

L'intérêt du malade mental et le traitement non thérapeutique en droit français

Christian Atias

Volume 18, Number 3, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058699ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058699ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Atias, C. (1987). L'intérêt du malade mental et le traitement non thérapeutique en droit français. *Revue générale de droit*, 18(3), 677–692.
<https://doi.org/10.7202/1058699ar>

Article abstract

This paper sets out the guiding principles for protecting the interests of the mentally ill, their families, third parties and society in general. They are: the importance of facing each case with realism, the need for keeping the therapeutic treatment separate from the legal system and above all, the necessity of protecting the mentally ill. French law has not always succeeded in avoiding the conceptualist view that the mentally ill, as legally incapable persons, are something less than persons. French law is nevertheless characterized by an empirical approach that can be applied in the best interests of the mentally ill without the legal constraints of a rigid system of protection.

L'intérêt du malade mental et le traitement non thérapeutique en droit français

CHRISTIAN ATIAS

Faculté de droit et de science politique
d'Aix-Marseille (Institut Portalis)
et Boulton Senior Fellow à l'Université McGill

RÉSUMÉ

L'auteur donne les principes guidant le juriste français dans la recherche d'une solution pour sauvegarder les intérêts à la fois du malade mental, de sa famille, des tiers et de la société : le réalisme, l'indépendance du régime juridique et du traitement thérapeutique et surtout la protection du malade mental. Le droit français n'a pas toujours su éviter les pièges du conceptualisme en faisant du malade mental, en tant qu'incapable, une personne diminuée. L'empirisme a plutôt été mis de l'avant, qui a le mérite de se préoccuper d'abord de l'intérêt du malade mental, sans le carcan d'un régime détaillé de protection.

ABSTRACT

This paper sets out the guiding principles for protecting the interests of the mentally ill, their families, third parties and society in general. They are : the importance of facing each case with realism, the need for keeping the therapeutic treatment separate from the legal system and above all, the necessity of protecting the mentally ill. French law has not always succeeded in avoiding the conceptualist view that the mentally ill, as legally incapable persons, are something less than persons. French law is nevertheless characterized by an empirical approach that can be applied in the best interests of the mentally ill without the legal constraints of a rigid system of protection.

SOMMAIRE

I. Les pièges de la conceptualisation : la notion d'incapable	682
A. L'incapable, comme personne diminuée	683
B. L'incapable, comme personne protégée	685

II. Les mérites de l'empirisme : l'intérêt du malade	688
A. Une perte d'autonomie	688
B. Une finalité impérative	691
Conclusion	692

1. *Maladie mentale, nature et culture.* Avec la maladie mentale, c'est la dure réalité de la condition humaine qui nous saute au visage et vient nous réveiller. Pour l'intelligence de l'histoire des sociétés, comme pour la réflexion sur l'état actuel de la nôtre, la folie, la démence, l'altération des facultés personnelles sont des données majeures¹. Sous tous ses aspects, le trouble mental résiste aux classifications simplistes et jette à bas les évidences les plus sereines. Le mythe de l'omniscience médicale est d'abord menacé; il suffit de se souvenir de l'ampleur des discussions nées autour des écoles de psychanalyse pour vérifier que les progrès ont été moins rapides ici qu'ailleurs. C'est ensuite le mythe d'une normalité absolue et permanente qui s'effondre; la part du culturel se révèle difficile à isoler de celle du naturel. Le mythe de l'inadmissible anormalité est également malmené. Il faut redécouvrir que toute société vit d'une part avec une définition de l'anormal et d'autre part avec des anormaux; il y a là des phénomènes inévitables qu'aucun progrès, qu'aucune décision ne pourront éliminer. Devant le trouble mental, le mythe du subjectivisme juridique avoue lui aussi ses faiblesses. Faut-il rappeler que la contestation de la première grande définition du droit subjectif — celle de Windscheid — fut fondée sur le cas des incapables²? Plus généralement, la situation des déments et autres faibles d'esprit — pour reprendre la terminologie d'autrefois — rend particulièrement douteuse l'efficacité de la théorie des droits subjectifs comme instrument de protection des personnes, de leur liberté et de leur intégrité. Enfin, le mythe positiviste ne sort pas indemne non plus de la confrontation avec la maladie mentale. L'impuissance du législateur à la définir, les difficultés rencontrées pour assurer la sauvegarde des intérêts en présence, celui du malade, celui de sa famille, celui des tiers cocontractants ou victimes de dommages, celui de la société, sont autant d'occasions de s'interroger sur les limites de l'intervention législative. Ainsi s'explique la discrétion, la réserve du législateur français dans sa réforme du *Code civil* par la loi du 3 janvier 1968; il a délibérément multiplié les règles vagues, faiblement

1. Voir M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Plon, 1961, Gallimard.

2. C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire. Éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, P.U.F., 1987, coll. Les voies du droit, n. 30, 33, 40 et 42.

déterminées, qui laissent au juge le plus large pouvoir d'appréciation empirique. La constante référence, explicite ou non, à l'intérêt du malade en est la plus belle illustration.

C'était une façon de reconnaître qu'entre l'inné et l'acquis, entre le naturel et le culturel³, il ne lui revenait pas de trancher de manière générale. Peu de règles de droit reflètent autant les choix sociaux, les particularités d'une société, que celles conçues pour les malades mentaux. Comment définir l'incapable et son intérêt sans se référer à des habitudes, à des idéaux plus ou moins partagés par tous les membres de la société? Et il faut bien reconnaître que cette observation devient encore plus pertinente lorsqu'aux difficultés nées de la maladie mentale, s'ajoutent celles de la thérapeutique. Dans ce domaine aussi, les progrès et les doutes de la médecine contemporaine ont montré combien il était difficile de faire la part de la culture et celle de la nature, celle du normal et celle du pathologique⁴. Plus précisément encore, la vigueur des réactions sociales en cas d'atteinte portée à l'aptitude à la procréation est extrêmement révélatrice. En droit français, la castration par exemple est réprimée, sauf cas particuliers, avec la plus grande sévérité⁵.

