

Consentir sous tutelle¹

Benoît Eyraud et Pierre A. Vidal-Naquet

Introduction

Depuis quelques décennies, la place accordée à la personne et à son consentement est devenue une préoccupation essentielle des institutions sanitaires et sociales. Ainsi en est-il du rôle qui est laissé au malade dans la relation de soins², de celui qui est accordé à l'usager dans l'action sociale³. Les mesures de compensation du handicap doivent désormais s'appuyer sur les projets de vie tels que les expriment les personnes handicapées⁴. Un tel souci ne paraît pas se dissiper, même quand la personne ne dispose plus de toutes ses facultés et n'est plus en mesure de manifester sa volonté. Serait-elle sous tutelle et par conséquent « incapable », la personne tend aujourd'hui, malgré tout, à être convoquée pour être entendue.

Cette attention accordée au consentement prend place dans un débat classique entre deux conceptions de la personne humaine. Ainsi, aux tenants d'une approche « subjective » de la personne s'opposent les tenants d'une conception « anthropologique » de celle-ci.

Selon la première approche, c'est l'autonomie du sujet qui est mise en avant, à savoir, sa capacité d'autodétermination, « son pouvoir de soi sur soi »⁵. En tant qu'il est l'expression de la volonté de la personne, le consentement donné est ici central pour reconnaître la légitimité des engagements. Autrement dit, exprimé formellement, le consentement est réputé être aussi, et indissociablement, personnel.

Selon la seconde approche, c'est la dignité de la personne qui est première et qui relativise par conséquent la portée de l'autodétermination⁶. Celle-ci peut être en effet disqualifiée, dès lors qu'elle porte atteinte à la dignité humaine ou à l'intégrité de soi. L'expression du consentement ne suffit donc pas à apprécier la légitimité d'une action. Encore faut-il que ce consentement soit

¹ Cet article s'appuie sur des travaux menés dans le cadre d'une recherche soutenue par l'IReSP (Programme « Le handicap, nouvel enjeu de santé publique »), et d'une thèse en cours réalisée par Benoît Eyraud sur l'expérience vécue des majeurs protégés, sous la direction d'Alain Cottureau (CEMS/EHESS).

² Loi du 4 mars 2002 relative au système de soins et au droit des malades.

³ Loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

⁴ Loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

⁵ Cette position est notamment défendue avec vigueur par Oliver Cayla dans son analyse de l'arrêt Perruche : « Etre un homme, c'est être un individu libre (par contraste avec la nature animale ou végétale où les individus ne semblent pas être dotés de la même capacité à l'autonomie, c'est-à-dire au gouvernement de soi par soi), être un homme consiste dans l'exercice de cette liberté, et le droit que la nature humaine confère à l'individu s'analyse nécessairement comme un pouvoir de soi sur soi. » Cf. Cayla (O.), Thomas (Y.), *Du droit de ne pas naître*, Gallimard, 2002.

⁶ Cette position est défendue notamment par Michela Marzano, qui insiste sur la prise en compte du contexte situationnel : « les circonstances influencent toujours les demandes qu'on formule, les attentes qu'on a, les réponses qu'on souhaite. » Marzano (M.), *Je consens donc je suis...*, PUF, Paris, 2006, p.112.

« éclairé » c'est-à-dire qu'il intègre les impératifs liés à la dignité⁷. Il y a bien lieu alors de dissocier le consentement formel d'une part, et le consentement personnel d'autre part, dans la mesure où ce dernier n'est pas toujours informé.

En proposant de placer la personne au centre, les politiques publiques ne tranchent pas entre ces deux conceptions. Elles tentent plutôt, de façon pragmatique, de les tenir ensemble dans de nombreux domaines, y compris dans ceux où le sujet est réputé ne pas jouir de toutes ses facultés. Là encore se manifeste le souci de connaître et de recueillir le consentement des personnes. Tel est le cas, en particulier, dans le champ tutélaire alors même que les mesures de protection portent atteinte aux possibilités de consentir de la personne vulnérable. Or, à la faveur d'une réforme en cours, un nouveau consensus se profile autour de l'enjeu qu'il y a désormais à prendre en compte « les droits et la volonté de la personne vulnérable ». Afin de « protéger sans jamais diminuer », selon les termes de l'un des inspirateurs de la réforme⁸, il s'agit certes d'accroître la protection des personnes, mais en même temps de promouvoir leur autonomie et leurs capacités de consentement.

Cette superposition du souci de l'autonomie et de la dignité de la personne⁹ s'opère au travers d'une transformation de l'équilibre entre la place donnée à la personne de droit, et celle donnée à la personne naturelle, concrète. Une place plus grande est ainsi donnée à la personne concrète, impliquant une transformation des scènes où ses capacités sont évaluées et où son consentement personnel est validé. La transformation est d'importance : la prise en compte de la personne concrète, qui renvoie à l'individu empirique est très vaste, recouvrant de multiples réalités du quotidien. La mesure de protection de la personne semble s'ouvrir aux multiples réalités vécues quotidiennement par le majeur protégé : avoir des liaisons sexuelles, changer d'habitat, suivre ou non un traitement médical, vouloir aller au restaurant, sortir de chez soi, partir en vacances, avoir une cuisinière au gaz, fumer, faire sa toilette de telle façon, quitter le magasin sans payer...

L'interrogation se précise alors. Le déplacement du souci vers la personne concrète permet-il effectivement d'assurer simultanément son autonomie et sa protection ? Dit autrement, la multiplication des scènes où est interpellé le consentement personnel suffit-elle à garantir les principes énoncés ?

Pour répondre à ce problème, un choix méthodologique a été opéré. C'est en observant des scènes où est sollicité un consentement concernant la personne concrète que pourra être évaluée la mise en œuvre des principes généraux promus. Pour cela nous avons donc choisi d'analyser en profondeur deux situations significatives du travail tutélaire éclairant le déplacement de la protection des biens vers celle de la personne elle-même. Il importe cependant

⁷ Selon cette approche, la servitude librement consentie est inacceptable car elle porte atteinte à la dignité humaine.

⁸ Fossier (Th.), « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans diminuer ». Defrénois, 2005, article 38075, p.3.

⁹ Suite à la loi du 7 mars 2007, l'article 415 du futur code civil stipule que « les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état rend nécessaire. (...) Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux, et de la dignité. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. »

de revenir un moment sur la question du consentement telle qu'elle se pose actuellement dans le droit tutélaire.

1. Le consentement dans le droit tutélaire

Les mesures de tutelle ou de curatelle visent à protéger les personnes civilement majeures reconnues comme incapables d'assurer elles-mêmes leur protection : « *un majeur doit être protégé par la loi quand une altération de ses facultés personnelles le met dans l'impossibilité de pourvoir seul à son intérêt* »¹⁰. Ces mesures, fruit d'une décision de justice, ont pour effet de réduire les capacités juridiques de la personne concernée. Placée sous mesure de protection, celle-ci perd son aptitude à être titulaire de certains droits et obligations et à les exercer. Cette limitation est compensée par la nomination d'un représentant ou d'un conseiller, qui est investi du pouvoir d'exercer des droits et de respecter des obligations à la place de la personne reconnue comme vulnérable¹¹.

