

# Des effets de la démence aux besoins du malade mental : la loi du 30 juin 1838, amorce d'un changement de perspective

**Marta PEGUERA POCH**

*Agrégée des facultés de droit,*

*Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris 1 IRJS (UR 4150)*

Depuis le début de ce séminaire, nous nous interrogeons sur la notion de vulnérable et son irruption dans le droit français il y a une vingtaine d'années. Que révèle ce changement de vocabulaire ? La catégorie de majeur vulnérable recouvre-t-elle la même réalité que celle, traditionnelle, d'incapables majeurs ?<sup>1</sup>

Plusieurs questions se posent au sujet de la vulnérabilité. S'agit-il d'une qualité intrinsèque de l'individu ou bien d'une qualité en relation aux tiers et à la place que la personne vulnérable occupe dans la société ? Lorsque le droit se saisit de la vulnérabilité c'est pour la protéger, mais quel est l'objet de cette protection ? La personne vulnérable ou les autres (la famille, la société) ? On protège ou on se protège ? Et, si la protection vise la personne vulnérable, que protège-t-on exactement, la personne ou son patrimoine ?

Il s'agit de questions simples à poser, mais qui révèlent leur complexité dès qu'on essaie d'y répondre, car la question de la protection des incapables majeurs est celle du bon équilibre entre des intérêts différents, voire opposés. En tant qu'historienne du droit, il me revient de faire une synthèse des différents régimes de protection que le droit a mis en place dans le temps, afin d'éclairer les réflexions sur le droit positif. Certes, dans le temps limité de ce séminaire, il ne peut s'agir de décrire tous les régimes qui ont existé partout et à

toutes les époques mais de chercher, dans les équilibres bâtis par le droit de différentes époques, s'il existe des éléments qui permettent de préparer le basculement de l'incapacité à la vulnérabilité.

Si dans l'étude de l'histoire du droit civil français la césure avant et après le Code civil est commode et souvent justifiée, elle n'est pas toujours pertinente. En l'occurrence, un point d'inflexion dans la manière de concevoir le droit des majeurs incapables en droit français semble être la loi du 30 juin 1838 sur l'internement des aliénés qui, comme on le verra, est le cas modèle des causes d'incapacité chez les majeurs. Le changement introduit lors des discussions autour de cette loi concerne l'intérêt porté aux besoins du malade mental et pas seulement à la nécessité d'encadrer les effets de la maladie pour le malade lui-même, pour son entourage et pour la société. Bien sûr, tout au long de l'histoire du droit français, les régimes juridiques des incapacités sont des régimes qui protègent autant la personne incapable que la société mais, au XIX<sup>e</sup> siècle, les prémices d'une meilleure connaissance médicale des pathologies mentales permettent de regarder de plus près la situation personnelle du malade, et de mettre en place un régime juridique approprié, davantage centré sur le malade que sur les effets de la maladie, comme une sorte de prélude au basculement de l'incapacité à la vulnérabilité.

Afin de mieux saisir ce changement de perspective, il convient de connaître comment la protection des majeurs incapables s'est mise en place en droit français, condition

<sup>1</sup> Le présent article est tiré de la communication présentée le 26 janvier 2024 lors d'une séance du séminaire *Penser le droit des majeurs vulnérables*. La forme orale a été conservée.

indispensable pour saisir l'inflexion apportée par la loi du 30 juin 1838. Je diviserai donc mon propos avant et après cette loi.

## I.- La protection des majeurs incapables avant la loi de 1838

L'exposé du droit romain en la matière est nécessaire, car le droit des incapacités lui doit les mécanismes de la tutelle et de la curatelle. Sur l'héritage romain, le droit coutumier fera sa propre synthèse, revue encore au moment de l'élaboration du Code civil.

### *A.- La curatelle romaine, mécanisme de protection des majeurs incapables en droit romain*

On laisse de côté les incapacités résultant de causes normales et prévisibles, comme l'âge ou le sexe, soumises au régime de la tutelle romaine<sup>2</sup>, pour ne s'intéresser qu'aux causes d'incapacité accidentelles, logiquement très variées, et qui ont en commun d'altérer la conduite normale de la personne (folie, altération des facultés mentales, prodigalité reconnue...). Elles peuvent entraîner une incapacité totale ou partielle. Parmi la diversité de situations, les plus emblématiques sont le cas du *furiosus*, le fou, frappé d'une incapacité totale tant que dure sa folie, et le cas des prodiges interdits, dont l'incapacité est partielle, c'est-à-dire, qu'elle ne touche qu'aux actes qui diminuent leur patrimoine ou empirent leur condition, comme devenir débiteur d'une obligation ou renoncer à un droit. Ils restent cependant capables de rendre leur condition meilleure, par exemple en devenant créancier ou propriétaire<sup>3</sup>.

La conséquence immédiate de cette incapacité qui frappe la personne est que ce qu'il ne peut plus faire, doit être fait

<sup>2</sup> Le droit romain réserve le terme de tutelle uniquement à la protection des femmes et des impubères. Cf. D. 26, 1, 1.