2. *Principes caractéristiques du statut des malades mentaux.* Pour affronter toutes ces difficultés et incertitudes, le juriste français dispose d'un certain nombre de principes qui peuvent le guider dans la recherche de la solution la moins injuste possible. Le premier principe est celui du réalisme⁶. Il explique, en particulier, que le législateur se soit refusé à formuler la moindre définition de la maladie mentale; elle n'est appréhendée que dans ses conséquences sur la vie juridique des personnes. Là où l'ancien article 489 du *Code civil* se référait à « l'état

3. D. SZABO, « Nature et culture, l'inné et l'acquis. Quelques considérations sur la réactualisation du débat et ses incidences sur la criminologie », *L'année sociologique*, 1985, vol. 30, p. 233.

4. G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, Paris, P.U.F., 1966.

5. Voir art. 316 C.P. — Comparer *Jur. Gén. Dalloz*, t. XIV, 1853, V^o Crimes et délits contre les personnes, n. 191 et s. : la castration tendait à être réprimée sans distinction selon le sexe de la victime (n. 192). Voir la réserve finale : « Si la castration avait eu lieu dans l'intérêt de la santé de la victime et comme opération chirurgicale impérieuse, la loi pénale ne pourrait pas évidemment recevoir son application dans un cas pareil. »

6. Voir J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, 1979, Répertoire Defrénois, p. 117. S'agissait-il vraiment d'un bouleversement de l'inspiration législative? Le Code civil de 1804 aurait pu être interprété en ce sens si, par exemple, l'opinion de Demolombe l'avait emporté : voir C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. VIII, *Traité de la minorité*, 2^e éd., t. 2, Paris, Durand et Hachette, 1861, n. 421, p. 314 : « Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas eu la prétention de définir avec une précision rigoureusement scientifique, les différentes maladies mentales. » Comparer sur le nécessaire empirisme, même ouvrage, n. 422-423, p. 315 et s. et n. 642, p. 434. Cf. GEFFROY, *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*, Paris, Litec, 1975, préface H.D. COSNARD : pour une excellente étude d'ensemble.

habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur », l'article 488 évoque désormais « une altération de ses facultés personnelles (qui) met (le malade) dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts ». En apportant une certaine précision, l'article 490 ne change nullement d'inspiration : les divers régimes de protection disponibles doivent être mis en œuvre « lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge ». Quant aux textes qui définissent le domaine d'application de chacun des trois principaux régimes légaux, ils révèlent le même souci de laisser la plus large place à l'appréciation empirique des juges. La sauvegarde de justice est mise en place lorsqu'un majeur « a besoin d'être protégé dans les actes de la vie civile »⁷. La curatelle suppose qu'un majeur « sans être hors d'état d'agir lui-même, (ait) besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile »⁸. Enfin, la tutelle qui a été conçue pour les malades les plus gravement atteints s'applique au majeur qui « a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile »⁹. Rappelons qu'à ces trois types légaux majeurs, s'ajoutent de nombreuses modalités intermédiaires¹⁰. Il ne suffirait pas de dire que le droit français offre autant de solutions que de maladies mentales ; il serait plus exact de dire que l'espoir est de proposer autant de solutions qu'il y a de malades mentaux.

L'effort d'adaptation aux besoins de chacun est encore renforcé par l'étroite collaboration instaurée entre juges et médecins aussi bien lors de l'ouverture d'un régime de protection que tout au long de son fonctionnement. Encore faut-il observer qu'une relative précision dans la définition des fonctions interdit au juge de se décharger de ses responsabilités sur les médecins ; la Cour de cassation veille, dans toute la mesure du possible, à éviter cette confusion des genres¹¹. Ici intervient le deuxième principe qui est celui de l'indépendance du régime juridique et du traitement médical. Chaque professionnel — celui de la médecine et celui du droit — doit pouvoir prendre la meilleure décision possible en l'état des données de son art, sans être entravé par la position adoptée dans l'autre domaine professionnel¹². De cette collaboration sans soumission, ni concurrence, est attendue la sauvegarde de l'intérêt du malade. C'est déjà évoquer le troisième principe — le plus important — : la situation juridique particulière des malades mentaux est tout entière tournée vers leur protection. C'est la préoccupation qui doit dominer en

7. Art. 491 C.civ.Fr.

8. Art. 508 C.civ.Fr.

9. Art. 492 C.civ.Fr.

10. Art. 497 à 501, 511 et 512 C.civ.Fr.

11. Cass.civ.I, 17 octobre 1978, *Bull. civ.* 1978, I, n. 304, p. 235 : refus d'annuler le jugement qui donnait mission à l'expert de rechercher si l'altération des facultés mentales était suffisamment grave pour justifier l'ouverture d'une curatelle.

12. Article 490-1 du Code civil français.

tout cas. Elle seule justifie généralement ¹³ les différences établies entre la condition du malade mental et celle du majeur considéré comme sain d'esprit.

3. *L'acte thérapeutique.* C'est la même idée qui transparait dans la définition du traitement médical. Le droit français nous enferme, en effet, assez étroitement dans une alternative. D'un côté, il y a les violences, qualification pénale qui met en œuvre la répression; de l'autre, il y a l'intervention chirurgicale légitime. Entre les deux, il n'y a rien. Le chirurgien se voit ainsi rappeler sa mission; le refus de toute qualification spécifique en cas de dommage consécutif à une opération maladroite ou autrement fautive, n'a pas d'autre raison d'être. Sans doute, la responsabilité civile peut introduire un régime juridique intermédiaire; mais, pour l'essentiel, seul le caractère thérapeutique peut soustraire l'auteur de l'intervention à la peine.