1.1. La protection des biens

Ainsi, en transférant à un mandataire la charge de représenter ou d'assister¹² la capacité juridique défaillante, les dispositions de protection déplacent le sujet du consentement. En effet, la validité de l'acte juridique d'un majeur sous tutelle n'est plus assurée par le consentement de ce dernier, mais bien plutôt par celui de son mandataire. Autrement dit, la volonté propre de la personne protégée – son consentement personnel – n'est pas nécessaire à l'exercice de certains droits et obligations. Seul importe le consentement dit « formel » de son tuteur qui se substitue à elle.

Si une telle représentation est rendue possible, c'est que la personne fait l'objet d'une certaine dissociation quand bien même celle-ci est présente dans l'action. D'un côté, on considère que la personne est dotée d'une volonté certes propre mais altérée ; d'un autre côté, on prend en compte qu'elle est détentrice de biens. Parce que les biens et la volonté ne se confondent pas, la représentation des biens de la personne ne se heurte à aucune difficulté. Dans ce cas, le pouvoir donné au tuteur est exactement de la même nature que celui qui est octroyé par une personne à une autre lorsque celle-ci désigne un mandataire chargé d'agir en son absence.

En revanche, cette opération est beaucoup plus problématique quand les actes engagent non pas les biens de la personne, mais la personne elle-même. Sauf pour de très rares exceptions, la doctrine juridique ne reconnaît la délégation de pouvoir que pour les objets patrimoniaux. Il semble donc difficile d'attribuer au mandataire d'une mesure quelque pouvoir que ce soit sur la

¹⁰ Article 489 du code civil, remplacé depuis le 7 mars 2007 par l'article 425, entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2009 : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique. »

¹¹ La désignation « incapables majeurs » est remplacée avec la loi de mars 2007 par celle de majeurs « vulnérables ».

¹² Les mesures de tutelle sont des mesures de représentation alors que les curatelles sont des mesures d'assistance et de contrôle. Si cette distinction est très importante juridiquement, elle l'est beaucoup moins dans la pratique, exceptée pour les curatelles allégées. La plupart des mesures de curatelle permettent en effet des formes de représentation concernant la gestion des revenus courants des majeurs protégés. Inversement, les pouvoirs attribués au tuteur ou au curateur diffèrent en pratique peu en ce qui concerne la protection de la personne.

personne du majeur vulnérable. Celui-ci n'est donc en principe protégé que par l'intermédiaire de ses biens.

1.2. « En matière personnelle »

Toutefois, le pouvoir de protection semble s'étendre aujourd'hui à la personne elle-même. Ainsi, dans un arrêt rendu le 18 avril 1989, la Cour de Cassation reconnaît que « *les régimes civils d'incapacité ont pour objet d'une manière générale de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable* »¹³. Ainsi, selon cet arrêt, les biens de la personne et la personne elle-même ne sont plus détachés. La protection s'étend à la personne dans son ensemble.

Cette extension de la protection en direction de la personne concrète est en fait une opération complexe. Elle se traduit en particulier par un double mouvement. D'un côté en effet la protection consiste à préserver voire élargir les capacités « naturelles » de la personne malgré l'incapacité « de droit » qui la frappe¹⁴. D'un autre côté, la protection s'actualise au travers d'un contrôle plus étendu qui est donné au mandataire chargé de veiller à la sécurité de la personne vulnérable.

L'élargissement des capacités naturelles

On peut constater en premier lieu une évolution sensible de la doctrine juridique puis de la législation dans le sens d'une réduction de l'étendue de l'incapacité juridique. Ainsi ce commentaire de l'arrêt du 18 avril 1989 qui plaide en faveur d'une plus grande reconnaissance de la parole de la personne sous tutelle : « Certes le régime de protection a pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection des personnes comme des biens de l'incapable. (...) l'incapacité est, certes, assez bienvenue quand il s'agit du patrimoine (...) ; mais elle se révèle parfois malheureuse *en matière personnelle*, car là, nul ne peut avoir de meilleurs critères que l'intéressé lui-même, s'il est en état de juger (...). La personne qui doit parler pour l'incapable, c'est d'abord le majeur protégé lui-même, s'il le peut. »¹⁵

Selon un autre auteur, « en matière personnelle, le principe devrait être de la primauté du consentement de la personne et de la subsidiarité de l'incapacité, principe qu'une réforme pourrait heureusement préciser »¹⁶. L'accent mis ici sur la primauté du consentement de la personne

¹³ Cass. 1^{ère} civ., 18 avril 1989.

¹⁴ L'incapacité « de droit » consiste en une présomption d'incapacité « naturelle » à consentir à un acte juridique. Cette présomption d'incapacité implique la nécessité d'une protection continue. Mais cette présomption ne doit pas être irréfragable ne serait-ce que pour mettre fin au régime de protection. Ce sont bien les modalités de la limitation de la présomption d'incapacité qui sont au cœur de la notion de « protection de la personne ». Pour une présentation générale des enjeux juridiques relatifs à la capacité dans le droit français. Cf. Carbonnier (J.), *Droit civil, Introduction*, PUF, Paris, 2004 ; Massip (J.), *Les incapacités*, Defrénois, Paris, 2002 ; Betaillolle-Gonthier (F.), « La capacité naturelle », thèse de droit, Université Bordeaux 4, 1999, Portefaix (M.), « Le parent incapable », thèse de droit, Université Lyon 3, 2006

¹⁵ « L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle. », par Jean-Pierre Gridel, conseiller à la cour de cassation. cf. <http://www.courdecassation.fr/article5853.html>

¹⁶ Hauser (J.), *Revue trimestrielle de droit civil* 1996, 878, cité par Gridel (J.P.), *op. cit.*

vulnérable vise à réduire la présomption d'incapacité contenue dans la reconnaissance juridique de l'incapacité de droit.

Dans ce contexte, la protection de la personne n'a plus seulement comme objectif de restreindre l'exercice des droits de la personne. Elle consiste aussi à la protéger contre une réduction excessive de ses droits.

C'est donc une véritable limitation de la présomption d'incapacité, en ce qu'elle a de continue, qui est énoncée. Ceci a une double conséquence. D'une part les réévaluations régulières de l'incapacité présumée de la personne sont rendues possibles ; d'autre part, le consentement est recherché dans des domaines où, jusqu'à présent, il ne l'était pas.

Ces possibilités seront confirmées par la loi de mars 2007 qui rend obligatoire la révision des mesures tous les cinq ans¹⁷ et qui réaffirme le droit de la personne protégée à agir par elle-même : « *Art. 459 du futur code civil.* – La personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. »

Ce premier mouvement consiste donc à considérer le principe de « protection de la personne » comme une extension de ses capacités à agir et à consentir. Il introduit le principe de la réversibilité en facilitant la suspension des mesures chaque fois que possible.

L'extension du pouvoir de contrôle des mandataires

En contrepoint de cette première tendance qui insiste sur le respect de l'autonomie de la personne comme principe général, se profile un autre mouvement qui va plutôt dans le sens d'une restriction des capacités et du consentement de la personne vulnérable. Lorsque le principe général ne peut s'appliquer, notamment parce que la personne sous protection ne peut exprimer sa volonté, le législateur prévoit cette fois-ci une extension du pouvoir octroyé à un tiers en matière de tutelle.