<sup>3</sup> Le préteur admet plus tard la possibilité de mettre en place une curatelle à la demande de la personne intéressée, par exemple, les mineurs de 25 ans du fait de leur inexpérience. Cf. D. 4, 4, 1. L'étude de la curatelle du mineur de 25 ans est écartée car, volontaire au départ, elle évolue vers une curatelle obligatoire et se rapproche du régime de la tutelle des mineurs.

par quelqu'un d'autre. Ainsi, on trouve en droit romain des mécanismes de substitution qui suppléent les défaillances dues à l'incapacité. Pour les incapacités des majeurs, la loi des Douze tables met en place le régime de la curatelle, terme issu de *cura*, qui signifie prendre soin. Les régimes de curatelle sont aussi variés que peuvent l'être les circonstances de la vie. Il en est cependant de récurrents qui couvrent les hypothèses les plus importantes déjà évoquées : la curatelle de l'insensé et la curatelle du prodigue<sup>4</sup>. Selon la loi des Douze Tables, la charge de la curatelle est confiée aux héritiers légaux de la ligne agnatique la plus proche ou aux parents gentiles. Cela veut dire que, du moins dans la période la plus ancienne du droit romain, la curatelle est admise dans l'intérêt du curateur pour veiller sur le patrimoine familial. Plus tard, on admet que le curateur puisse être nommé par le magistrat ou désigné par un testament, la curatelle légitime (celle de la loi des Douze Tables) disparaissant au Bas Empire.

La raison d'être de la curatelle étant l'incapacité, elle suit naturellement son évolution et ses caractéristiques : elle commence avec la cause de l'incapacité et finit avec elle. Ce fondement de la curatelle détermine également les obligations du curateur, qui varient selon les cas. La curatelle d'un fou commence avec la folie et finit avec elle, s'interrompant à chaque fois que l'aliéné retrouve la lucidité. Dans ce cas, le curateur a des pouvoirs semblables à ceux du tuteur d'un mineur, puisqu'il doit veiller sur la personne et sur les biens de l'incapable. Elle n'est cependant pas identique parce que, contrairement au tuteur d'un mineur, le curateur n'a pas à compléter la personnalité du fou. Par exemple, le curateur ne peut pas accepter une succession à la place d'un aliéné ; il faut attendre un intervalle de lucidité pour que l'aliéné l'accepte lui-même<sup>5</sup>. La portée et la durée de la curatelle du prodigue sont différentes de celle du fou. L'interdiction du prodigue se fonde non sur la nature, comme la folie, mais sur une défaillance morale qui ne prive pas le prodigue de ses facultés mentales. Elle est donc artificielle et commence par la décision qui prononce l'interdiction du prodigue et finit par la décision qui la lève, sans que des intervalles de changement chez le prodigue viennent suspendre l'exercice de la curatelle. L'incapacité du prodigue n'est que partielle, par conséquent, les pouvoirs du curateur sont moindres et se

<sup>4</sup> Cf. P.-Fr. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. présentée par J.-P. LEVY, Paris, Dalloz, 2003, p. 241 et s.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 243, note 2.

limitent à la gestion des biens. Le prodigue peut rendre sa condition meilleure, mais ne peut la rendre pire<sup>6</sup>.

Qu'elle concerne le fou ou le prodigue, ou n'importe quelle autre hypothèse d'incapacité accidentelle, la procédure romaine ne connaît pas d'action spécifique pour la curatelle, contrairement à la tutelle<sup>7</sup>. Les rapports entre le curateur et son assisté relèvent de la gestion d'affaires qui, par sa souplesse, permet une parfaite adaptation aux circonstances propres de chaque cas, l'intervention du curateur pouvant aller d'un simple rôle de conseil à l'administration complète des biens de son assisté.

La curatelle apparaît ainsi comme un mécanisme juridique de protection surtout contre les effets essentiellement patrimoniaux des actes d'une personne qu'une circonstance accidentelle de la vie a rendue incapable de veiller à ses propres intérêts. On le protège lui-même mais, surtout, on se protège des dangers d'une situation où les conditions normales d'exercice des droits ne sont pas remplies. Le droit français prendra cet héritage romain en le transformant.

### *B.- La protection des majeurs incapables en droit coutumier et dans le code civil*

Le droit coutumier procède de manière empirique pour protéger toutes les situations où des intérêts divers courent des risques, nommant à chaque fois un curateur pour veiller sur l'intérêt menacé<sup>8</sup>. Ce sont les juges qui cherchent la meilleure solution au cas par cas. Mais, comme en droit romain, les cas les plus importants qui méritent une protection particulière sont ceux des personnes n'ayant pas ou plus la pleine possession de leurs facultés mentales, situation qui reste le modèle pour toute mesure de protection des incapables majeurs.

Beaumanoir au XIII<sup>e</sup> siècle parle de l'incapacité du *fol*, frappé d'incapacité totale et à qui on donne un défenseur s'il doit aller en procès, et un administrateur pour ses biens<sup>9</sup>. Ces aliénés, surtout s'ils sont dangereux, doivent être liés et leurs gardiens sont responsables des dommages qu'ils peuvent

causer<sup>10</sup>. Le droit coutumier connaît également la pratique romaine de l'interdiction des prodiges, avec une procédure semblable : les héritiers ou la femme du prétendu prodigue saisissent le juge qui ordonne une enquête au vu de laquelle, si les faits sont prouvés et attestent d'une réelle prodigalité, le juge prononce l'interdiction du prodigue. Cette interdiction doit être publiée<sup>11</sup>, et le prodigue ne peut faire des actes juridiques valables sans l'assistance d'un administrateur, qui équivaut à la figure du curateur romain. Si les causes qui ont motivé l'interdiction disparaissent, on peut demander au juge la mainlevée de l'interdiction dont l'effet est de redonner à l'ancien prodigue sa pleine capacité. À partir du XIV<sup>e</sup> siècle apparaît dans la jurisprudence le cumul entre le régime de la curatelle du fou et celle du prodigue interdit : un fils est institué curateur de son père devenu sénile mais, en même temps qu'on nomme le fils curateur, on interdit le père, ce qui mène à la confusion des deux régimes : celui de l'aliéné et celui du prodigue<sup>12</sup>. Cette confusion au profit de l'interdiction s'installe à partir du XVI<sup>e</sup> siècle et devient le régime général du droit coutumier concernant les incapables majeurs, la prodigalité étant considérée par certains comme une sorte de folie<sup>13</sup>. La différence entre le fou et le prodigue est que, dans le premier cas, l'interdiction constate une incapacité naturelle alors que dans le cas du prodigue, qui n'a pas perdu ses facultés mentales, l'interdiction crée l'incapacité.