Il importe donc de déterminer les conditions dans lesquelles le qualificatif « thérapeutique » s'applique. Sur ce point, deux règles sont bien claires. La première est que le caractère thérapeutique de l'intervention ne résulte nullement du consentement du malade ¹⁴. En 1937, à propos d'une stérilisation déjà, la Cour de cassation posait très clairement ce principe. Ce n'est pas la volonté du malade, ni même l'entente avec le médecin, qui peuvent rendre thérapeutique un traitement qui ne l'est pas en lui-même. « Les prévenus ne pouvaient invoquer le consentement des opérés comme exclusif de toute responsabilité pénale, ceux-ci n'ayant pu donner le droit de violer, sur leurs personnes, les règles régissant l'ordre public » ¹⁵. Ce principe demeure assurément en vigueur. Aujourd'hui où l'habitude se prend d'appeler « thérapeutiques » des avortements qui ne soignent évidemment personne, il n'est pas mauvais de le rappeler pour tenter d'éviter que les mots ne prennent leur revanche, en imposant leur propre logique. La deuxième règle est que la thérapie suppose la lutte contre un mauvais état de santé. L'acte médical doit être curatif ou préventif de ce mal. C'est le but — la recherche d'une guérison, ou au moins d'une amélioration — qui soumet cet acte particulier au régime juridique propre qui est le sien. Si un tel résultat n'est pas raisonnablement recherché, le droit commun, celui des responsabilités civile et pénale, reprend son empire. « L'opération n'est licite que si l'opéré en tire un

13. Il faut tenir compte des préoccupations de sécurité publique.

14. L'équilibre ou la balance entre volonté et équité n'est pas respecté ici : voir J. LEVIN and B. MCDOWELL, « The balance Theory of Contracts : Seeking Justice in Voluntary Obligations », (1983) 29 *McGill Law Journal* 24, p. 26.

15. Cass.Ch.crim. 1^{er} juillet 1937 : *D.H.* 1937, p. 537, S. 1938, I, p. 193. G. MÉMETEAU, *Le droit médical*, Paris, Litec, 1985, collection Jurisprudence Française n. 4, p. 298-300, n. 454-457.

bienfait »¹⁶. Tels sont les principes applicables notamment en matière d'expérimentation¹⁷ ou encore de chirurgie esthétique¹⁸. « Des motifs personnels peuvent éventuellement justifier des risques opératoires mineurs pris librement par une personne dûment éclairée et responsable de ses actes »¹⁹, mais ils ne sauraient autoriser « une intervention chirurgicale majeure, risquée »²⁰.

4. *Une inspiration particulièrement nette.* Ces solutions constantes ne laissent aucun doute sur l'inspiration du droit français. Quels qu'aient pu être les ravages du volontarisme et du subjectivisme, ils n'ont pas réussi à rendre légitime ce qui porte atteinte à l'être humain. Pourtant, leur travail de sape s'est effectué ici de manière tout spécialement insidieuse. En apparence, des efforts étaient seulement accomplis pour donner plus de cohérence et de précision à la notion d'incapable. Malgré les efforts du législateur et de prestigieux interprètes, les pièges de la conceptualisation n'ont pas toujours été évités; l'incapable a été parfois exclu, mis à part, considéré comme un être aussi étrange qu'inquiétant, presque une insulte au progrès de l'humanité. C'est pourquoi, il importe de reconnaître les mérites de l'empirisme et de mettre systématiquement en avant l'intérêt du malade.

I. LES PIÈGES DE LA CONCEPTUALISATION : LA NOTION D'INCAPABLE

5. *Une tendance à l'expansion.* Pour des raisons que l'histoire et la philosophie auraient à élucider, la notion d'incapable et celle d'incapacité exercent, sur l'esprit des juristes français, une sorte d'attrait. Cette qualification ancienne a une tendance à l'expansion qui se vérifie à chaque époque. Tout se passe comme si la généralité du terme « incapable » dans le langage courant contaminait irrésistiblement le langage juridique. Si celui-ci paraît précis, la tentation est grande d'étendre le domaine des incapacités, d'appliquer cette qualification en dehors de sa stricte raison

16. R. MERGER, « Problèmes juridiques de la stérilisation féminine en fonction de ses aspects médicaux et sociaux », *J.C.P.* 1963, I, 1770. Comparer A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, L.G.D.J., 1960, préface G. LEVASSEUR, Bibliothèque de droit privé, t. XXI, n. 191-192, p. 126-127; *adde* n. 22-23, p. 21-23.

17. G. MÉMETEAU, *op. cit.*, *supra*, note 15, n. 467, p. 311. — A. LAJOIE et P. MOLINARI, J.-M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, 1981, Presses de l'Université de Montréal, n. 563, p. 346 et n. 749, p. 462-463 : pour une réflexion d'ordre général à partir du droit québécois. J.M. AUBY, A. PÉQUIGNOT, R. et J. SAVATIER, *Traité de droit médical*, Paris, 1956, n. 274.

18. Voir les références citées à la note 17.

19. Aix-en-Provence, 1^{re} ch., 16 avril 1981, *J.C.P.* 1983, II, 19922, observations Fr. CHABAS, *Rev. tr. dr. sanitaire et social*, 1982, p. 48, note L. DUBOIS.

20. *Ibid.*

d'être juridique, de lui faire dire plus qu'elle ne signifie. L'histoire du droit et de la maladie mentale oscille sans cesse entre, d'une part, cette tentation qui fait considérer l'incapable comme une personne diminuée dont le sort est normalement tout à fait différent de celui des normaux et, d'autre part, la condition juridique des malades mentaux seulement placés sous la protection de la loi.

