

**Intervention de Séverine ROY, Présidente de la FNMJI
Colloque de l’AFFECT 2020 – « Regards croisés sur le
consentement de la personne vulnérable »**

Protection des majeurs : comment « protéger » le consentement ?

Comment protéger le consentement d’une personne dont l’altération des facultés est constatée par un médecin expert ? Ce consentement peut-il même exister alors qu’un MJPM (*Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs*) est désigné pour consolider les actes juridiques ?

La question peut paraître provocatrice, cependant la question du consentement ne se satisfait pas d’une réponse binaire : lorsque l’altération des facultés est constatée chez une personne, qui bénéficie alors d’une mesure de protection judiciaire, il paraît évident que la personne n’est pas apte à consentir seule, ce qui amène les tiers à s’adresser au mandataire pour signer et consentir au contrat de séjour d’entrée en EHPAD, au droit à l’image, au partage des données médicales...

Or, nous savons que cette altération recouvre de multiples situations, en évolution constante, et que si certains Certificats Médicaux Circonstanciés sont standardisés, par souci d’exhaustivité des thèmes à aborder et de clarté de lecture, la réalité est bien plus riche et bien plus complexe.

Par ailleurs, si l’on considère que le consentement est la conséquence de la volonté et qu’il en est sa manifestation, si l’on s’accorde pour affirmer que, par l’expression de la volonté, une personne affirme son identité, son existence et donc sa dignité, alors, la protection exercée par le mandataire judiciaire, lui-même guidé par l’article 415 du code civil, va consister à **faire émerger la meilleure expression possible de la volonté** des personnes dont les facultés sont altérées.

Il s’agit ici du cœur du mandat judiciaire et de la pratique des MJPM.

La Commission des Droits de l’Homme, dans son « *avis sur le consentement des personnes vulnérables* » rendu en 2015, énonce clairement qu’« *une meilleure expression possible de la volonté des personnes dont les facultés sont altérées contribue au renforcement de leurs droits. Cette exigence est d’autant plus importante et absolue que les personnes n’ont parfois pas les moyens de s’exprimer, d’exercer des recours pour défendre leurs droits* »

Comment le MJPM exerce-t-il la protection de l'intégrité du consentement ? Délivrance de l'information et évaluation

Le premier élément de réponse est la délivrance d'une information selon des modalités et formes adaptées, afin que la personne protégée puisse émettre une volonté en toute connaissance de cause ; le second consiste en une évaluation complète de la situation qui permettra d'apprécier l'existence d'un consentement et d'envisager les moyens à mettre en œuvre pour sanctionner l'acte, ou au contraire le confirmer.

Ces deux activités du MJPM, l'information et l'évaluation, ne sont pas nouvelles, elles ont été identifiées par l'ensemble de la profession et validées par le Groupe National d'Ethique constitué en 2017 à la demande des ministères (Santé et Justice), dont les travaux paraîtront sous peu et serviront d'appui à toute la profession.

La protection de l'intégrité du consentement par le droit à l'information

Qu'il s'agisse d'un acte personnel ou d'un acte patrimonial, avant de décider, chacun d'entre nous doit pouvoir disposer d'un maximum d'informations sur les tenants et les aboutissants de ce qu'il veut entreprendre.

Ne pas considérer l'information à l'égard du protégé comme primordiale dans la PJM (Protection Juridique des Majeurs) reviendrait alors à ne pas considérer honnêtement que les personnes protégées puissent exprimer une volonté. Or, ce qui sera primordial pour le professionnel dans sa pratique sera justement l'effectivité, la possibilité dans les faits, dans la réalité concrète de ce pouvoir d'expression.

C'est la raison pour laquelle notre Fédération de MJPM estime que le droit à l'information doit être consacré comme un principe général de la PJM. C'est l'une des premières préconisations du rapport de mission interministérielle de Mme Anne CARON-DEGLISE.

Parce que, quand une personne bénéficie d'une mesure de protection, sa volonté et son consentement sont régulièrement disqualifiés par les tiers ou par les proches, il est de notre devoir d'instaurer un principe général d'information afin de renverser ce postulat et placer réellement la personne au cœur du dispositif, elle sera ainsi réaffirmée en tant que personne en capacité de recevoir une information.