La réforme de 2007 est de ce point de vue catégorique, même si la formulation du principe est entourée de très nombreuses précautions et limites à son application. L'article 459 dont le premier alinéa a déjà été cité, continue comme suit : « La personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, (...) 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. (...) *Dans tous les cas, la personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection rendues nécessaires par le danger auquel il s'exposerait, du fait de son comportement.* »

Ainsi, le mandataire peut agir sur la personne du majeur à l'encontre de son consentement non seulement en matière patrimoniale, mais aussi « en matière personnelle ». Le pouvoir octroyé au mandataire est donc élargi. Du moins, dans le principe.

¹⁷ Article 7 de la loi révisant le chapitre 11, titre, 1^{er} du code civil. Article n°441 du futur code civil : « Le juge fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse excéder cinq ans. »

Dans la réalité, il n'est pas donné véritablement de nouveaux pouvoirs au mandataire. Celui-ci ne peut contraindre la personne vulnérable à agir « en matière personnelle », l'intégrité corporelle de celle-ci devant d'abord et avant tout être préservée. Au-delà du principe, c'est donc davantage une incitation qui est exprimée dont la visée semble essentiellement « éducative ». Il s'agit certes de protéger la personne vulnérable, mais aussi de l'accompagner vers la levée de sa mesure de tutelle et vers son émancipation.

1.3. La pratique des juges

Cet effort pour laisser une place à la personne concrète est fortement visible dans la pratique des juges. La place qu'ils donnent aux auditions des personnes dont une mesure est en instruction, ou déjà protégées, est ainsi très significative de cette recherche de faire une place au consentement personnel, alors que les juges n'en ont pas juridiquement besoin pour prononcer leur décision.

Quelques exemples permettent d'illustrer ce souci des juges à consigner le consentement des personnes qui font l'objet d'une mesure contraignante¹⁸ :

« M. Penol¹⁹ : je suis d'accord avec la mesure. Je m'occupe encore de mon budget. » »

« Mme Miguet est d'accord pour une mesure mais pas pour tout le temps. » »

« M. Bernier : « J'arrive très bien à gérer les revenus que j'ai. [...] Je prends note que vous allez mettre en place une mesure de curatelle spéciale et qu'une association gèrera mes revenus. » »

Ainsi, le juge note que M. Penol exprime bien son accord vis-à-vis de la protection qui lui est imposée bien qu'il se reconnaisse capable. Il consigne la façon dont Mme Miguet entend accepter la mesure. Enfin, il fait apparaître le sens restrictif de l'acceptation de M. Bernier, qui semble céder sans consentir²⁰.

Il n'est pas possible ici d'analyser les différentes formes de consentement exprimées ou non par les personnes vulnérables. Ces exemples permettent cependant de montrer que les juges cherchent à laisser une place aux réserves formulées.

L'argument de la capacité naturelle qui demeure, malgré la présomption civile d'incapacité, peut ainsi être revendiqué et explicité par une juge :

« Bien sûr qu'il est important d'obtenir leur consentement [des personnes à protéger], parce que c'est déjà une très lourde contrainte, peut-être trop lourde par rapport au problème à traiter. Parce qu'il ne faut quand même pas oublier que derrière les mesures, il y a des personnes et que le remède apporté au mal, il est quand même fort. On n'y va pas de main morte, la tutelle, c'est une privation de droit, la curatelle, c'est une véritable mainmise financière. Donc, sur le mode de vie, par le biais des finances, c'est la personne que vous contrôlez, comment elle s'habille, ses loisirs,

¹⁸ Extraits de Procès verbaux d'audition dans un Tribunal des Tutelles.

¹⁹ Tous les noms propres mentionnés dans cet article sont fictifs.

²⁰ Geneviève Fraisse utilise cette distinction qu'elle emprunte à N.C. Mathieu. Cf. Fraisse, (G.), *Du consentement*, Seuil, Paris, 2007, p.75-82 ; Mathieu (N.C.), *L'anatomie politique, catégorisations et idéologie du sexe*, Côté femmes éditions, Paris, 1991.

ce qu'elle va mettre dans son panier, c'est quand même grave. C'est donc important de lui faire prendre conscience de tout ce qui va se passer, du fait que ça va être difficile pour elle. C'est un peu comme une maladie qu'on ne veut pas voir : on n'a d'autant moins de chance d'être soigné qu'on n'accepte pas sa maladie, qu'on n'essaie pas d'anticiper. Pour que la curatelle marche, encore faut-il que la personne soit lucide sur ses difficultés, ait envie de les surmonter...euh, c'est donc pour ça qu'on dit qu'on cherche le consentement parce qu'on se dit que par là-même, les personnes auront plus de chance de s'en sortir facilement.»²¹

2. La tutelle à l'épreuve de la « personne concrète »

Ce sont les conséquences de cette quête du consentement des personnes vulnérables, malgré la reconnaissance de leurs incapacités, qu'on se propose d'analyser à partir de l'observation de deux situations de pratiques tutélaires²².

2.1. L'affaire de « l'argent de poche » de Monsieur Rouget

Monsieur Rouget est âgé d'une cinquantaine d'année. Sous mesure de curatelle, il est actuellement hospitalisé dans un service de Centre Hospitalier Spécialisé en psychiatrie (CHS). Il a sollicité un rendez-vous avec sa curatrice par l'intermédiaire de l'assistante sociale du service pour « faire le point ».

Appelé par une infirmière, Monsieur Rouget rejoint la curatrice qui l'attend dans le hall de l'hôpital. Ensemble, ils rejoignent un bureau pour être au calme. Monsieur Rouget affiche sa fragilité : tremblant, les cheveux en bataille, il marche avec difficulté. Il sourit à l'occasion et semble content de rencontrer sa jeune curatrice, qui se présente d'une façon avenante.

Le début de l'entretien commence timidement. L'objet de la rencontre n'est pas clair. Monsieur Rouget ne parvient pas à formuler une demande. Puis il sort un bout de papier de sa poche sur lequel il a rédigé quelques mots avec l'aide de son assistante sociale. On comprend qu'il veut savoir quel est l'état de son patrimoine. La curatrice l'informe qu'il est détenteur d'une épargne de 100 000 €. Monsieur Rouget ne cache pas sa surprise. Il se pensait plus riche d'autant qu'il possède aussi un appartement. La curatrice n'évoque pas la valeur de l'appartement mais ne

²¹ Extrait d'un entretien avec une juge des tutelles.