A. L'incapable, comme personne diminuée

6. *Les deux acceptions du terme « incapable »*. Il y a deux façons très différentes d'entendre les vocables juridiques « incapable » et « incapacité ». La première est précise et se présente comme une modalité particulière de mise en œuvre d'un nombre limité de règles. La nécessité de faire intervenir des tiers chargés de représenter ou d'assister l'incapable suggère pourtant inévitablement l'idée d'une diminution de personnalité. C'est cette façon de voir qui prend le dessus dans la deuxième interprétation. Le danger est alors fort grand de considérer plus ou moins que l'incapable n'est pas tout à fait une personne; plus précisément, ce qui serait inconcevable pour tout être humain paraît pouvoir être envisagé légitimement à son propos.

7. *Le sens propre de la notion juridique d'incapacité*. En un premier sens, la notion juridique d'incapacité est spéciale et sa portée est limitée. Elle ne doit certainement pas être invoquée pour fixer le régime juridique d'initiatives aussi particulières qu'une intervention chirurgicale. C'est là le sens propre de l'incapacité; deux arguments suffisent à l'établir. Tout d'abord, lorsque l'alinéa 1^{er} de l'article 488 du *Code civil* français indique que les règles de protection des incapables s'appliquent à « tous les actes de la vie civile », il vise seulement les actes patrimoniaux. La preuve en vient des dispositions qui suivent celle-ci et aménagent chaque régime. Ce sont seulement des exemples patrimoniaux qui sont envisagés de manière générale. D'ailleurs, la distinction des actes conservatoires, d'administration et de disposition, sur laquelle ils se fondent, n'a de signification véritable qu'en ce domaine. Au XIX^e siècle déjà, Demolombe écrivait que la référence à « tous les actes civils » ne valait pas pour les actes personnels. Il en donnait une raison déduite de l'esprit d'ensemble des régimes d'incapacité; ils supposent la possibilité de distinguer la jouissance et l'exercice des droits, puisqu'ils privent leur titulaire du seul exercice de ses prérogatives propres. Dès lors, les actes personnels qui portent sur des droits dont l'exercice ne peut être dissocié de la jouissance sont étrangers à la notion d'incapacité²¹; il songeait notamment au mariage et à la reconnaissance d'enfant. Baudry-Lacantinerie

21. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, *supra*, note 6, n. 639, p. 431 et n. 644, p. 437.

critiquait la théorie de Demolombe; mais c'était pour mieux fonder l'éviction de la notion d'incapacité. Il substituait à la distinction des actes patrimoniaux et personnels, celle des actes moraux et pécuniaires²². De même, Aubry et Rau²³, ainsi que Laurent²⁴ et Huc²⁵, écartaient la notion d'incapacité à propos des actes qu'ils appelaient moraux. Certes, ils n'envisageaient que des actes tout à fait particuliers; mais leur préoccupation de cantonner les effets de l'incapacité n'en était pas moins claire. Il faut constater, une fois de plus, que rien n'est inédit; c'est dans le domaine de la procréation qu'ils entendaient notamment veiller au respect de la personne malade, en particulier lorsque des intervalles de lucidité lui permettaient d'exprimer sa volonté. Le deuxième argument en faveur de la spécialité de la notion d'incapacité est à déduire des exceptions que, même en matière patrimoniale, le législateur et les juges ont senti le besoin d'instaurer; les mécanismes de représentation et d'assistance n'ont pas vocation à tout couvrir. Le meilleur exemple en est donné par les actes de la vie courante²⁶. L'explication du régime spécifique de ces opérations qu'il est d'usage de laisser les incapables accomplir eux-mêmes, est souvent recherchée seulement dans leur peu de gravité : *de minimis non curat praetor*. Il faut pourtant ajouter deux observations. D'une part, ce sont des actes dont la réalisation, par certains malades au moins, est difficile à empêcher. D'autre part, ces actes peuvent difficilement être soumis à un régime juridique trop lourd ou contraignant; exiger l'intervention d'un organe de protection, tuteur ou curateur, c'est pratiquement interdire l'accomplissement de ces actes. Que le législateur français s'y soit refusé est une manifestation de sa prudence, de sa lucidité²⁷; il sait ne pas pouvoir tout réglementer et ne le souhaite pas. Il résiste ainsi à cette tentation de transformer l'incapacité en une notion absolue.

8. *Le sens dérivé de la notion juridique d'incapacité.* Le deuxième sens du mot incapacité demeure constamment présent dans les esprits, prêt à influencer la réflexion, à l'entraîner vers des solutions inattendues. Dès le XIX^e siècle, face aux auteurs « relativistes » précédemment cités, il y eut des adeptes de l'absolutisme. Taulier, Toullier,

22. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. IV, *Des Personnes*, vol. IV, 2^e éd., par Ph. Bonnecarrère, Paris, Larose et Ténin, 1905, n. 882-883, p. 779.

23. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 1, 4^e éd., Paris, Marchal, 1869, parag. 127, p. 523 : sans explication particulière, il est vrai.

24. Fr. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. V, 3^e éd., 1878, n. 308-310, p. 365-372.

25. Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, Pichon, t. III, 1892, n. 519, p. 504-505.

26. Articles 389-3, alinéa 1, et 450 du Code civil français.

27. Sans compter la préoccupation thérapeutique dans la mesure où la conservation d'une certaine autonomie peut être bénéfique au malade mental.