La procédure est bien établie et correspond à celle déjà décrite : le juge doit être saisi par la famille proche et, une fois saisi, il mène une enquête afin de prouver la folie ou la prodigalité, recueillant également les avis de la famille. Si, à la suite de l'enquête, le juge estime la demande fondée, il prononce l'interdiction et nomme un curateur, cette mesure devant être rendue publique. Des arrêts, suivis d'une ordonnance de 1629, organisent la publicité de l'interdiction : elle doit être affichée dans les greffes<sup>14</sup> et signifiée aux notaires

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 246.

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 244.

<sup>8</sup> Cf. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, n° 196.

<sup>9</sup> Ph. DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, Paris, 1899, n° 411 et 1061.

<sup>10</sup> Cf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, Puf, 1996, n° 351-352 et J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 198.

<sup>11</sup> Cf. P. PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, Paris, éd. Loysel, 1992, p. 431.

<sup>12</sup> Cf. *ibid.*, p. 433.

<sup>13</sup> « On en compare d'autres à ces premiers [aux furieux, imbeciles, insensés] ; en effet, tels sont aussi les prodiges, leur funeste penchant, quant à l'administration, les assimile aux précédents [...] », Fr. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris, 1770, tome I, livre I, titre VI, chap. IV, sect. 1, II, p. 75.

<sup>14</sup> « Seront mis et affichez tableaux aux greffes des juridictions ordinaires, contenant noms [...] de ceux ausquels l'administration de leur

qui engagent leur responsabilité s'ils n'informent pas leurs clients de la mesure d'interdiction. Dans le cas du prodigue, la procédure est semblable, mais l'interdiction ne vaut que pour les biens, le prodigue jouissant de ses facultés mentales pour se gouverner lui-même<sup>15</sup>.

Ce curateur, explique Domat<sup>16</sup>, doit prêter serment, faire l'inventaire des biens et, pour ce qui relève de son administration, il doit agir avec le même soin qu'aurait un tuteur. Le curateur n'a pas que des obligations, il a également des pouvoirs vis-à-vis de la personne qui souffre de démence et vis-à-vis de ses biens : il retient le dément auprès de lui, il peut le mettre en pension dans une maison honnête qu'il choisit librement. Si la démence arrive à la fureur, il peut et doit se pourvoir auprès du juge qui, après avis de la famille et information sur l'état du malade, peut ordonner son enfermement de force. Mais l'internement peut également être fait par lettre de cachet, qui sera la pratique courante au XVII<sup>e</sup> et au XVIII<sup>e</sup> siècles, avec ou sans interdiction judiciaire. Une circulaire de 1784 subordonne cependant l'enfermement administratif par lettre de cachet à l'existence d'une interdiction judiciaire, ce qui laisse donc le rôle principal au juge<sup>17</sup>. Comme le tuteur, le curateur doit rendre des comptes de sa gestion à la fin de la curatelle. Celle-ci finit par la levée de l'interdiction prononcée quand le dément a retrouvé l'usage de la raison ou, dans le cas du prodigue, quand il y a des preuves de bonne conduite. La procédure est en tout point parallèle à celle qui prononce l'interdiction. La requête de levée de l'interdiction doit être présentée au juge qui mène une enquête, demande l'avis de la famille et, le cas échéant, lève l'interdiction. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, des lettres patentes du 25 novembre 1769 unifient les usages, pour couper court aux contestations. À l'avenir ne peut être statué sur les demandes en interdiction pour démence, fureur ou prodigalité, comme pour les demandes de main levée :

[...] que sur les conclusions de la partie publique des sièges ou lesdites demandes seront pendant et par délibération desdits sièges, soit que les interdictions et mainlevées d'icelles soient consenties ou qu'elles soient contestées. Faisons défense à tous juges de statuer seuls et en leurs maisons sur

bien et la liberté de contracter est interdite [...] », ordonnance de janvier 1629, art. 143, DECRUSY, ISAMBERT, TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, 1829, tome XVI, p. 267.

<sup>15</sup> Cf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 353-354.

<sup>16</sup> J. DOMAT, *Œuvres complètes*, Paris, 1828, tome 1, Partie I, livre II, titre II, p. 434-440.

<sup>17</sup> Cf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 352.

les interdictions et mainlevées d'icelles, à peine de nullité, et de tous dommages et intérêts [...] dérogeant à tous usages à ce contraires. Pourront néanmoins les juges faire seuls les avis des parents, interrogatoires et autres procédures de pure instruction pour parvenir auxdites interdictions et mainlevées d'icelles, soit en leurs maisons, soit ailleurs, suivant l'exigence des cas et les usages des sièges<sup>18</sup>.