²² Les situations décrites et la démarche présentée reposent sur une enquête de terrain de plus de quatre ans auprès de majeurs protégés. Le suivi de majeurs protégés a été rendu possible par l'observation hebdomadaire dans une association tutélaire d'une grande ville, et auprès de délégués à la tutelle dans leur travail d'accompagnement : rendez-vous à domicile, accompagnement des majeurs protégés pour faire des courses, aller chez le médecin, au tribunal, ou au commissariat, rencontre avec des membres de la famille ou du voisinage des majeurs protégés, avec d'autres acteurs professionnels du soin, du logement, du droit, du bâtiment... En aval de ces observations, ont été réalisés une cinquantaine d'entretiens auprès des majeurs protégés et dix auprès de délégués à la tutelle, mais aussi des échanges avec des personnes dans l'entourage des majeurs protégés (famille, voisins, commerçants). Des situations emblématiques de ce travail de terrain ont été choisies pour être analysées dans ce qu'elles révèlent des difficultés pratiques posées par la place à faire au consentement d'une personne protégée. La description de ces situations utilise principalement leur observation directe. Mais leur interprétation s'appuie sur des informations qui ont été recueillies par ailleurs : par entretien, afin de saisir comment les différentes personnes présentes en situation justifient leur action ; mais aussi par un prolongement de l'observation des mesures dans la durée, afin de ne pas surinterpréter le dénouement immédiat de la situation. Le suivi des mesures tutélaires dans une durée longue a ainsi permis de faire varier les échelles temporelles du dénouement des situations.

retient que le montant du loyer. Les 600 € par mois semblent insuffisants à Monsieur Rouget qui, compte-tenu de l'augmentation de l'indice du taux de construction qu'il estime à 2% par an, devrait être de l'ordre de 620 €. La curatrice joue à son tour la surprise. Elle lui affirme sur un ton familier, « avec les 110 000 €, je pense que vous êtes bien ! » Monsieur Rouget approuve, mais persiste néanmoins : « ça paraît modeste ».

L'assistante sociale entre alors à son tour dans le bureau et interroge Monsieur Rouget. Rapidement, le véritable motif de la réunion est évoqué. Il s'agit en fait du montant hebdomadaire de « l'argent de poche ». Monsieur Rouget estime nettement insuffisante la somme de 60 € qui lui est accordée chaque semaine. Il voudrait acheter plus souvent du dentifrice, du gel-douche, et éventuellement d'autres produits. Il réclame entre 120 et 150 € par semaine. Les professionnelles s'étonnent. Non seulement le gel douche n'est pas une dépense importante, mais celle-ci n'est pas régulière. Ce sont des dépenses extraordinaires qui ne justifient pas l'augmentation du pécule. Monsieur Rouget proteste. Pour lui les affaires de toilette sont un poste de dépense important et ordinaire. Les professionnelles présentes expriment leur doute. Elles échangent un sourire de connivence en jetant un œil sur l'apparence très négligée de Monsieur Rouget. Mais celui-ci ne se laisse pas démonter. Il se contente de mettre en rapport l'importance de son patrimoine et le faible prix des produits qu'il souhaite acheter.

Pour mettre un terme au conflit naissant, l'assistante sociale sollicite l'avis d'une infirmière de service. Malheureusement, l'expertise ne peut avoir lieu. L'infirmière explique qu'elle ne voit pas Monsieur Rouget tous les jours et qu'elle ne peut évaluer précisément ses besoins en produits de toilette. D'autant que pour être précis, il faudrait distinguer les produits mis à disposition par l'hôpital et ceux qui appartiennent en propre à Monsieur Rouget. L'infirmière n'apporte donc pas plus d'éclairage, mais sa présence renforce la capacité d'expertise de l'équipe. Celle-ci est maintenant composée d'une professionnelle du soin, d'une spécialiste de la protection sociale et enfin d'une spécialiste de la protection juridique²³.

Bien qu'étoffée, l'équipe d'experts ne parvient toujours pas à se prononcer. Malgré le croisement des regards, personne n'arrive à savoir si la demande de Monsieur Rouget est légitime. Son laisser-aller est-il imputable au manque de produits ou bien au contraire indique-t-il que ses besoins réguliers en shampoing ne sont pas fondés ? L'équipe penche plutôt pour la seconde hypothèse à laquelle s'oppose bec et ongles Monsieur Rouget.

Loin de se laisser intimider par les professionnels, Monsieur Rouget quitte le terrain de l'hygiène pour celui de l'alimentation. Son budget ne lui aurait pas permis de manger un Mac Do lors d'une dernière sortie. Mais comme le shampoing, le Mac Do n'est pas une dépense régulière dans la mesure où, comme l'indique l'infirmière, les sorties ne sont pas fréquentes.

Les professionnelles entendent alors recentrer le débat. Pour répondre à la demande de Monsieur Rouget, il faut que celui-ci fasse état de besoins conséquents. On recompte son budget. Excepté les cigarettes et le café on ne parvient pas à identifier d'autres dépenses régulières. Mais Monsieur Rouget explique qu'il n'a pas de besoins importants. En revanche, il est agacé d'être mis en difficulté pour acheter un ticket de métro ou un Mac Do alors que 100 000 € dorment sur

²³ A qui s'ajoutent un spécialiste des sciences sociales, le sociologue et une stagiaire qui assistent, silencieux, à la scène.

son compte. L'argument du ticket de transport fait mouche. Voilà un bon objet de discussion ! Si la demande est en passe d'être acceptée comme recevable, il faut néanmoins que le comportement de Monsieur Rouget soit rationnel. Il ne doit pas gaspiller son propre argent. Il doit acheter son titre de transport non pas à l'unité, mais par carnet. Du coup, la dépense reste exceptionnelle et ne justifie pas l'augmentation... On refait encore une fois les comptes. Il est logé et nourri par l'institution. Manifestement, il n'a donc pas besoins de plus « d'argent de poche ». Monsieur Rouget continue à ne pas l'entendre de cette oreille. Il revient sur sa fortune.

L'assistante sociale prend alors la parole. Monsieur Rouget ne doit pas se laisser aveugler par sa fortune. Ce qui compte c'est le « sens » qu'il donne à ses achats. Aucune de ses demandes ne peut être interdite du moment qu'elles ont un « sens ». La demande ne devient un besoin que si elle est jugée « significative ». Encore une fois, Monsieur Rouget ne se laisse pas ébranler. Se plaçant sur le terrain de la dérision, il demande qu'on l'éclaire : les sept € d'un menu au Mac Donald manque-t-il de sens ou bien en a-t-il un ? Et si oui, lequel ? Il aimerait bien être éclairé sur ce point crucial...

Mais anticipant qu'il sera perdant s'il continue à se battre à coup de gel, de Mac-Do ou de ticket de métro, Monsieur Rouget change de registre et tente celui de la garde-robe. Les professionnelles accueillent favorablement cette demande qu'elles considèrent effectivement comme un « besoin ». Sous condition, toutefois. La dépense doit rester modeste. Monsieur Rouget indique alors qu'il a besoin d'une tenue de sport de la marque Puma. Malheureusement, une telle demande ne peut être traduite en besoin, car il n'y a pas lieu de choisir une grande marque – très chère – quand les grands magasins regorgent de produits plus courants et accessibles. Monsieur Rouget insiste. Il a besoin de cet argent pour acheter des chaussures de sports et évoque encore une fois la marque. Les professionnelles se confondent alors en excuses. Irrecevable pour un jogging, la marque est recommandée pour les chaussures. Pour autant, les chaussures ne sauraient être considérées comme une dépense régulière. De marque ou pas, elles n'ont aucune incidence sur l'argent de poche.