Mourlon, puis Planiol²⁸ plaidèrent pour la généralité de l'incapacité. Il est notable que leur objectif final fût le même ; c'était pour assurer la meilleure protection des malades qu'ils adoptaient cette position. La jurisprudence, celle de la Cour de cassation en particulier, n'a pas toujours été insensible à l'attrait de cette deuxième conception. Généraliser la qualification d'incapacité est une solution de facilité tentante. L'habitude se prend de parler de « l'incapacité complète du majeur en tutelle »²⁹. Le législateur lui-même y incite parfois. La hiérarchie des régimes qui donne l'impression que le plus protecteur doit être aussi puissant que possible et l'opposition entre les personnes capables et celles qui sont « néanmoins protégées » par la loi³⁰ peuvent sembler dire que l'efficacité de la protection se mesure à l'étendue de la restriction de la capacité. Il est alors aisé de généraliser : protéger l'incapable, cela devient prendre à sa place les décisions, toutes les décisions que sa déraison l'empêche de prendre.

Deux erreurs peuvent en découler. La première consiste à oublier que défendre la personne est un objectif bien différent de la sauvegarde de ses intérêts patrimoniaux. La deuxième revient à considérer que l'incapable peut être traité tout autrement que le commun des mortels. Ce qui serait une atteinte intolérable à l'intégrité d'une personne normale devient admissible, raisonnable, voire souhaitable ; certains parleront même de réalisme, de celui-là même sans doute qui « dans le meilleur des cas, [...] conduit à la médiocrité [et] dans le pire [c'est le plus fréquent], [...] mène à la tombe »³¹. Pourtant, la loi condamne ces positions ; elle met l'accent moins sur l'incapacité que sur la protection. Comme l'écrivait encore Demolombe, il serait inadmissible de « retourner contre l'aliéné lui-même la protection » que le Code lui accorde³². Le malade n'est pas juridiquement une personne diminuée, voire moins qu'une personne ; il est une personne protégée.

B. L'incapable, comme personne protégée

9. *Le besoin de protection.* En parlant de « majeurs protégés », ce n'est pas seulement un mot que le législateur français de 1968 a choisi ;

28. J. Fr. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. II, Paris, Delhomme, 1840, p. 120-121. C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 2^e éd., t. II, Paris, Warée, 1819, n. 1354, p. 467-468. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Paris, Pichon, 1900, n. 2896, p. 915-916. Fr. MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil*, Paris, Garnier, 1880, t. I, 11^e éd. par Ch. Demangeat, n. 533, p. 289.

29. Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1980, *Bull. civ.* I, n. 172, p. 141. Comparer Cass. civ. 26 février 1890, *S.* 1890, I, p. 216, *D.P.* 1890, I, p. 290.

30. Article 488, alinéa 2, du Code civil français.

31. J. DUTOURD, *Les Taxis de la Marne*, II, IV.

32. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, *supra*, note 6, n. 642, p. 434.

c'est toute une inspiration. L'intitulé du titre XI du livre 1^{er} du Code mérite attention; les majeurs dont il est question ont leur statut propre uniquement pour assurer leur protection. Le texte liminaire — l'article 488 du *Code civil* français — se réfère d'ailleurs explicitement à un besoin du malade, à son besoin de protection. Telle mesure et la raison d'être des dispositions légales! Il en est ainsi parce qu'avant même d'adopter une politique de la maladie mentale, une inspiration législative, les auteurs de la loi ont compris qu'ils devaient faire preuve d'une extrême prudence, de cette prudence caractéristique du juriste, mais que les législateurs ignorent si souvent.

10. *Une législation prudente.* La prudence — au sens aristotélicien du terme — du législateur français se révèle dans les deux précautions élémentaires et fondamentales qu'il a prises. La première est de ne pas statuer de manière générale et abstraite dans un domaine où chaque cas est tout à fait particulier. La seconde — et le mot prudence se teinte alors de sa coloration plus habituelle — est de ne pas confondre les biens et la personne. L'empirisme législatif est la principale forme sous laquelle s'exprime un parti-pris général de prudence. C'est le refus du dogmatisme qui tendrait à essayer de tout prévoir, de tout organiser. Le risque serait de changer le malade mental en une sorte d'être à part, totalement différent, justiciable de solutions inverses de la normale. Pour l'éviter, le plus large rôle est laissé au juge, à son appréciation souveraine. Confiance lui est faite pour dire cas par cas, malade par malade, décision par décision, ce qui est mieux ou moins mal. Bien entendu, les juges sont invités à s'informer, notamment auprès des médecins. Ce qui est notable, c'est que pour faciliter l'adoption de mesures conçues en contemplation de chaque situation individuelle, le législateur renonce presque à définir chaque régime de protection. Dans chaque hypothèse, au vu des aptitudes et des besoins de chacun, le juge peut composer un régime original, plus souple ici, plus contraignant là, en diminuant ou en augmentant l'autonomie du malade, en énumérant des actes spécialement interdits ou des actes autorisés. D'absolutisme de l'incapacité, il n'est plus question. Cet empirisme favorise le respect de la distinction des personnes et des choses. Qui ne veut pas raisonner dans l'abstrait, qui ne veut pas statuer sur des catégories, sur des assimilations, qui ne veut pas procéder par oukase, est mieux à même de concevoir différemment ce qui diffère dans la réalité. La protection du malade quant à ses biens ne requiert pas les mêmes mesures que la protection de sa personne, de son intégrité physique en particulier. Le législateur français de 1968 s'est préoccupé de sauvegarder les intérêts personnels du malade³³. Il a envisagé sa personne autant que ses biens; mais les règles élaborées diffèrent notablement. À

33. Voir, par exemple, la disposition très significative de l'article 490-2 du Code civil français, relative au logement du malade.

aucun moment, les dispositions légales ne laissent transparaître la moindre idée d'un rapprochement, voire d'une assimilation. Pour les biens, des qualifications, des classifications et des catégories sont mises en œuvre. Il a paru possible et souhaitable d'établir une échelle de gravité des actes, de déterminer des conditions à remplir, des formalités à accomplir ou des autorisations à obtenir ; de multiples dispositions entrent dans le détail des actes, dans la complexité des opérations patrimoniales. Tout au contraire, la protection de la personne est assurée par une unique disposition générale. Elle désigne un organe et lui indique la direction à suivre en toute circonstance ; sa mission n'est pas autrement précisée. Ce qui est sûr, c'est que sa liberté d'appréciation n'est pas totale, loin s'en faut. À l'évidence, il ne pourrait décider de la réalisation d'une opération chirurgicale non thérapeutique, car ce ne serait plus « prendre soin » du malade³⁴. Toute l'inspiration législative est en ce sens.