L'article 457-1 du code civil énonce ce principe dans le domaine de la protection de la personne, il est évident que la même logique s'applique dans le domaine patrimonial et dans la vie contractuelle.

Par ailleurs, ce droit général à l'information serait négligeable pour la protection de l'intégrité du consentement s'il n'était pas **mis en œuvre de manière éthique par le MJPM.**

La priorité doit être donnée au consentement ou la volonté réels de la personne, et non à ce qui est attendu par les institutions ou la norme sociale, à ce qui relèverait du « bon sens » ou qui serait « confortable » pour le MJPM ou encore dans son propre référentiel de valeurs.

L'information doit tendre à être claire, transparente, complète, adaptée etc.... la liste est longue et nous l'avons développée lors des travaux Ethique.

Lors de ces travaux, il est également apparu évident à la profession que la notion de dialogue était cruciale et nous avons retenu que **l'écoute active** permettait d'éviter que le consentement ne se limite à l'option « Oui » ou « Non » : entendre l'autre, c'est accepter que SA volonté puisse engendrer des réflexions ou des démarches que nous n'avions pas envisagées, tout simplement parce qu'il ne s'agit pas de nous ni de notre propre perception.

La Commission des Droits de l'Homme, toujours dans son rapport sur le consentement des personnes vulnérables, en faisait déjà état dans ses préconisations : « *On note une dissymétrie importante dans la relation entre la personne qui a l'initiative de proposer et la personne en situation de vulnérabilité : celle-ci accepte ou refuse, elle ne propose pas, et bien souvent l'autonomie du choix de la personne est limitée par l'ascendant (médecin, famille, travailleur social, institution...) Il conviendrait donc que s'instaure, en amont de l'expression du consentement, un dialogue entre celui qui propose et la personne dont le consentement est recherché (...)* »

Et le rapport continue :

« La pratique professionnelle implique que soient introduites des démarches éthiques pour que les décisions soient prises dans l'intérêt de la personne, et non dans la stricte application des aspects juridiques et réglementaires »

Venir à grands renforts de chartes et de récépissés signés sera vain si l'éthique est absente de la démarche, quel sens cela fera-t-il ?

Lorsque les troubles cognitifs sont tels que la personne n'a plus de repères, que sa volonté est fluctuante, réversible, que ses souhaits semblent être conformes au dernier qui s'est exprimé ou conformes à celui qui exerce un chantage affectif, comment se détermine le consentement de la personne ?

C'est pour ces zones d'incertitude que nous pouvons être amenés à préférer, pour respecter au mieux la dignité humaine, **la notion de discernement ou d'assentiment** à celle de capacité et de consentement au sens strict.

Le changement de paradigme qui consiste à promouvoir les capacités, plutôt que d'envisager la prise en charge des incapacités, doit nous conduire, en l'absence de consentement, à **rechercher un accord fondé sur une compréhension, même partielle, de la situation.**

Ces notions ne sont évidemment pas très juridiques mais elles n'en sont pas moins importantes en pratique.

Nous arrivons alors sur le domaine de l'évaluation et de l'appréciation de la situation, second moyen de protection de l'intégrité.

La protection de l'intégrité du consentement par une évaluation complète de la situation

Comment apprécier l'utilité ou l'inutilité d'un acte, ou encore l'existence d'un préjudice, et décider de saisir un juge pour agir en annulation ou en réduction, si nous n'avons pas, en amont, évalué la situation globale de la personne ?

L'évaluation est ainsi primordiale, elle prendra en compte la situation patrimoniale et économique de la personne (ses biens, ses ressources, sa fiscalité, ses dettes etc...) mais aussi sa situation personnelle (son histoire de vie, ses habitudes, ses préférences, ses attentes...)

Cette évaluation est donc **multidimensionnelle**, mais elle est également **pluridisciplinaire**. Le MJPM ne doit jamais se contenter de sa propre appréciation d'une situation, mais s'appuyer sur les autres professionnels qui entourent le protégé, avec leurs domaines de compétences et leur point de vue.

Des outils d'évaluation croisée existent, notamment ceux utilisés par les gestionnaires de cas MAIA, ils ont l'avantage d'amener plus d'exhaustivité et de laisser le moins de place possible à la subjectivité de l'évaluateur.

Car, dans ce domaine également, **la mise en œuvre éthique de l'évaluation et du pouvoir d'appréciation** du MJPM est fondamentale.