Au moment de la rédaction du Code civil, les débats qui ont suivi la présentation des textes sur ce sujet montrent que la préoccupation des rédacteurs du Code civil et du Conseil d'État est la protection du patrimoine, dans l'intérêt de la société et dans l'intérêt de la famille. Le modèle reste la démence ; le cas de la prodigalité est discuté<sup>19</sup>, mais n'est finalement admis que comme signe de démence. « Il est donc préférable de traiter l'individu notoirement prodigue comme un homme en démence [...] celui-là est certainement privé de raison, qui se réduit à la misère par le jeu et par la débauche<sup>20</sup>. » Seule la démence et ses manifestations sont soumises au régime de l'interdiction, prévu dans les articles 489 et suivants du Code civil de 1804. La simple prodigalité, si elle peut nuire à une famille concrète, n'est pas nuisible à l'État dans son ensemble : « L'État, il n'a pas intérêt à l'interdiction d'un prodigue. Ses dissipations ne diminuent pas la masse des richesses nationales ; elles se bornent à déplacer les biens<sup>21</sup>. » Le Code ne se désintéresse cependant pas totalement du cas du prodigue non dément. Il prévoit, aux articles 513 et suivants, la création d'un conseil judiciaire, nommé par le tribunal pour assister le prodigue.

Si l'intérêt des rédacteurs du Code civil est surtout la protection du patrimoine de l'incapable majeur, l'intérêt pour la personne elle-même n'est pas totalement exclu du fait de l'importance acquise par la déclaration des droits de l'homme, mais également par réaction aux abus d'enferme-

<sup>18</sup> DECRUSY, ISAMBERT, TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, 1829, tome XXII, p. 493.

<sup>19</sup> Intervention du consul Cambacères, séance du 4 novembre 1802 : « Rien ne s'oppose à ce qu'on prenne des mesures pour défendre le prodigue contre ses propres excès ; et dès lors il faut y pourvoir [...] », P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, tome 10, p. 692. Intervention de Portalis lors de la même séance : « Il est du devoir de la société de protéger les citoyens contre eux-mêmes : ce principe est la base des lois sur l'interdiction pour démence ou fureur, des lois sur les tutelles. Le prodigue, comme le mineur, comme le furieux, est dans une position qui appelle la protection des lois, d'autant que les vices et les passions auxquels on doit attribuer ses excès sont de nature à inquiéter la société », *ibid.*, p. 690-691.

<sup>20</sup> Cf. *ibid.*, p. 689, intervention de Tronchet.

<sup>21</sup> *Ibid.*



ment par lettre de cachet sous l'Ancien Régime<sup>22</sup>. Au sujet des prodiges, par exemple, Bigot-Praémeneu affirme lors des débats : « L'interdiction pour prodigalité telle qu'on la prononçait mettait l'interdit, quant à ses biens, sous l'autorité d'un curateur, comme un mineur l'était sous celle de son tuteur. Il en résultait une sorte de dégradation de la personne<sup>23</sup>. » Il y a dégradation parce que le prodigue jouit de ses facultés mentales, contrairement au dément. Ainsi, pour respecter au maximum la liberté individuelle, le Code civil limite l'interdiction aux cas les plus graves, c'est-à-dire, « l'imbécillité, la démence et la fureur<sup>24</sup>. » Pour les autres, il laisse la liberté individuelle et donc la pleine capacité juridique, sous réserve de la nomination d'un conseil judiciaire pour assister les prodiges.

On a donc en 1804 un régime des incapacités des majeurs hérité de la construction d'ancien régime, qui distingue entre les hypothèses de démence et celles de prodigalité<sup>25</sup>. Le prodigue, maître de ses actes, peut être entouré d'un conseil judiciaire qui l'assiste pour limiter les effets négatifs de sa prodigalité<sup>26</sup>. Ce régime facultatif contraste avec le caractère obligatoire de l'interdiction du dément : « Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides<sup>27</sup>. » Les garanties procédurales qui entourent le régime de l'interdiction<sup>28</sup> montrent que les rédacteurs du Code souhaitent préserver la liberté individuelle et ne l'ôter que s'il n'y a pas d'autre solution. La limitation de la capacité juridique des majeurs est une mesure grave qui doit être encadrée, et l'article 515 dispose en ce sens que « aucun jugement, en matière d'interdiction, ou de nomination de conseil, ne pourra être rendu, soit en première instance, soit

en cause d'appel, que sur les conclusions du commissaire du Gouvernement ». L'interprétation de la jurisprudence tend également à limiter l'interdiction aux cas de démence avérée : la faiblesse d'esprit, le défaut de caractère, des erreurs d'opinion, des écarts de conduite ne peuvent fonder une mesure d'interdiction, à moins qu'ils ne soient le fruit d'un état de démence<sup>29</sup>.

Il est donc clair que le Code civil continue la tradition ancienne : protéger les majeurs contre eux-mêmes et protéger également les intérêts de leur famille et de la société en empêchant les personnes qui n'ont plus leurs facultés mentales de poser seuls des actes qui les engagent juridiquement et qui peuvent avoir des conséquences négatives pour eux mais surtout pour leur patrimoine. C'est la protection classique du régime des incapacités, protection qui n'intervient qu'après constat de la démence pour en traiter les effets et limiter les dangers. Dans l'esprit du Code, l'interdiction sérieusement encadrée est le régime juridique qui permet de porter atteinte aux libertés individuelles et ouvrir la porte à l'internement du dément. Or, ce caractère strict a pu être un frein à la demande d'interdire de la part des familles alors que la pratique médicale de l'époque a tendance à traiter la folie par l'enfermement, y compris de patients qui ne sont pas juridiquement interdits. La rigidité du code aboutit donc au contraire de ce qu'espéraient ses rédacteurs, à savoir, que l'interdiction soit le premier pas vers l'enfermement, les garanties du régime d'interdiction servant à limiter les abus possibles dans l'enfermement. Dans la pratique, un grand nombre d'internés ne sont pas interdits. Par ailleurs, l'abolition des lettres de cachet en 1790 laisse un flou juridique qui empêche l'enfermement administratif des aliénés et, de fait, beaucoup de déments qui devraient être internés restent en liberté<sup>30</sup>. Cet état de fait, uni aux progrès de la connaissance médicale des maladies mentales, motivent les désirs de réforme qui se concrétisent dans la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. À travers ses dispositions encadrant les thérapies, s'ouvre la possibilité d'une nouvelle approche du régime juridique des incapables majeurs.