11. *Une législation inspirée.* Le législateur français de 1968 ne s'est contenté ni de réglementer, ni d'énoncer des règles techniques. Il avait « une certaine idée » de ce que devait être la condition juridique des malades mentaux. Il a refusé de se laisser prendre au mythe de la qualité de la vie. Il ne s'est pas permis de porter une appréciation sur le point de savoir si la vie du malade vaut ou non d'être vécue. La maladie mentale est une réalité qui s'impose à nous, avec laquelle nos sociétés doivent se mesurer. Une « civilisation plus avancée »³⁵ se marque aussi dans la façon dont le peuple qui en est porteur refuse de transformer en parias ceux que des difficultés particulières tendent déjà à isoler. De cette conviction fondamentale, découlent deux préoccupations importantes. La première a déjà été évoquée : le régime juridique ne doit pas être un obstacle au traitement médical, ni même seulement le gêner. La seconde confirme le relativisme de la loi. Les règles applicables ne doivent avoir pour ambition que de protéger le malade dans la mesure de ses besoins. Il importe de ne pas trop en faire, même avec les intentions les plus secourables et les plus généreuses. Le subjectivisme actuel évoquerait sans doute ici la dignité de la personne humaine ; mais ces abstractions-là ne sont guère utiles. Ce qui importe, c'est le scrupule vigilant et quotidien qui lutte contre toute forme d'aggravation de la condition du malade. Quelle responsabilité serait celle des juristes s'ils finissaient par donner raison à ceux qui soutiennent que la maladie mentale est seulement un produit de la société ! C'est en se pénétrant de ces préoccupations que le législateur a compris la nécessité de ne pas mettre en place, pour la personne du malade, un régime détaillé de protection. Mieux vaut donner au malade un protecteur investi d'une mission générale de

34. Article 450 du Code civil français.

35. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, *supra*, note 6, n. 645, p. 439-440.

sauvegarde. La seule directive qui lui soit fournie est de « prendre soin » du malade. Les mérites de cet empirisme se confirment dans cette seule finalité imprimée à l'action du tuteur ou du curateur; seul l'intérêt du malade doit l'inspirer et le guider. La notion d'incapacité est ici fort peu utile. C'est de maladie dont il doit être principalement question.

II. LES MÉRITES DE L'EMPIRISME : L'INTÉRÊT DU MALADE

12. *Un guide.* Au cœur du régime juridique des malades mentaux, se trouve une notion essentielle, celle de l'intérêt du malade. Est-ce même une notion? C'est un guide, une direction ou une tension, un mouvement ou un souffle. C'est la clé, le premier signe de la portée sur laquelle s'inscrivent toutes les notes du droit. C'est aussi le *la*, le son qu'il faut conserver en mémoire pour retrouver le juste but. Sans l'idée d'intérêt du malade, il ne serait pas possible de comprendre sa condition juridique; il ne le serait pas davantage de déterminer les pouvoirs des organes institués pour sa protection. Tels sont les deux aspects de l'intérêt du malade! À travers cette idée, se découvrent, à la fois, la mesure de la perte d'autonomie subie par le malade et la finalité imposée aux organes mis en place pour y remédier. C'est donc en considération de l'intérêt du malade qu'il faut décider si une intervention chirurgicale non thérapeutique, telle qu'une stérilisation, est admissible ou non.

A. Une perte d'autonomie

13. *Intervention chirurgicale, volonté et liberté du malade.* Le malade mental placé sous la protection de la loi voit sa faculté de se déterminer lui-même restreinte dans toute la mesure où le juge, informé par les médecins, l'estime nécessaire. En d'autres termes, il ne peut se soustraire aux effets de décisions prises pour lui par autrui. Il perd la possibilité d'apprécier lui-même son propre intérêt; d'autres agissent pour lui, à son intention; il faudrait dire sur lui. Par conséquent, l'intervention chirurgicale destinée à provoquer la stérilité ne peut être condamnée ni au nom de la liberté du malade, ni au nom de sa volonté. La décision de procéder à la stérilisation doit pouvoir être imposée au malade — dès lors qu'elle remplit les autres conditions légales — puisque sa condition propre est de subir des contraintes impensables pour d'autres. Le citoyen ordinaire peut toujours refuser qu'une atteinte directe soit portée à son intégrité physique et si une pression est exercée sur lui, elle sera généralement indirecte; ce sera, par exemple, la menace d'une perte pécuniaire. Le malade, au contraire, peut être contraint de se

soumettre à un examen ³⁶ ou à un traitement contre sa volonté ; il le faut bien, par exemple, si l'état de santé d'un malade totalement incapable d'en avoir conscience ou d'exprimer sa pensée requiert une intervention chirurgicale. De ce point de vue, la stérilisation ne paraît rencontrer aucun obstacle.