Cette fois-ci, c'est le tour de l'infirmière. Elle tente d'expliquer ce que peut être un vrai besoin. Des disques par exemple. Monsieur Rouget ne rate pas l'occasion. Justement, s'il n'achetait pas de disques jusqu'à présent, c'est qu'il n'avait pas suffisamment d'argent. Avec un peu plus d'argent de poche, il pourra augmenter sa discothèque. Cette fois-ci c'est toute l'équipe qui fait front. Elle se rend compte qu'elle est en train d'être bernée. *In extremis*, l'infirmière sauve la mise. Il ne s'agit plus maintenant de « sens », de « régularité » de « demandes » ni de besoins. C'est la sécurité qui est mise en avant. Avec 120 € par semaine, Monsieur Rouget risque de se faire dépouiller par les autres patients. Il faut donc à tout prix le protéger. Et puis il s'agit de préserver l'avenir de Monsieur Rouget et anticiper sa trajectoire résidentielle. Son épargne lui sera alors bien utile...

La réunion s'éternise. Monsieur Rouget ne cède pas. La fatigue se fait néanmoins sentir. Il faut trouver une issue. La curatrice lance alors que 80 € lui paraît une somme raisonnable. Tout le monde semble approuver. Malgré tout, les professionnelles relancent le débat : elles évoquent une possibilité de réduction et Monsieur Rouget une augmentation. Mais tout le monde en a assez. Monsieur Rouget explique qu'il en a « plein la tête », ce qui agace l'assistante sociale qui, elle aussi, évoque sa fatigue. Mais Monsieur Rouget finit par acquiescer. On restera sur ces 80 €.

Cette situation est typique du statut des ressources dans le cadre des mesures de protection. D'une part, le délégué à la tutelle doit « gérer les ressources » du majeur protégé et prendre les décisions appropriées dans ce domaine. D'autre part, en tant que curateur, son rôle est de conseiller ce majeur et de rechercher le consentement de celui-ci. Ainsi les décisions prises dans ce cadre peuvent être soutenues par le consentement de la personne sous mesure de protection. A défaut de son consentement, elles peuvent aussi lui être imposées. Qu'en est-il alors, dans le cadre de la négociation sur le montant de « l'argent de poche », du consentement de Monsieur Rouget ?

Certes, formellement, Monsieur Rouget donne son consentement à l'augmentation qui a été accordée. Toutefois, un tel consentement semble avoir été arraché à l'issue d'une réunion longue et laborieuse. L'augmentation du montant de son argent de poche est sans commune mesure avec ce qu'il attendait. De plus, aucune véritable justification ne fonde le refus de sa demande initiale. L'importance de son patrimoine ne peut expliquer la prudence gestionnaire de sa curatrice. On s'épuise alors à chercher des justifications du côté de la réalité de son mode de vie. L'élargissement de la scène aux différents acteurs qui ont en charge l'accompagnement sanitaire et social de Monsieur Rouget étend de fait l'objet de la discussion à la protection de sa personne. Mais l'opération s'avère difficile. Les arguments mobilisés véhiculent une diversité de normes sociales, qui ne réussissent pas à faire autorité. Ainsi, si le consentement formel est effectivement donné, il n'est pas éclairé. L'adhésion de Monsieur Rouget semble bien avoir été obtenue sous l'effet d'une pression rampante.

Nous pourrions en rester là. Mais ce serait alors faire peu de cas de l'avis du principal intéressé. L'entretien que nous avons eu quelques jours plus tard avec Monsieur Rouget n'a pas manqué de nous surprendre. Dans un premier temps en effet, il nous expliquait « qu'après avoir réfléchi toute la nuit », il adhérerait de façon enthousiaste à la décision de la curatrice. Loin de n'apparaître que formel, le consentement s'affichait subitement aussi comme personnel. Toutefois, au fil de la discussion, et peut-être à cause de nos questions, Monsieur Rouget s'engageait dans la relance du débat : l'appartement n'étant pas compté dans son patrimoine, la modestie de son argent de poche, même réévaluée à 80 €, devenait inexplicable à ses yeux. Difficile de savoir au terme de cette enquête le statut réel du consentement donné par Monsieur Rouget...

2.2. La difficile protection du corps de Mme Pajay

Sur bien des points, la situation de Madame Pajay tranche avec celle de Monsieur Rouget. Agée d'une quarantaine d'années, Madame Pajay, qui est atteinte d'une légère arriération mentale, est sous tutelle depuis une vingtaine d'années. Elle ne vit pas en institution, et habite son propre domicile. Elle est bénéficiaire de l'Allocation Adulte Handicapée et dispose d'environ 150 € par mois pour faire face à ses dépenses quotidiennes. Son délégué à la tutelle souhaite la voir, compte-tenu des nombreux risques auxquels elle se trouve exposée. Il rend visite au responsable d'un bar-épicerie à vocation sociale qu'elle fréquente et qui est localisé dans un foyer proche de chez elle. Madame Pajay entre à l'improviste et se joint à la discussion à laquelle nous participons aussi.

Le tuteur a été alerté par le pharmacien du quartier. Madame Pajay s'est récemment présentée à l'officine avec le visage tuméfié et le lobe de l'oreille arraché. Manifestement, elle a fait l'objet de mauvais traitements. C'est pourquoi le tuteur cherche à la rencontrer. Au fil de la discussion, la situation de la majeure protégée s'avère bien plus préoccupante que ce qu'il imaginait. En effet, celle-ci noue des relations avec des résidents du foyer. Ceux-ci, qui viennent régulièrement chez elle, s'y seraient battus à coup de revolver. La fenêtre en porte les traces, puisque la vitre est encore percée. Madame Pajay n'a pas seulement été battue, elle a échappé au pire.

Mais il y a plus. Les relations avec les résidents du foyer ne seraient pas purement platoniques. Certes, Madame Pajay entretient une liaison privilégiée avec l'un d'eux, « Dédé, son grand amour ». Cependant il lui arrive, lorsqu'elle se rend dans les étages du foyer, d'avoir des relations sexuelles avec d'autres résidents. Le tuteur suspecte une situation de prostitution ce que conteste vivement la majeure protégée qui affirme ne jamais réclamer d'argent. Le tuteur en déduit que la situation est encore plus dramatique puisque c'est donc probablement Dédé qui, mettant à disposition d'autrui, le corps de sa compagne, bascule dans le proxénétisme.

Enfin, en plus d'être molestée, abusée et exposée à toute sorte de dangers, Madame Pajay semble aussi spoliée par ses compagnons d'infortune. Le tuteur précise qu'il l'a vue sortir d'un magasin, et elle portait de nombreux packs de bière destinés, selon lui, à Dédé et à ses compagnons. Le directeur de l'association rajoute que le portable de Madame Pajay aurait été vendu par Dédé à un résident. Certes, l'abus est modeste puisqu'elle ne dispose que de 150 € par mois, mais le délégué s'inquiète néanmoins. Cette somme doit servir à la consommation personnelle de la majeure protégée et non pas à celle de ses « amis ».