Est-il raisonnable que M. X utilise le tiers de son capital pour acquérir du mobilier d'ameublement alors qu'on craint par ailleurs qu'il ne soit contraint de s'en débarrasser dans un avenir proche en raison de l'évolution de son état de santé ?

La relation que la personne protégée entretient avec une cousine justifie-t-elle de lui vendre sa résidence secondaire à un prix inférieur au marché de 30% ?

Pour répondre à ces questions et décider de la meilleure action à conduire, le MJPM va être amené à privilégier des considérations de nature juridique, sociale, économique, morale, et bien d'autres encore, comme la notion de risque (différente de celle du danger) ou la notion d'intérêt de la personne (deux notions développées dans les Travaux Ethique).

Au-delà de la notion d'aléas, il nous faut pouvoir accepter **la notion de risque** si nous voulons que la liberté ait du sens et soit réellement effective.

Accepter le risque, ce n'est pas abandonner la personne ni la laisser seule dans sa vie contractuelle.

L'individualisation de la mesure, les liens construits et tissés au fil du temps avec la personne protégée, mais aussi avec le réseau qui l'entoure, contribuent au fait que la personne n'est jamais réellement seule.

Le renforcement des exigences entourant l'expression de la volonté, en cherchant la motivation ou la justification des choix du majeur, contribue à la sécurité juridique des relations contractuelles. La question éthique est centrale afin de ne pas revenir, dans

l'appréciation de l'opportunité d'un acte, à une conception paternaliste de notre rôle, aujourd'hui abandonnée.

Quant à la notion d'intérêt (du majeur), une définition partagée semble aujourd'hui se dessiner tenant à considérer que **l'intérêt de la personne est indissociable de sa volonté**. Si cette volonté ne s'impose pas systématiquement au mandataire, elle ne peut être outrepassée que dans des cas exceptionnels.

En matière personnelle, l'alinéa 1 de l'article 459 du code civil consacre ce principe qui régit toutes les mesures de protection :

« la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. »

L'alinéa 2 prévoit l'exception et, dans cette exception, une gradation : si l'assistance est insuffisante, la représentation est autorisée.

Or, dans la grande majorité des cas, les jugements sont standardisés et le MJPM se retrouve confronté à un écart inacceptable entre les capacités concrètes et réelles d'une personne à comprendre et décider pour elle-même et le jugement, qui ne reconnaît pas ce discernement, et derrière lequel, bien souvent, les autres professionnels vont se retrancher pour demander au MJPM de consentir à la place du majeur.

Les compétences professionnelles des mandataires leur permettent d'apprécier ces situations et cette gradation, prévue par la loi, est défendue sur le terrain afin que le consentement de la personne puisse être entendu et reconnu.

Le parallèle est aussi à faire en matière patrimoniale, car cette **appréciation des circonstances d'espèces par le MJPM** le conduira à considérer l'acte dans la catégorie des actes d'administration ou de disposition (annexe 1 ou annexe 2 du *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*) pour le qualifier. Car *« en raison de leurs conséquences importantes sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie »*, un acte d'administration peut être considéré par le MJPM comme un acte de disposition, et inversement.

L'objectif n'est évidemment pas de contribuer à une insécurité juridique vis-à-vis des tiers, mais, bien au contraire, de respecter l'autonomie de la personne protégée qui a contracté tout en s'assurant de la préservation de ses intérêts.

Si ce pouvoir d'appréciation des MJPM permet d'être au plus près de la réalité, de sortir des logiques de masse ou collectives, pour adopter une véritable protection individuelle garantissant le respect de la dignité, il doit être encadré, parce que justement, les personnes sont vulnérables.

Les travaux nationaux d'éthique ont été une première étape et des réflexions collectives dans des groupes dédiés doivent pouvoir se mettre en place.

La profession des MJPM doit également se structurer. La constitution d'un **Organe National** en vue de réguler la profession, d'édicter des règles, de concevoir une déontologie et d'en prévoir l'opposabilité, serait l'acte fondateur d'un statut professionnel.

Nous espérons que les prochains travaux y conduiront.

Séverine ROY-BERGBAUM

Présidente de la FNMJI (*Fédération Nationale des Mandataires Judiciaires Individuels à la protection des majeurs*)

Colloque de l'AFPECT - 2020