Encore faut-il se souvenir de la spécificité de l'intérêt personnel en cause ! Parce qu'il ne s'agit pas de biens, parce que la représentation du malade par son tuteur prend une signification très spéciale — c'est dans sa chair qu'il subira les conséquences d'une décision arrêtée par un autre qui, peut-être, toutes choses égales d'ailleurs, ne l'aurait pas prise pour lui-même — le malade qui exprimerait son refus de l'intervention au cours d'un intervalle de lucidité ne devrait pas être opéré. C'est la solution consacrée par la loi pour les prélèvements d'organes pratiqués sur des mineurs ³⁷ ; elle souligne l'opposition entre le régime des biens et le sort de la personne. Telle est la position également adoptée par le Tribunal de Grande Instance de Poitiers, dans un jugement du 11 juin 1982 ³⁸, rendu en matière d'avortement. La mort de son enfant ne peut être imposée à une mère malade mentale qui a manifesté clairement, chaque fois qu'elle l'a pu, la volonté d'assurer le respect de la vie humaine qu'elle portait. Même dans le cas où la mère est atteinte de troubles mentaux, il n'est pas encore vrai que l'avortement soit l'acte normal et l'accouchement l'acte anormal. Prenons garde à ce que l'évolution n'aille pas jusque-là ! Pour le surplus, le régime juridique des décisions qui doivent être prises pour sauvegarder dans la mesure du possible la santé du malade est calqué sur celui de ses biens. Ainsi, le tuteur du malade en tutelle ou le malade en curatelle ont vocation à consentir aux traitements tenus pour usuels. Pour les interventions chirurgicales, dès lors qu'elles excèdent les initiatives les plus bénignes, l'autorisation du conseil de famille est exigée en tutelle et l'assistance du curateur en curatelle ³⁹. Il n'est pas certain que cet alignement sur le sort des biens, pour purement technique qu'il demeure, soit opportun ; rien

36. La difficile question des conséquences à attacher au refus du malade de se soumettre à un examen médical peut être évoquée ici. Son état de santé doit être constaté. Le refus du malade n'établit ni sa bonne santé, ni sa maladie ; de plus, le soupçon de l'existence de troubles mentaux rend particulièrement peu satisfaisante l'idée de présumer la maladie (comparer art. 1347, alinéa 3, où il s'agit d'une sanction). Voir Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1972, *Bull. civ. I*, n. 21, p. 20 : l'idée de sanction n'était pas absente, puisque le malade était déclaré n'être pas « fondé à se prévaloir » de son refus. Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 1979, *Bull. civ. I*, n. 152, p. 123. Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1984, *Bull. civ. I*, n. 223, p. 188. Comparer Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 1981, *Bull. civ. I*, n. 160, p. 131.

37. Loi du 22 décembre 1976 (n. 76-1181), *D.S.* 1977, L., p. 13 : art. 1^{er}.

38. Trib. gr. Inst. Poitiers, 11 juin 1982, in G. MÉMETEAU, *op. cit.*, *supra*, note 15, p. 405 et n. 599, p. 406.

39. G. MÉMETEAU, *op. cit.*, *supra*, note 15, n. 562, p. 379.

dans la loi ne l'impose. En particulier, le recours au conseil de famille ordinaire n'est certainement pas toujours satisfaisant; des personnes plus proches du malade, mais trop occupées pour figurer en permanence dans le conseil, devraient pouvoir intervenir. L'ancienne solution des conseils constitués pour les besoins de la cause serait probablement préférable. La vigilance s'impose en effet puisque le malade n'est pas en mesure d'apprécier lui-même son intérêt⁴⁰.

Peu importe apparemment la réaction du malade mental, hors le cas où il la manifesterait dans un moment de lucidité, à l'égard de la stérilisation projetée! Il est dessaisi de l'appréciation de son propre intérêt. D'autres que lui-même peuvent et doivent dire à sa place ce qui est bon ou mauvais pour lui. Il n'est plus maître de s'aligner sur le comportement commun ou, au contraire, de se singulariser. Que la stérilisation soit, de manière générale, considérée comme une mutilation⁴¹, comme une atteinte particulièrement grave à l'intégrité du corps humain, semble indifférent. Si le protecteur légal du malade décide valablement que l'intérêt de ce dernier exige la réalisation d'une telle intervention, il ne saurait y avoir d'obstacle provenant du malade lui-même.

Cette conclusion n'est pourtant pas inévitable. Une règle complémentaire montre la voie et doit nous alerter. Elle conduit à ajouter une nuance essentielle, une réserve de première importance. S'il est vrai que l'autonomie du malade est notablement réduite, s'il est vrai que son comportement peut et doit lui être dicté, imposé par autrui, il ne faut pas oublier que certaines initiatives sont purement et simplement exclues. Nul ne peut décider qu'elles sont conformes à l'intérêt du malade. Il en est ainsi pour des interventions à caractère non thérapeutique comme les opérations de chirurgie esthétique et les prélèvements d'organes. Sur le premier point, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a, par exemple, invoqué ce principe implicite en affirmant que « des motifs personnels peuvent éventuellement justifier des risques opératoires mineurs pris librement par une personne dûment éclairée et responsable de sa destinée »⁴². Le raisonnement *a contrario* ne laisse pas place au doute. Sur le deuxième point, la loi relative aux prélèvements d'organes est formelle. Même lorsqu'ils ont des fins thérapeutiques pour le bénéficiaire de la greffe, et même s'il y avait grande urgence sans aucun autre recours, ils ne peuvent être pratiqués que sur une personne « jouissant de son intégrité mentale »⁴³. Quelle est la signification de ces règles? Elles ne contredisent

40. C'est l'hypothèse; le juge pourrait évidemment mentionner les décisions relatives à la santé du malade qui serait apte à les prendre dans les actes « que la personne en tutelle aura la capacité de faire elle-même » ou « que la personne en curatelle aura la capacité de faire seule » (articles 501 et 511 du Code civil).