<sup>22</sup> Cf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 355.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 687-688, intervention de Bigot-Praémeneu.

<sup>24</sup> Cf. art. 489 du Code civil de 1804.

<sup>25</sup> Même si le Code parle de la tutelle dans le titre consacré à la minorité (Code civil de 1804, titre X, *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, chapitre II, *De la tutelle*, art. 389-475), l'art. 509 dispose que « l'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois de la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ». On rompt donc avec la tradition romaine de réserver la tutelle aux mineurs et la curatelle aux majeurs incapables.

<sup>26</sup> « Il peut être défendu aux prodiges de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal », art. 513 du Code civil de 1804.

<sup>27</sup> Art. 489 du Code civil de 1804.

<sup>28</sup> Cf. l'ensemble du chapitre consacré à l'interdiction, art. 489-512 du Code civil de 1804.

<sup>29</sup> Colmar, 2 prairial an XIII – 22 mai 1805 ; Angers, 10 prairial an XIII – 30 mai 1805.

<sup>30</sup> Cf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 355-356.

## II.- La possibilité d'une nouvelle approche de l'incapacité des majeurs à la suite de la loi du 30 juin 1838

La loi du 30 juin 1838 est directement liée aux évolutions de la psychiatrie et de la prise en charge des maladies mentales. Les médecins aliénistes prônent un seul traitement pour la folie, l'isolement, sans que celui-ci soit corrélé avec une mesure judiciaire d'interdiction. Sans les garanties du régime de l'interdiction, il y a des risques évidents d'enfermements arbitraires sous couvert de démence. Tributaire de la science médicale de son temps, la loi de 1838 s'intéresse aux liens entre l'isolement des aliénés et leur situation juridique, ainsi qu'aux risques que ce traitement fait courir à la liberté individuelle des personnes internées. Le traitement unique de la folie est cependant remis en cause au sein des milieux psychiatriques à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Le courant réformiste cherche à diversifier les thérapies de la folie, en distinguant différents types d'affections mentales et en tenant compte de leurs besoins spécifiques. Ceci suscite des débats et des discussions pour réformer le régime juridique des aliénés posé par la loi de 1838, toujours avec la question du lien entre la thérapie des malades mentaux et leur statut juridique en toile de fond.

### A.- La prise en compte de la liberté individuelle dans le cadre d'une thérapie unique de la folie.<sup>31</sup>

Le début du XIX<sup>e</sup> siècle connaît les travaux des premiers médecins aliénistes. Leur expérience clinique et l'observation de leurs patients leur fait porter un regard nouveau sur la folie et tentent d'y répondre en adaptant des thérapies pour la guérir. Les premiers aliénistes en France sont Philippe Pinel (1745-1826) médecin chef de la Salpêtrière de 1795 à 1826, auteur d'un *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale ou la manie*, publié pour la première fois en 1801, et son disciple, Jean Etienne Dominique Esquirol (1772-1840), auteur entre autres d'un rapport intitulé *Des établissements consacrés aux aliénés en France et des moyens de les améliorer*, remis au ministre de l'intérieur en septembre 1818 et publié

<sup>31</sup> Sur les débats entourant l'adoption de la loi du 30 juin 1838, voir G. LANDRON, « Du fou social au fou médical. Genèse parlementaire de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés », in *Déviance et société*, 1995, vol. 19, n° 1, p. 3-21 et la bibliographie citée.

par la suite. On ajoutera l'ouvrage d'un autre médecin du Bicêtre, Guillaume Ferrus, paru en 1834 et base des réflexions pour l'étude de la loi de 1838 sur les aliénés<sup>32</sup>. Ces ouvrages de médecine attestent des progrès dans la prise en charge du traitement médical de la folie alors que, hormis l'interdiction judiciaire non exigée pour pouvoir être interné, le traitement et le suivi des aliénés ne fait pas l'objet d'une législation spécifique et laisse le sort des aliénés dans l'incertitude, :

À une époque où [...] tant d'infortunes et de misères diverses ont été soulagées, la plus affligeante peut-être, n'avait point encore été l'objet de mesures spéciales [...]. Les malheureux frappés de cette terrible maladie que l'on nomme aliénation mentale, étaient presque hors la loi commune. On prenait des précautions pour protéger les individus et l'ordre public contre leur fureur ; mais souvent ces précautions avaient pour résultat d'aggraver la position des aliénés ; aucune règle fixe n'était établie, aucune base légale n'était posée, tout était en cette matière confusion et arbitraire. La sûreté publique n'était point suffisamment garantie, la liberté individuelle pouvait être compromise, et les soins convenables n'étaient point offerts aux malades<sup>33</sup>.