Toutefois, le tuteur se heurte ici à un problème difficile. En effet, Madame Pajay ne réclame rien. Elle ne se plaint pas. Implicitement, elle consent à tout ce qui lui arrive. Or, c'est cette docilité qui interpelle le délégué à la tutelle et qui lui fait douter de la capacité de celle-ci à consentir vraiment. Madame Pajay ne mesure probablement pas les conséquences de ses choix. Peut-on même d'ailleurs parler de choix ? En raison de son handicap, Madame Pajay se laisse peut-être abuser et son consentement est probablement douteux. Pour autant la marge de manœuvre du délégué est très étroite. Il se doit en effet d'amener Madame Pajay à renoncer à certains de ses choix au prétexte que ce ne sont pas véritablement les siens et qu'elle court de graves dangers. En même temps, il doit la persuader d'opter pour un autre mode de vie mais qu'elle n'a pas vraiment décidé de choisir. Comment obtenir un tel renversement de situation

sans exercer sur elle une autre contrainte qui ruinerait de fait sa volonté propre et par conséquent, son autonomie ?

La marge de manœuvre du délégué est très étroite. A 150 € près, la protection du patrimoine de Madame Pajay est déjà assurée. Le nœud du problème n'est pas là. Du moins pas directement. Plus que ses biens, il s'agit de protéger Madame Pajay dans sa vie concrète. Mais comment faire ? Il faut certes la protéger personnellement, mais elle doit continuer à bénéficier de ses droits fondamentaux. En particulier, elle doit demeurer libre de choisir son propre mode de vie, et donc de fréquenter qui elle veut.

Le délégué à la tutelle, même aidé par le directeur de l'épicerie, peut difficilement peser sur les choix personnels de Madame Pajay. Par exemple, le directeur de l'épicerie lui a offert une tarte aux pommes et lui a fortement conseillé d'en profiter seule. Mais elle s'est empressée de partager ce dessert avec ses amis. Ce que regrettent le délégué et le directeur, mais sans pouvoir énoncer quelque norme de comportement que ce soit et encore moins plaider pour le repli sur soi de Madame Pajay .

Cette impossibilité à évoquer les normes sociales auxquelles devrait se soumettre Madame Pajay est encore plus patente concernant les relations sexuelles de celle-ci. La seule morale convocable est ici celle du consentement. A partir du moment où ce consentement n'est pas outragé, Madame Pajay n'est aucunement encouragée à restreindre ses expériences sexuelles. Du moins aucune morale n'est aujourd'hui suffisamment légitime pour prescrire cette limitation. C'est pourquoi le tuteur, quoiqu'il pense de cette vie qui lui paraît peut-être trop dissolue à son goût, n'évoque aucunement la morale sexuelle. Il change de registre et se place sur celui de la prostitution. Et encore, tant qu'elle est librement consentie, la prostitution n'a rien de répréhensible. Aussi, lance-t-il l'hypothèse du proxénétisme qui a l'avantage de démontrer la contrainte sexuelle (et l'absence de consentement) et de surcroît d'être socialement et pénalement condamnable. Mais les preuves son minces.

Le délégué et le directeur n'ont d'autres solutions que d'user de leur pouvoir de conviction et de persuasion en cherchant à impressionner Madame Pajay pour mieux l'éclairer. Ils élèvent la voix, parlent crument, expriment leur inquiétude, cherchent à lui faire peur. Elle semble ne pas comprendre les termes de « prostitution », « proxénétisme ». On radicalise alors le discours avec « pute » et « mac ». Elle minimise l'histoire de la vitre cassée. Le trou ne serait dû en effet qu'à un coup de tournevis. Son oreille arrachée ? Une erreur de manipulation de sa fermeture éclair. Le délégué dramatise la situation et parle de péril imminent, de danger de mort. Alors que le directeur de l'épicerie lui avait demandé de ne plus monter dans les étages, elle affirme s'y rendre mais seulement par souci d'économie. Elle y achète des cigarettes moins chères. Le délégué se saisit de l'opportunité et insiste sur la très grande nocivité des cigarettes de contrebande.

Mais cette pression a ses limites. D'abord, Madame Pajay ne se laisse pas intimider. Elle a réponse à tout et cherche à dédramatiser les choses. Ensuite, le délégué garde le souci de la préservation de ses biens. Ce qui complique passablement le discours. Le délégué est en effet ennuyé par ce problème de vitre. Comment réduire l'incidence de la réparation sur le budget, déjà bien modeste, de sa protégée ? Il propose à Madame Pajay de faire prendre en charge le

changement de vitre par l'assurance. Mais, bien évidemment, le coup de revolver doit être dissimulé. Le tuteur suggère alors de mettre le bris de glace sur le compte de la maladresse. C'est en déplaçant un meuble, un jour de rangement, que Madame Pajay, assistée de « ses amis », aurait causé cet incident...

Le tuteur et le directeur multiplient les recommandations, avant de se séparer de Madame Pajay. Celle-ci est invitée en effet à réduire sa consommation de cigarettes, à ne plus monter dans les étages, à soigner son alimentation, à mettre de la distance avec ses amis, à ne plus leur acheter d'alcool, etc. Madame Pajay prend note. Elle semble acquiescer. Mais son silence vaut-il consentement ? Le tuteur et le directeur ne se font guère d'illusion. Madame Pajay continuera à se comporter comme elle l'entend. Aussi, le tuteur cherche des relais qui lui permettent de garder le contact. Il compte déjà sur la vigilance du pharmacien. Il ouvre en outre un crédit de 20 € hebdomadaire au bar-épicerie afin de maintenir le lien avec le directeur. Plus encore, ce système confère à ce dernier un pouvoir de contrôle discret sur les dépenses de sa cliente. Enfin il demande à Madame Pajay de passer le voir toutes les semaines.

Ainsi, contrairement au cas précédent, le tuteur n'obtient aucun consentement formel qu'il ne cherche d'ailleurs même pas. Il ne semble pas avoir plus de succès du côté du consentement personnel puisque Madame Pajay ne se résoudra probablement pas à changer de conduite. Du moins, est-ce le sentiment que partagent le tuteur et le directeur. Pour autant, il semble difficile de conclure à une absence totale de consentement, Madame Pajay, n'ayant rien exprimé non plus dans ce sens. Rien ne dit par ailleurs que Madame Pajay « ne votera pas avec ses pieds » et ne suivra pas, ne serait-ce que partiellement, les conseils qui lui sont prodigués. Nous apprenons par exemple, quatre mois plus tard, que Madame Pajay vient de porter plainte contre son ami Dédé...

