle ? On a vu précédemment que les textes ont été autrement rédigés quand, en matière de soins sans consentement, l'on est passé d'une assistance facultative à une assistance obligatoire par avocat. Cf. la rédaction différente des articles R. 3211-5 et R. 3211-13 du code de la santé publique.

²⁸ *Chtoukaturov c. Russie*, § 71. Cette affirmation reconnaît la nécessité de garanties de procès équitable telles qu'énoncées à l'article 6 dans les procédures concernant la capacité juridique.

²⁹ La Cour de cassation s'est assurée que la convocation était régulière en la forme.

³⁰ Il faut que la partie au profit de qui la faculté existe en ait été informée pour qu'on puisse juger topique ensuite qu'elle ne l'exerce pas.

³¹ « *De ce qu'implique ou non l'exigence de procès équitable dans la procédure relative à la protection des majeurs* » par Mme Ingrid Maria, *Droit de la famille* n° 3, Mars 2016, comm. 65

³² Cf. en dernier lieu, la *Lettre ouverte aux femmes et hommes de bonne volonté : pour la présence obligatoire de l'avocat auprès des majeurs protégés* par V. Montourcy et F. Fresnel, Gaz. Pal. 12 janv. 2016, n° 2, p. 14.

³³ V. Montourcy et F. Fresnel, *op. cit.*, n° 4

³⁴ Il y a enfermement physique dans une structure. La situation est très différente en matière de tutelles.