41. Cass. Ch. crim. 1^{er} juillet 1937, précité en note 15.

42. Aix-en-Provence, 1^{re} ch., 16 avril 1981, précité en note 19.

43. Loi n. 76-1181 du 22 décembre 1976, art. 1^{er}.

nullement le principe selon lequel le malade perd, en tant que tel, la maîtrise de son propre intérêt; elles en sont l'illustration exemplaire. La seule particularité porte sur la détermination du protecteur du malade mental. Lorsque la menace est trop grave, lorsque des décisions néfastes et irrémédiables sont à craindre, le législateur lui-même se charge d'apprécier son intérêt. Il renonce alors à son empirisme de principe et statue par voie générale. Dans les circonstances plus normales, ce sont les protecteurs désignés des malades qui doivent prendre la décision en s'efforçant de respecter l'intérêt du malade, après s'être fait une opinion en tenant compte de toutes les circonstances concrètes. Puisque la stérilisation ne figure pas, en elle-même, parmi les actes interdits, c'est donc à l'aune de l'intérêt de chaque malade qu'il faut en mesurer les avantages et les inconvénients, les aspects positifs et négatifs.

B. Une finalité impérative

14. *Ce que peut et ne peut pas être l'intérêt du malade.* Il faut éviter de dire que l'intérêt du malade est difficile à définir; ce serait donner l'impression qu'une telle définition est souhaitable, attendue, espérée. En réalité, cette idée ne peut être enfermée dans des exigences abstraites trop précises. L'intérêt du malade n'est pas difficile à définir; il est conçu pour ne l'être pas. Ce qui lui convient, ce n'est pas l'analyse pointilleuse de ses éléments ou la détermination rigide de ses critères distinctifs; c'est un effort soutenu pour tenter de sentir, dans chaque cas concret, pour chaque malade et en chaque occasion, ce dont la personne protégée a besoin. C'est pourquoi, il ne faudrait pas trop dissenter sur l'intérêt du malade mental. Il importe seulement de décider pour une personne qui est connue, dont l'état de santé physique et mentale est connu, dont les espoirs de guérison et la sensibilité sont connus, dont la situation de fortune et de famille est connue.

Compte tenu de cette observation primordiale, les principes sont simples. Est justifié tout ce qui est conforme à l'intérêt du malade et seulement ce qui est conforme à l'intérêt du malade. La stérilisation en particulier peut répondre ou non à cette exigence. Elle ne peut être admise lorsqu'elle présente des avantages pour un tiers et non pour le malade. L'intérêt du malade ne saurait être sacrifié à celui d'autrui; c'est l'inverse que, le cas échéant, la loi demande. Il faut se souvenir qu'avant tout, le malade mental est une personne juridiquement protégée. Dès lors, quelles que soient les énormes difficultés qu'elles rencontrent, les personnes de l'entourage du malade ne peuvent se fonder sur leur propre intérêt pour réclamer une intervention chirurgicale à effectuer sur le malade. La commodité qui en résulterait parce que leur surveillance pourrait se relâcher ou parce que le voisinage s'adonnerait moins aisément au plaisir de la dérision ou encore parce que des charges

ultérieures seraient évitées, le souci d'éviter des complications supplémentaires ne peuvent être pris en considération. Le rôle du droit ne saurait être de supprimer des inconvénients qui sont inhérents à une situation pénible en elle-même, lorsque la personne même est en cause. Ces motifs ne pourraient donc, en aucun cas, justifier la décision de procéder à une stérilisation sur le malade mental. De même, l'intérêt futur de l'enfant susceptible de naître ne peut être mis en balance avec l'intérêt actuel d'une personne vivante; le raisonnement inverse conduirait à admettre qu'il y a des vies qui ne valent pas d'être vécues. Qui est prêt à prendre le risque d'introduire de telles considérations dans les décisions juridiques? En revanche, ce qui peut être de l'intérêt du malade mental, c'est toute une mesure curative ou préventive. Si la stérilisation est nécessaire pour la survie de la personne protégée, pour éviter une détérioration de sa santé physique ou mentale, il n'y a aucune raison de s'y opposer. La décision peut être prise comme elle le pourrait pour une personne saine d'esprit; seules des raisons thérapeutiques sont de nature à la justifier.

CONCLUSION

15. Dans la théorie juridique des actes, cette notion étant entendue dans un sens très large, le droit français n'offre que trois possibilités pour expliquer les contraintes infligées à une personne. Ou bien, l'acte a été voulu par celui qui en subit les conséquences; ou bien il est accompli dans l'intérêt de cette personne; ou bien enfin, cet acte constitue une sanction ou une mesure de protection en cas de menace directe et immédiate à l'intérêt public. La stérilisation, comme les autres traitements non thérapeutiques, ne peut échapper à cette grille d'analyse. Il faut s'y tenir parce que la protection des personnes est en cause. Ce serait folie que de compter sur les bonnes intentions, sur la générosité et sur l'altruisme. La sauvegarde des personnes ne se divise pas. Si certaines atteintes à leur intérêt étaient légitimées dans des circonstances différentes, il serait impossible d'éviter que, de proche en proche, des exactions de plus en plus graves fussent commises. Le Cardinal Jean-Marie Lustiger déclarait récemment : « Mon principe est le suivant : je ne sais pas ce qui distingue un homme normal d'un homme anormal. Ce que je sais, c'est que tout être humain est un être humain et que si on veut respecter la vie il faut la respecter intégralement. Voilà ma conviction⁴⁴. » Si on veut respecter la personne, il faut la respecter intégralement. Voilà ma conviction !

44. Cardinal J.-M. LUSTIGER interrogé à la radio (Europe n. 1) : voir *Le Figaro* des 30 novembre-1^{er} décembre 1986, « Le remboursement de l'IVG en question ».