Comblé ce vide juridique, en facilitant l'enfermement tout en le contrôlant sera l'objet de la loi du 30 juin 1838. Les autorités publiques n'entrent pas en discussion avec les médecins pour savoir si l'isolement prôné par les aliénistes est le bon traitement de la folie. En revanche, les pouvoirs publics s'inquiètent des conséquences de cette thérapie unique car, pour isoler, il faut placer les malades mentaux dans des établissements spécialement dédiés aux aliénés. Cela soulève plusieurs questions. La première, celle de l'autorité compétente pour décider du placement du dément dans un établissement. Trois autorités – l'autorité médicale, l'autorité administrative et l'autorité judiciaire – ont le droit d'intervenir dans le processus de placement des malades à des titres différents : constat médical de la démence, responsabilité de la vie publique qui pèse sur l'autorité administrative, compétence du juge judiciaire pour prononcer l'interdiction. À cette première question s'ajoute celle du choix de l'établissement (privé ou public ; établissement spécialisé ou établissement mixte) ; celle de l'entretien des établissements destinés à recevoir

<sup>32</sup> Le titre complet est *Des aliénés, considérations 1<sup>o</sup> sur l'état des maisons qui leur sont destinées tant en France qu'en Angleterre, sur la nécessité d'en créer des nouvelles en France ; 2<sup>o</sup> sur le régime hygiénique et moral ; 3<sup>o</sup> sur quelques questions de médecine légale*, Paris, 1834.

<sup>33</sup> J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, tome 38, Paris, 1839, p. 490, note 1.

les malades et celle de la charge financière de l'entretien des aliénés placés dans ces établissements, c'est-à-dire, comment se répartit cette charge financière entre l'État, le département et la commune où se situe l'établissement. Ce dernier aspect matériel, la répartition de la charge financière liée au traitement de la folie par l'isolement dans des établissements spécialisés, est la cause immédiate de la discussion de la loi de 1838. Mais pour notre quête, c'est-à-dire, chercher s'il y a des éléments qui permettent de préparer le passage de l'incapacité à la vulnérabilité, il est plus intéressant de regarder les liens entre isolement médical et interdiction juridique.

Lors de la présentation du projet de loi en 1837, Gasparin, ministre de la justice de l'époque, affirme nettement la dissociation entre la mesure médicale d'isolement et la mesure juridique d'interdiction civile. De fait, une majorité d'internés à l'époque n'étaient pas interdits, ce qui est un des motifs de la genèse de la loi. Le placement d'une personne répond à des intérêts de sûreté publique et de sûreté des tiers, à l'existence même du malade et du traitement de sa maladie, à la sauvegarde des mœurs publiques... Étant donné que les raisons sont essentiellement de sûreté publique, c'est l'autorité administrative qui assume la responsabilité de l'internement, et non l'autorité judiciaire qui est responsable seulement de l'interdiction. Or, les motifs de sûreté publique qui justifient l'internement n'exigent pas nécessairement la mesure judiciaire de l'interdiction. La dissociation entre la mesure d'internement et la mesure d'interdiction est retenue par la commission préparatoire de la loi et consacrée dans le texte final<sup>34</sup>. Elle permet de prévoir des mesures de contrôle de l'internement, sans obliger à passer par l'interdiction qui, de fait, était souvent négligée par les familles.

C'est l'exact contraire des exigences posées par la circulaire de 1784, qui subordonnait l'enfermement administratif par lettre de cachet à la décision judiciaire d'interdire quelqu'un. Cela ne semble pas non plus en accord avec le code civil de 1804 qui tient compte des motifs de sécurité publique engendrés par les cas les plus graves, c'est-à-dire, les cas de fureur. Autrement, on ne comprendrait pas les dispositions de l'article 491 qui dispose que, dans les hypothèses de fureur, si l'interdiction n'a pas été demandée par la famille, le commissaire du gouvernement doit la demander<sup>35</sup>. Le Code

civil ne parle pas d'internement mais, selon la pratique de l'ancien régime évoquée précédemment, le curateur pouvait interner le dément s'il était dangereux et, de toute évidence, l'interdiction était envisagée par les rédacteurs du Code comme le premier pas de prise en charge de la démence, donc comme un préalable au possible enfermement. Mais on a vu que la pratique n'a pas suivi, que les enfermements se faisaient sans demander l'interdiction judiciaire et donc hors de contrôle. Il en résulte une situation juridique précaire qui mérite protection. L'affirmation nette de la distinction entre les deux n'est donc qu'une manière de recréer un espace de contrôle du respect de la liberté individuelle de l'aliéné. Sans abandonner la prise en compte des dangers que représente l'aliéné, on s'intéresse également à sa personne :

On ne songeait alors [avant 1789] qu'aux dangers dont l'insensé furieux pouvait menacer la sûreté publique : on ne s'était point occupé de la protection qui était due au malheur dans la personne de l'aliéné et des conditions nécessaires à son traitement. Il faut peu s'en étonner, l'art lui-même, en ce qui concerne ce traitement, était encore très imparfait. L'hospice était pour l'aliéné une prison, lorsqu'il n'était pas confondu dans les prisons ordinaires avec les criminels<sup>36</sup>.

Dès lors, selon le ministre, la loi de 1838 doit élargir son objet et traiter non seulement de la protection de l'aliéné et de la société, mais aussi de la guérison du malade mental et de l'adoucissement de son sort. Cet intérêt pour le sort de la personne à l'occasion de l'adoption de la loi est perceptible dans les discussions où il est question de la protection de la liberté individuelle. Un dialogue entre le ministre et un député montre la direction que prend la protection des déments. Le député Pelet intervient lors des discussions en ces termes :

Je ferai remarquer combien ce mot *aliénés* qui se présente à chaque instant, est vague et incertain. [...] Quel est le but de la loi ? C'est de garantir la liberté individuelle, et de mettre le pays à l'abri des malheurs qui pourraient résulter de ce grand nombre d'aliénés qui vaguaient dans les campagnes. Il me semble qu'elle va au-delà de son but en forçant les familles à mettre ces personnes [atteintes d'une fièvre cérébrale] dans les maisons d'aliénés, ou en mettant à leur admission

<sup>34</sup> Cf. G. LANDRON, *op. cit.*, p. 8-10.