3. A l'ombre de l'incertitude

L'analyse de ces situations nous laisse dans une certaine perplexité. L'évaluation de la place faite au consentement varie sensiblement selon les moments et les aléas de l'enquête, selon les outils méthodologiques utilisés. De fortes distorsions existent entre les résultats de l'observation, ceux qui proviennent du suivi des trajectoires et enfin ceux qui sont tirés des entretiens. Cette difficulté méthodologique dissimule en fait un problème théorique. Il apparaît en effet impossible de saisir et de rendre compte de toutes les facettes du consentement surtout lorsque celui-ci concerne la « matière personnelle ». Il peut être approché lorsqu'il est formel. Il peut l'être aussi quand la volonté propre devient explicite. Mais une part du consentement, la part restante, demeure toujours inaccessible à l'observateur. Certes, cette part d'ombre peut paraître problématique. Elle l'est en effet dans la mesure où elle rend le consentement fragile, instable et finalement incertain dans un contexte où une institution comme la tutelle poursuit aujourd'hui un objectif de protection de la personne en s'appuyant sur le consentement de celle-ci. Or, un tel objectif est doublement compromis puisque le consentement – toujours incertain – n'est jamais acquis et qu'il ne peut non plus être représenté.

Néanmoins, cette part d'ombre et d'incertitude est aussi essentielle. Elle est en effet le lieu de controverse avec soi-même, de résistance et de maintien du quant-à-soi, elle est ce qui

reste comme marge de liberté²⁴ lorsque l'individu est placé sous un régime de contrainte. A ce titre elle doit être préservée, y compris de l'investigation sociologique, qui risquerait de la réduire à force de transparence.

Une telle limite nous amène alors à changer de posture. Nous prenons acte en effet de cette part obscure du consentement, et nous endossons maintenant un point de vue normatif. Nous posons en effet que cette part « intime » est à protéger lorsque les individus voient leur autonomie entravée car c'est peut-être exactement là que « la liberté s'incarne dans le consentement »²⁵. Sans cet espace d'indétermination où l'arbitrage entre l'engagement et le désengagement, entre l'acceptation et la résistance n'est pas encore fait, le consentement ne peut se réduire qu'à une acceptation forcée. Cette part incompressible et inatteignable du consentement, que nous proposons d'appeler le « consentement intime », est ce qui permet de donner toute sa portée à l'articulation du consentement personnel et du consentement formel. C'est alors au regard de la place accordée à ce « consentement intime » que nous revenons sur les deux dispositifs de prise en charge que nous avons observés.

Ce faisant, nous prenons au sérieux la démarche du législateur qui, au lieu d'opter pour le principe d'autonomie au détriment du principe de protection, ou inversement, tente de concilier à la fois ces deux principes. Comme nous l'avons déjà expliqué, la présomption d'incapacité, constitutive de la tutelle, tend à se doubler aujourd'hui, au travers de la focalisation sur la personne concrète, d'une autre présomption, la présomption de « capacité ». Certes, ces deux conjectures sont *a priori* antagoniques. Mais nous postulons que c'est lorsque cette « présomption de capacité » est maintenue quand bien même l'incapacité paraît totale, que peut être encore préservée la liberté individuelle²⁶. A certains égards, une telle « présomption de capacité » malgré les apparences peut être considérée comme un « coup de force » participant à la construction d'une fiction. Mais nous pensons que cette fiction est probablement nécessaire lorsque l'incapacité est là. Ce « comme si » maintient en effet l'intégrité de la personne et préserve en quelques sortes cet espace intime de délibération de soi avec soi qui rend le consentement toujours incertain.

Or, dans les deux exemples que nous avons présentés, cette part d'incertitude ne connaît pas le même destin. Dans la première situation, les professionnels ne laissent guère de place à l'indétermination et au consentement intime. Ils s'arc-boutent au contraire sur la présomption d'incapacité et n'envisagent jamais quelque capacité potentielle que ce soit y compris à propos des actes les plus ordinaires de la vie quotidienne. Ils anticipent l'échec de mise à l'épreuve des aptitudes de la personne concernée à autogérer son quotidien. De surcroît, en ne parvenant pas à fonder les raisons de leur position, ils ne peuvent en aucun cas éclairer le consentement de cette dernière. La scène de l'interaction n'est peut-être pas étrangère à cette posture des professionnels. La personne est sous tutelle certes, mais en plus, elle se trouve dans un hôpital psychiatrique, dans un univers pratiquement clos qui atteste de l'altération de ses facultés mentales. La présence

²⁴ Callon (M.), Rabeharisoa (V.), « La leçon d'humanité de Gino », Réseaux, 95, 1999.

²⁵ Fraisse (G.), *Du consentement*, Edition du Seuil, Paris, 2007, p. 58.

²⁶ Nous pensons ici à l'exemple des soignants qui postulent des « capacités restantes » quel que soit le degré d'avancement de la maladie d'Alzheimer et quelles que soient les apparences. En affirmant un tel postulat, les soignants se démarquent d'une approche « infantilisante » du malade au profit d'une pratique de soins qui s'adresse à une « personne ». Cf. Dourens (C.), Vidal-Naquet (P.), *La relation de soins à l'épreuve de la maladie d'Alzheimer*, Cerpe, Fondation Médéric Alzheimer, 2005.

d'un soignant vient en outre rappeler à tout moment son statut de malade c'est-à-dire précisément son incapacité à participer au jeu social. Le majeur protégé a beau se défendre en jonglant avec les indices du coût de la construction, les marques, les tickets de métro, la dérision et le raisonnement argumenté, le poids de l'institution empêche la reconnaissance de ses capacités. Finalement, le service de tutelle en lien avec les professionnels de l'hôpital prend une décision épousant les modalités de prise en charge psychiatrique. Le partenariat, loin d'être saisi comme une opportunité d'élargir la « présomption de capacités » additionne au contraire les incapacités. Ne laissant aucune marge de liberté et ne parvenant pas à articuler autonomie et protection, cette intervention s'apparente à une prise en charge totale de la personne, prise en charge totale contre laquelle s'était érigée la réforme du droit tutélaire de 1968²⁷.

Le second exemple est fort différent dans la mesure où une place importante semble laissée au quant-à-soi et à l'indétermination. Pourtant, la personne est ici très encadrée par le régime de contrainte puisqu'elle est sous tutelle. *A priori*, ses capacités d'agir sont censées être sous contrôle et ses marges de manœuvres très réduites. En ce qui concerne les enjeux de la protection ils ne se réduisent pas à quelques euros comme dans le cas précédent. Ils touchent au contraire à l'intégrité même de la personne, laquelle est sérieusement mise à l'épreuve. Tout converge pour orienter les professionnels vers une restriction des libertés de la personne sous tutelle au nom du renforcement de sa protection. Or, ce n'est pas ce qui se passe. Certes les intervenants s'emploient à exercer toute leur influence. Mais, peut-être parce que la personne protégée vit en dehors de toute institution et que les services de tutelle ne disposent que de très peu de moyens de contrainte « en matière personnelle », ces derniers ne formulent pas de « prescriptions ». Ils anticipent le fait qu'elles ont fort peu de chances d'être suivies d'effets. Ils se contentent de quelques recommandations tout en rappelant que la protégée est libre d'orienter sa vie privée comme elle le souhaite. Finalement, les professionnels n'ont ici d'autre issue que d'intégrer une problématique du risque²⁸ et de trouver des dispositifs pour en réduire sinon l'occurrence du moins les effets. Bien que sous tutelle, la personne, qui ne fait pas l'objet d'une prise en charge « totale » et a conservé son quant-à-soi, gardera pratiquement entière la maîtrise de sa « matière personnelle ». Elle poursuivra son propre chemin et continuera très probablement à s'exposer à des dangers.