<sup>35</sup> « Dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les parents, elle doit l'être par le commissaire du

Gouvernement, qui, dans les cas d'imbécillité ou de démence, peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus », Code civil de 1804, art. 491.

<sup>36</sup> J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, p. 491.

dans des maisons de santé de telles conditions que ce serait rendre la chose impossible.

À quoi le ministre répond :

N'y a-t-il donc que l'intérêt des familles dont nous devons nous préoccuper ici ? N'est-il pas vrai au contraire, que la première préoccupation du législateur lorsqu'il s'agit de disposer de quelques-uns des membres de la société, c'est la liberté individuelle ? Ce que nous avons voulu c'est gêner les familles, les gêner non pas dans leurs goûts, dans la juste affection qu'elles peuvent avoir pour leurs proches, mais les gêner dans les passions mauvaises, dans les passions cupides qui pourraient les porter à faire disparaître, sous prétexte de folie, un de leurs membres [...] On est aliéné ou on ne l'est pas. Si l'on n'est pas aliéné, on peut être traité dans une maison de santé. Si l'on est aliéné, on doit être placé dans un établissement public ou privé spécial<sup>37</sup>.

Suivant la thérapie recommandée par les aliénistes, les établissements spéciaux sont nécessaires pour donner :

[T]outes les garanties pour la société, qui doit être préservée des atteintes de ses membres ; pour la famille dont la situation sera suffisamment favorisée, et pour l'individu que vous devez surtout avoir en vue, parce qu'on pourrait abuser d'une fièvre cérébrale, d'une faiblesse passagère du cerveau, pour en faire un aliéné qu'on priverait de tous droits de famille<sup>38</sup>.

Le législateur s'inquiète donc de la personne malade en tentant de limiter les possibles abus en matière d'enfermement, abus facilités par l'existence d'un seul traitement médical de la démence, l'isolement, et par la dissociation entre cette thérapie et la mesure d'interdiction judiciaire. Ce n'est pas le détail des dispositions de la loi qui intéresse ici, mais le fait qu'à côté de la sauvegarde de l'ordre et de la sûreté publiques, le législateur s'intéresse expressément à la guérison des malades et au sort des aliénés qui, sans être interdits, se trouvent internés dans un régime d'isolement au sein d'un établissement spécialisé pour traiter leur folie. Les pratiques thérapeutiques en vigueur poussent le législateur à s'intéresser à la situation personnelle du malade alors même qu'il ne relève pas du régime juridique de protection des incapables majeurs, c'est-à-dire, l'interdiction. Un premier pas pour envisager la situation de vulnérabilité du malade sans la réduire à l'incapacité juridique ? En tout cas une inflexion

dans l'approche des malades mentaux par le législateur. À partir des années 1860, la loi de 1838 fait l'objet de critiques récurrentes tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, au rythme des évolutions de la médecine qui tend à diversifier les traitements de la démence en prenant en compte les besoins individuels de chaque malade mental.

### *B.- Vers une prise en compte de la diversité des besoins des malades mentaux*

Bien que l'objectif affiché de la loi de 1838 soit la protection de la liberté individuelle, certains considèrent qu'elle est insuffisante, notamment parce que les contrôles se font après l'internement, ce qui, aux yeux de ses détracteurs, souligne que la finalité principale de la loi est la sécurité publique et non protection de la liberté individuelle.

Les débats autour de la loi de 1838 s'étalent sur plusieurs années, pendant lesquelles les acteurs et les objets du débat évoluent<sup>39</sup>. Ils commencent dans les années 1860 et, dans un premier temps, ils sont le fruit surtout de juristes, que ce soit au sein de la société de législation comparée entre 1870 et 1873 ou au sein de la commission qui inspire le projet de réforme déposé au Sénat en 1884. Par contraste, les discussions en milieu médical sont plus rares à cette période. Il n'y a pas de trace de discussions sur le sujet au sein de la Société médico-psychologique et on connaît seulement un court débat au sein de la société de médecine légale lorsque qu'un projet de réforme est discuté à la Chambre en 1870. L'Académie de médecine traite du sujet dans ses discussions de 1884, mais c'est à la demande du président de la commission sénatoriale.

La question de l'aliénation mentale étant complexe, les rôles semblent partagés. Les juristes traitent des effets de l'aliénation mentale et de l'internement comme mesure de protection de l'aliéné et de la société. Mais la loi ne définit pas l'aliénation mentale, c'est à la médecine de dire ce qu'est l'aliénation et quel est son meilleur traitement. Or, même si dès 1860 la Société médico-psychologique discute d'alternatives à l'isolement pour certains patients, jusqu'aux années 1890 l'isolement semble le meilleur traitement, en

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 499-500.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 500.

<sup>39</sup> Les développements qui suivent s'appuient essentiellement sur N. HENCKES, « Entre tutelle et assistance : le débat sur la réforme de la loi de 1838 sur les aliénés des années 1870 aux années 1910 », in *Sciences sociales et santé*, 2017/2, vol. 35, p. 81-108 et la bibliographie citée.



particulier pour les aliénés guérissables et dangereux. Lorsque des voix s'élèvent pour critiquer l'internement des déments, les aliénistes soutiennent que l'asile est le meilleur rempart contre les abus, car ils offrent un cadre contraignant et des contrôles inexistant dans le cadre familial où demeurent beaucoup d'aliénés, comme le montrent les recensements faits à partir des années 1830, qui posent explicitement la question. Leur défense de l'asile va si loin que le projet de réforme de 1884 contient la proposition d'assimiler le domicile où réside un aliéné à un asile privé et d'imposer sa déclaration au procureur.