Mais loin de se résoudre au laisser-faire et de renoncer à l'objectif de protection, les professionnels tentent d'accompagner cette prise de risque au travers de l'organisation d'un « espace potentiel » c'est-à-dire d'un dispositif qui repose « moins sur l'édiction d'une loi que sur la mise en place de conditions »²⁹. Ainsi, au travers des relais (compte à l'association, rendez-vous hebdomadaires, pharmacien) qu'ils cherchent à disposer autour de la personne, ils construisent un dispositif qui laisse ouvert le champ des possibles. Le spectre des finalités est ici assez large. D'un côté en effet, ce dispositif est ce qui permet d'une part aux professionnels de faire acte de présence, de maintenir une relation, d'instaurer des rapports de confiance et d'autre

²⁷ La Loi du 3 janvier 1968 a dissocié les modalités du soin, de l'hébergement et de la protection juridique qui était réunies dans le système asilaire de 1838. Robert Castel a formulé l'importance de cette rupture en notant que « l'aliénation mentale cesse alors d'être alors cette catégorisation massive, à la fois médicale, administrative et juridique qui annulait les unes par les autres toutes ces déterminations et les résumait dans un statut d'exception ». Cf. Castel (R.), *La gestion des risques*, Les Editions de Minuit, Paris, 1981, p. 37.

²⁸ Roux (J.), (Dir.) « *Etre vigilant. L'opérativité discrète de la société du risque* », Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2006.

²⁹ Belin (E.), « De la bienveillance dispositive », in *Hermès* n°25, CNRS Editions, Paris, 1999, p.251.

part à la majeure protégée de compter sur un appui et, le cas échéant, de trouver protection. D'un autre côté, la perspective de l'influence n'est pas écartée par les professionnels qui font le pari que la relation de confiance contribuera à infléchir les comportements de la personne. Ils limitent néanmoins ce pouvoir d'influence en faisant de la liberté de la personne un principe à préserver³⁰. Ce faisant, ce n'est pas un consentement formel qui est recherché, mais un consentement implicite qui est espéré. Ainsi, ce n'est pas seulement une capacité à consentir qui est reconnue, mais aussi une capacité à négocier, à résister et à ruser. En fabriquant un tel dispositif, les professionnels ne s'engagent pas dans une « prise en charge totale » de la personne. En revanche, ils la reconnaissent, quelles que soient par ailleurs l'altération de ses facultés, comme « personne à part entière », c'est-à-dire avec notamment cette part intime qui rend son consentement insaisissable. Cela dit, les risques d'ingérence et de manipulation ne sont en rien écartés. Le consentement intime reste en effet une hypothèse, dans la mesure où, par définition, celui-ci ne peut jamais être prouvé.

Conclusion.

Finalement, on peut se demander si cette part intime et incertaine du consentement ne met pas d'une certaine manière en échec la prétention à articuler autonomie d'une part et protection d'autre part. Le consentement en effet est ce qui permet de mettre fin à l'opposition entre ces deux principes. Quand elle est acceptée par son bénéficiaire, parce que celui-ci est suffisamment éclairé et conscient, la protection ne peut être considérée comme une mesure imposée. De manière plus large, le consentement permet de penser la coexistence entre la dignité humaine et la liberté individuelle.

En revanche, dès lors qu'il ne peut être connu ni recueilli, du moins entièrement, le consentement laisse planer un doute sur cette possible articulation. La part intime du consentement, celle qui n'affiche ni l'acceptation ni le refus, entache la validité du consentement formel et de la part explicite du consentement personnel. Certes, le système de la représentation permet de lever le doute puisque c'est le mandataire qui a en charge simultanément la défense de l'autonomie et la protection de son mandant. Mais si ce système fonctionne sans trop de difficulté lorsqu'il s'agit de la défense des biens de l'incapable, il n'est que d'une faible utilité dès lors qu'il s'agit de la « matière personnelle », laquelle ne peut pas – sauf exception – faire l'objet de représentation.

Ainsi, la volonté de protéger la personne concrète sous réserve de son assentiment se heurte à de nombreuses difficultés. Comme nous l'avons examiné dans une première situation, la protection reste une mesure imposée, seul étant pris en compte le consentement formel dont on apprend ultérieurement qu'il n'est qu'une image déformée du consentement intime de la personne. Dans la deuxième situation, le consentement n'est pas véritablement recherché et la protection de la personne, malgré le dispositif de vigilance, n'est pas véritablement assurée. Tout se passe comme si, faute d'atteindre le consentement entier, on ne pouvait osciller qu'entre autonomie (sans protection) et protection (sans autonomie).

³⁰ L'analyse de ce type de dispositif a été par exemple menée par Emmanuel Belin. Cf. Belin (E.), *op. cit.* Les travaux actuels sur l'éthique du « care » viennent également rendre visible et interroger les conditions de mises en œuvre de tels dispositifs, cf. Paperman (P.), Laugier (S.) (dir.), *Le souci des autres, Raisons Pratiques* n°16, Editions de l'EHESS, Paris, 2005.

Classiquement, nous sommes ici devant le visage de Janus. Regarde-t-on l'autonomie, alors la protection disparaît. Toutefois, nous préférons mobiliser une autre métaphore qui pourrait peut-être nous permettre d'aborder autrement cette question. La fameuse gravure de Escher – Oiseaux-Poissons – est peut-être une façon plus dynamique d'articuler des contraires. Selon l'accommodation, l'œil ne voit que les poissons, ou bien que les oiseaux. Mais ce qui n'est pas contenu dans le double visage de Janus, apparaît ici avec netteté. En effet, les poissons sont nichés dans les interstices laissés par les oiseaux. A l'inverse, le contour des oiseaux est donné par les poissons. Certes, les deux sujets ne peuvent être saisis en même temps, comme cela est le cas pour la double face de Janus. Mais la gravure de Escher nous oblige à un mouvement perpétuel. Le regard s'arrête-il sur les poissons, il est irrémédiablement attiré vers les oiseaux. Et inversement. Jamais il ne parvient à se fixer définitivement. Or, c'est dans ce va-et-vient permanent que l'œil parvient à tenir ensemble les deux objets. C'est aussi cet aller-retour qui permet de ne jamais oublier la dépendance réciproque qui les unit.

Cette métaphore peut nous aider à imaginer autrement l'articulation entre l'autonomie et la protection par l'intermédiaire du consentement. La penser en effet non point comme un résultat impossible mais bien plutôt comme un mouvement ne s'arrêtant jamais ni au pôle de l'autonomie ni à celui de la protection. Dans ce schéma, le consentement n'est plus ce qui garantit l'articulation des deux principes, mais bien plutôt – parce qu'il est incertain – ce qui assure la mise en mouvement.

La reconnaissance de cet aspect intime et incertain du consentement présente au bout du compte deux avantages. Elle permet de garder à l'esprit qu'entre l'autonomie et la protection il n'y a jamais de solutions définitives et que celles-ci sont toujours révisables. Mais surtout, elle permet de préserver une part de liberté et d'humanité chez les personnes dont les capacités à consentir ont été juridiquement disqualifiées.