À partir des années 1890, le renouveau de l'assistance publique et la création de son conseil supérieur en 1888 ont une incidence sur les discussions autour de la réforme de la loi de 1838. Les débats se déplacent vers la question de l'invalidité des aliénés et des secours que la société doit leur porter, notamment pour faciliter aux patients qui peuvent guérir et sont inoffensifs l'accès des soins spécialisés. Émerge ainsi la fin du traitement unique, puis pour un certain nombre de cas on propose une hospitalisation ouverte<sup>40</sup>. Les réformistes proposent d'enlever des asiles les aliénés qui ne se sont pas améliorés après une durée déterminée de traitement. L'idée est que la guérison est improbable au-delà d'un certain délai et qu'il est alors justifié de déplacer ces malades vers de structures avec moins de moyens. Ainsi les asiles se concentrent seulement sur les aliénés curables et il est alors possible de rationaliser leur prise en charge. Ces nouvelles modalités de prise en charge relancent la question du lien entre le traitement à suivre en asile ou ailleurs, et le statut juridique des patients concernés, c'est-à-dire, la corrélation entre l'assistance d'un côté et la surveillance par un régime juridique de contrôle et de protection de l'autre.

Les débats reviennent en force à la veille de la première guerre mondiale, avec cette question en arrière-plan : faut-il dissocier le soin médical du régime de tutelle des malades ou bien les deux se réclament-ils mutuellement. Le parlement discute de la réforme en 1913. Le projet défendu par le sénateur Paul Strauss change le terme *aliénés* par *malades atteints d'affection mentale* et, parmi d'autres choses, reprend une idée déjà exprimée auparavant d'introduire le juge judiciaire dans la procédure d'internement. Ces deux points font réagir les opposants au projet, dont le plus vigoureux est le professeur

de médecine, spécialisé en maladies mentales, Gilbert Ballet. Sa critique se fonde sur le besoin de déterminer de manière rigoureuse et précise qui sont les malades concernés par la loi de 1838 sur les aliénés. Pour Ballet, ne relèvent de la loi sur l'internement que les malades mentaux dangereux et ceux qui, sans être dangereux, s'opposent aux traitements. Les autres, notamment les malades qui n'opposent pas de résistance aux traitements, ne devraient pas être concernés par l'asile. Sauf besoin d'une protection particulière de leurs biens, ces malades pourraient avoir un traitement ouvert. Cela renverse l'optique : on ne traite plus les aliénés en bloc, mais on divise les catégories pour mieux cibler les affections mentales qui relèvent du régime de l'internement et, comme une suite de cette différenciation, le traitement ouvert devient la norme là où l'internement était la règle. La Première guerre mondiale interrompt ces travaux mais la question des rapports entre le traitement médical des maladies mentales et le statut juridique de ces malades sera présente par la suite dans toutes les discussions sur le traitement médical et juridique des aliénés. Malgré ses défauts et quelques modifications postérieures, la loi de 1838 reste en vigueur jusqu'à la réforme opérée par la loi du 3 janvier 1968 qui reprend l'ensemble de la matière mais n'a « à peu près rien changé au régime de l'internement<sup>41</sup> », alors que les pratiques thérapeutiques avaient fortement évolué sur ce point. L'ensemble de la question est reprise et réformée par la loi de 2007 sur la protection des majeurs vulnérables<sup>42</sup>.

Que conclure de cet aperçu des débats et des enjeux autour de la loi de 1838 ? L'attention portée au malade mental à partir de la loi de 1838, et plus encore lors des débats à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle, attire le regard vers les besoins personnels du malade et pas seulement sur les effets de son trouble. Certes, la folie n'est pas la seule source d'incapacité, mais elle est le modèle à partir duquel on a bâti la curatelle comme régime de protection des majeurs incapables. Ainsi, un nouveau regard sur situation du malade mental, qui met l'accent sur ses besoins de soins adaptés et la possibilité de chercher sa guérison peut avoir une influence sur le regard général porté sur les incapables majeurs. Dire que la loi de 1838 fait basculer l'incapacité vers la vulnérabilité est certainement excessif et prématuré, mais cette inflexion dans le raisonnement, ce changement

<sup>40</sup> Ceci pose la question de la responsabilité médicale pour les possibles délits causés par des patients en régime d'hospitalisation ouverte.

<sup>41</sup> J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 202.

<sup>42</sup> Pour une synthèse des évolutions sous la V<sup>e</sup> République, cf. *ibid.*, n° 201-202.

d'optique, la dissociation du traitement médical et du statut juridique, mélangé à des problématiques d'ordre public et de sûreté, a pu contribuer à une préparation lointaine des esprits pour le passage d'une catégorie à l'autre. L'incapacité en tant que régime protecteur s'appréhende plus facilement car elle règle les effets d'un trouble qui affecte l'usage des facultés mentales de la personne. La notion de vulnérabilité est à la fois plus large et plus vague que celle d'incapacité. Plus large parce que la personne vulnérable n'est pas forcément empêchée de veiller à ses intérêts. Plus vague parce qu'elle est plus subjective et de ce fait, plus difficile à déterminer et variable d'une personne à une autre. La catégorie des incapables majeurs et celle des majeurs vulnérables ne sont peut-être pas solubles l'une dans l'autre. C'est tout l'enjeu de ce séminaire de tenter d'y voir clair.